84

RESOLUCIÓN No. 017 DE 2022

(22 DE NOVIEMBRE DE 2022)

POR LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. Y POR SEGUROS DEL ESTADO S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 014 DE 2022 *"POR LA CUAL SE RESUELVE UN INCUMPLIMIENTO PARCIAL, SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 030 – 2018 CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA CON NIT. 901.174.630-5 Y LA EMPRESA HIDROAMBINETAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. CON NIT. 900.431.848-2 Y SE ORDENA LA LIQUIDACIÓN DEL MISMO"*

La Gerente General de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA

En uso de sus facultades legales y reglamentarias, procede a resolver el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución No. 014 de 2022, proferida dentro del proceso por posible incumplimiento del contrato de Consultoría No. 030 – 2018, suscrito entre la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA** y la sociedad **HIDROAMBINETAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S.**, amparado con la póliza de seguro de cumplimiento Nro. 11-45-101082325 expedida por la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., de acuerdo con los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. Que el nueve (9) de septiembre de 2022, en el curso de la audiencia por posible incumplimiento adelantada dentro del Contrato de Consultoría No. 030 – 2018 cuyo objeto es "***CONSULTORÍA PARA LA FORMULACIÓN, ACTUALIZACIÓN E IPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS CONTEMPLADOS EN EL PLAN AMBIENTAL Y PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO PAP – PSA DEL DEPARTAMENTO DE GUAINÍA"***, se profirió la Resolución No. 014 de 2022 ***"POR LA CUAL SE RESUELVE UN INCUMPLIMIENTO PARCIAL, SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 030 – 2018 CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA CON NIT. 901.174.630-5 Y LA EMPRESA HIDROAMBINETAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. CON NIT. 900.431.848-2 Y SE ORDENA LA LIQUIDACIÓN DEL MISMO".***

1.2. Que conforme a lo establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la citada resolución se notificó a las partes en el desarrollo de la audiencia, frente a la cual tanto la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., como la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., interpusieron recurso de reposición y además solicitaron la oportunidad legal para efectuar la sustentación correspondiente. En efecto la entidad procedió a suspender la audiencia con el fin de otorgar a los recurrentes el término legal para realizar la sustentación del recurso.

1.3. Que de esta manera, el día veintitrés (23) de septiembre de 2022 se reanudó la audiencia por posible incumplimiento, dentro de la cual se otorgó la oportunidad a los recurrentes para llevar a cabo la sustentación del recurso de reposición interpuesto por cada uno de ellos, lo que efectivamente se llevó a cabo, allegando escrito tanto la sociedad

HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., como la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1.4. Que producto de la sustentación del recurso de reposición, la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., allegó documentos los cuales solicitó se tuvieran como pruebas dentro de la presente actuación. De igual forma la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., considera que no es necesario agotar un término probatorio debido a que existen pruebas suficientes para adoptar la presente decisión.

1.5. Que a la luz de lo establecido por el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en vista de que no hay lugar a agotar el periodo probatorio señalado por el artículo 79 ibídem, se procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por los interesados en el curso de la audiencia por presunto incumplimiento.

2. DECISIÓN RECURRIDA

El recuso de reposición es interpuesto en contra de la Resolución No. 014 de 2022 ***"POR LA CUAL SE RESUELVE UN INCUMPLIMIENTO PARCIAL, SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 030 – 2018 CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA CON NIT. 901.174.630-5 Y LA EMPRESA HIDROAMBINETAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. CON NIT. 900.431.848-2 Y SE ORDENA LA LIQUIDACIÓN DEL MISMO"***, producto de la audiencia por presunto incumplimiento adelantada por la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P.

La decisión adoptada dentro de la citada resolución, corresponde a la siguiente:

"ARTICULO PRIMERO: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento parcial del Contrato de Consultoría No. 030 – 2018, suscrito entre la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA con Nit. 901.174.630-5 y la empresa HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. con Nit. 900.431.848-2, Representada Legalmente por LEONARDO DAGO FONSECA GARCIA, identificado con cédula de ciudadanía número 80.067.374, expedida en Bogotá D.C., cuyo objeto es "CONSULTORÍA PARA LA FORMULACIÓN, ACTUALIZACIÓN E IPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS CONTEMPLADOS EN EL PLAN AMBIENTAL Y PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO PAP – PSA DEL DEPARTAMENTO DE GUAINÍA", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato, se declara el siniestro de la póliza de seguro de cumplimiento Nro. 11-45-101082325 y sus certificados de modificación, expedida por la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., en su amparo de cumplimiento.

ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la Clausula Penal Pecuniaria consagrada en la Clausula DECIMA SÉPTIMA del contrato de Consultoria No. 030 – 2018, en favor de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA, en un monto de CUARENTA MILLONES TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE ($40.032.532 M/CTE)."

85

Administración Pública, puesto que de manera expresa, para efectos de la ejecución de recursos pertenecientes al PDA del Departamento, tal y como sucede en el caso que nos ocupa, es imperativa su aplicación desde la etapa pre contractual hasta la etapa pos contractual.

Cabe recordar al recurrente que el génesis del Contrato de Consultoría 030 de 2018, precisamente es la calidad de la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., como Gestor del PDA del Departamento del Guainía, producto de la condición que se le otorgó a través del Convenio Interadministrativo No. 507 de 2018 cuyo objeto es "AUNAR ESFUERZOS ENTRE EL DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA Y LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA ESCALAR S.A.S. E.S.P – ESCALAR GUAINÍA S.A.S. E.S.P. CON EL FIN DE IMPLEMENTAR EL PROGRAMA AGUA PARA LA PROSPERIDAD - PLAN DEPARTAMENTAL DE AGUA Y SANEAMIENTO BÁSICO DEL GUAINÍA, PAP-PDA".

Así las cosas, basta con evidenciar la condición de la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., de Gestor del PDA al momento del inicio del proceso de contratación que resultó en el Contrato de Consultoría 030 de 2018, para afirmar que aplica de manera directa las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal y como se llevó a cabo a lo largo de las etapas del proceso correspondiente, razón por la cual contrario a lo manifestado por el recurrente, si existe la plena competencia para haber expedido la Resolución 014 de 2022, dentro del proceso por incumplimiento iniciado en contra de la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S.

Lo argumentado por el recurrente tiene total validez frente a la contratación adelantada por las empresas de servicios públicos con ocasión a la ejecución de recursos relacionados con la prestación de los servicios públicos domiciliarios a su cargo, sin embargo no es aplicable para el caso concreto toda vez que nos encontramos en un escenario diferente, el cual es la función de Gestor del PDA, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 4548 de 2009.

Precisamente en éste aspecto, la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., aplicó la modalidad de contratación estatal denominada Concurso de Méritos para contratar la consultoría requerida, proceso dentro del cual el recurrente participó bajo la libre concurrencia, con el fin de buscar su adjudicación, lo que efectivamente ocurrió y generó la suscripción del Contrato de Consultoría 030 de 2018, donde se establecieron las condiciones, facultades y cláusulas reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en atención a la calidad del contratante y de los recursos comprometidos en el proyecto, como ya se explicó anteriormente.

Ahora bien, no es de recibo la actitud adoptada por la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., al manifestar que la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., no contaba con la facultad para iniciar el proceso por incumplimiento regulado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y por ende para expedir la Resolución No. 014 de 2022, cuando desde el inicio del proceso de contratación, es decir en la vigencia 2018, tenía pleno conocimiento de los documentos y la normatividad aplicable que regulaba el futuro contrato, al suscribir a través de su representante legal, la carta de presentación de la propuesta y los demás documentos que se generaban en desarrollo del mismo.

"(...) PARÁGRAFO 2.- SI EL ASEGURADO AL MOMENTO DE PRODUCIRSE EL SINIESTRO, O EN CUALQUIER MOMENTO POSTERIOR A ESTE, Y ANTERIOR AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, FUERE DEUDOR DEL CONTRATISTA POR CUALQUIER CONCEPTO, LA INDEMNIZACIÓN SE COMPENSARÁ EN EL MONTO DE DICHA DEUDA SIEMPRE CUANDO SEA LEGALMENTE PROCEDENTE"."

Así las cosas, se hace necesario determinar el estado financiero del contrato, a través de la correspondiente liquidación del contrato, estableciendo en consecuencia, la posibilidad de aplicación de la compensación como modo de extinción de las obligaciones reclamadas.

4. CONSIDERACIONES DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA ESCALAR S.A.S. E.S.P.

FRENTE A LOS ARGUMENTOS DE LA SOCIEDAD HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S.

- **FALTA DE COMPETENCIA:**

Manifiesta el recurrente que la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., carecía de competencia para expedir la Resolución No. 014 de 2022, en atención al régimen especial de la entidad de acuerdo con diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que así lo establecen. Para lo anterior además de relacionar los fallos de las altas cortes, se refiere a los estatutos de constitución de la entidad.

Sin embargo, el recurrente no tiene en cuenta la función ejercida por la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., como Gestor del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento – PDA del Guainía, a la luz de lo establecido por el Decreto 1425 de 2019, ni tampoco se fija en la naturaleza de los recursos ejecutados a través del Contrato de Consultoría 030 de 2018.

Si bien es cierto la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., es una entidad que cuenta con un régimen especial en materia de contratación, definido así por la Ley 142 de 1994, no menos cierto es que para efectos del cumplimiento de funciones y ejecución de recursos como Gestor del PDA del Departamento del Guainía, tiene la obligación de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conforme a lo señalado por el Decreto 4548 de 2009 "*Por el cual se da aplicación al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, en relación con los gestores de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento de que trata el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007*", el cual establece en su artículo 1° lo siguiente:

"Artículo 1°. Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto."

De ésta manera es claro que no le asiste la razón al recurrente al mencionar que la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., no podía dar aplicación directa a la facultad sancionatoria determinada por el Estatuto General de Contratación de la

tendientes a hacer efectiva la póliza de cumplimiento, pues claramente la legislación no le atribuye prerrogativas públicas para declarar el siniestro a través de un acto administrativo.

(...)

En lo que respecta a esta cobertura debe indicarse que, el objeto de aquella es amparar los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, con sujeción a las condiciones de la póliza previamente aludidas; empero el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado.

Conforme a lo anterior, se debe resaltar que dicha cobertura determina entonces la necesidad de acreditación de un perjuicio cierto, real y directo, entendido como un daño económico sufrido por la entidad contratante, como consecuencia del incumplimiento del contrato, lo cual, debe advertirse no se determina en el presente caso.

Conforme lo anterior, si bien la cláusula penal se encuentra pactada en el contrato garantizado, lo cierto es que la efectividad de la póliza de seguro otorgado se encuentra supeditada a la comprobación de la existencia real y efectiva de un perjuicio para el asegurado, que deba ser indemnizado.

En este aparte, se debe resaltar que, la entidad asegurada no sustenta en forma alguna la existencia de posibles perjuicios, como consecuencia del presunto incumplimiento aludido, No encontrándose, en consecuencia, sustento alguno para la efectividad de la póliza.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el seguro de cumplimiento particular por tratarse de un seguro patrimonial, tiene una función estrictamente indemnizatoria, conforme a lo dispuesto en los artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio y las condiciones contractuales del seguro.

(...)

Conforme lo anterior, se solicita a la Entidad Contratante en el evento de insistir en la declaratoria irregular del siniestro, que tenga en consideración la existencia de posibles saldos a favor de la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., derivados de la ejecución parcial del contrato garantizado, que debieran ser objeto de Compensación, conforme a los lineamientos previamente aludidos.

Ahora bien, tal solicitud se fundamenta igualmente en lo dispuesto en el Condicionado General de la póliza, recibido y aceptado por el asegurado, en el cual, se señala respecto del trámite del siniestro, lo siguiente:

"(...) EN EL EVENTO DE IMPOSICIÓN DE UNA MULTA O APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL, EL ASEGURADO DEBE DESCONTAR LOS MONTOS RECLAMADOS, DE LOS SALDOS A FAVOR DEL CONTRATISTA Y EN CASO DE QUE ESTOS NO SEAN SUFICIENTES, PODRÁ SOLICITAR LA AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA". (Negrilla y subrayado ajeno al texto).

Así mismo, en lo que se refiere al pago del siniestro se indica:

En consecuencia, si la empresa considera que el contratista ha incurrido en incumplimiento contractual, se encuentra en el deber de acudir al juez del contrato, pero no abrogarse una facultad que legalmente su régimen contractual no contempla."

3.2. En el mismo sentido la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., interpuso y sustentó el recurso de reposición, a través de escrito allegado de manera adecuada en el curso de la audiencia por presunto incumplimiento, a través del cual establece como argumento principal la falta de competencia de la entidad para proferir la resolución a través de la cual se declaró el incumplimiento de la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., en su condición de contratista del Contrato de Consultoría 030 de 2018. De igual forma determinó como argumentos subsidiarios la falsa motivación para declarar el siniestro y la compensación.

Como aspectos relevantes dentro del citado escrito, el cual reposan en el expediente de la presente actuación, podemos extraer los siguientes:

"(...) Conforme lo transcrito previamente , en concordancia con las normas y aspectos referidos, es importante resaltar que la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUANÍA - ESCALAR S.A.S E.S.P., al ser una Empresa de Servicios Públicos, se encuentra sujeta a un régimen especial impuesto por el legislador; motivo por el cual, sus actuaciones se encuentran reguladas por el derecho privado, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley.

(...)

En virtud de lo anterior, es claro entonces, que en el presente caso existe un desconocimiento de los preceptos legales que rigen el régimen de contratación para las entidades de servicios públicos y mas aun del procedimeinto en caso de incumplimiento que para el caso objeto de analisis se encuentra reglado en el articulo 1077 del Codigo de Comercio.

Por lo anteriomente expuesto, resulta totalmente improcedente la expedición del acto administrativo objeto del presente pronunciamiento, determinándose igualmente, que la declaratoria de ocurrencia del siniestro a través del mismo, resulta ilegal, debido a la falta de competencia de quien profiere el mismo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la norma que faculta a las Entidades Estatales para la emisión de un acto administrativo de tal naturaleza en el marco de un proceso contractual, está contenida en el ordenamiento legal que regula la contratación pública, única y exclusivamente.

Así las cosas, se confirma que se desconoce por parte de la Entidad Asegurada, la normatividad aplicable a sus actuaciones y que corresponde de forma exclusiva a la legislacion civil y la comercial, especialmente aplicable en el caso en concreto.

(...)

Conforme lo anterior, se concluye sin lugar a duda que las empresas prestadoras de servicios públicos estan sometidas al derecho privado según lo previsto en el Art. 32 de la Ley 142 de 1994, y en consecuencia, no es posible la expedición de actos administrativos

87

pronunciamientos: Al respecto, en sentencia de fecha 21 de octubre de 1994, el Consejo de Estado señaló2[8]:

Conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas. Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio. Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa."

(...)

En conclusión, independientemente que el contrato suscrito objeto de discusión tenga el carácter de contrato estatal, este se encuentra expresamente regulado por la ley 142 de 1994. Norma que no le otorga ninguna potestad a la empresa para la declaratoria de incumplimiento ni la declaración de siniestros de manera unilateral, puesto que tal normativa está prevista para los contratos estatales que suscriben otros entes del Estado.

(...)

Vemos como de esta manera el Consejo de Estado es enfático en señalar que la empresas de servicios públicos NO cuentan con ninguna atribución para aplicar en forma unilateral por acto administrativo sanciones al contratista, menos aún, amparado en el estatuto de la contratación pública, cuyo ordenamiento no le es llamado a invocar, como quiera que sus contratos se regulan expresamente por el derecho privado.

De esta manera, queda claro que el acto administrativo objeto de recurso se encuentra viciado de nulidad por violación al ordenamiento en que debió fundarse al no existir norma que le permita a la empresa abrogarse tal competencia.

(...)

Podría eventualmente suponerse que por el hecho de que dentro del texto contractual se encuentren incorporadas las cláusulas y potestades exorbitantes, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, ello no es así, puesto que tal regulación normativa que regula los actos y contratos de las empresas de servicios públicos reviste el carácter de ser de orden público y por lo tanto, su incorporación escapa a la autonomía de las partes.

(...)

Como consecuencia de lo anterior la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., interpuso y sustentó recurso de reposición al igual que la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., estableciendo sus razones de inconformidad que se resolverán a través de la presente resolución.

3. RAZONES DE INCONFORMIDAD

3.1. La sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., a través de escrito sustentó el recurso de reposición, el cual allegó en debida forma dentro del curso de la audiencia por presunto incumplimiento. De manera general las razones de inconformidad planteadas por el recurrente, se dividen en dos aspectos, el primero de ellos relacionado con la falta de competencia de la entidad para proferir la Resolución 014 de 2022 y el segundo relacionado con el cumplimiento pleno de las obligaciones contractuales.

Como aspectos relevantes dentro del citado escrito, el cual reposan en el expediente de la presente actuación, podemos extraer los siguientes:

"(…) De lo primero advertir que, atendiendo a los fundamentos de orden jurídico señalados por la empresa en el acto administrativo objeto de impugnación, debemos indicar que la misma carece de competencia para aplicar en sus relaciones contractuales regímenes previstos en el ordenamiento jurídico que le resultan extraños, conforme a su naturaleza jurídica, y abrogándose unas atribuciones inexistentes en su régimen, emita actos administrativos sancionatorios contractuales, como procedemos a desarrollar:

Conforme a la naturaleza jurídica de la empresa contratante, que como lo indica en su página web https://www.escalarguainia.com/nosotros

"La "EMPRESA DEPARTAMENTAL DE SERVICIOS PUBLICOS DEL GUAINIA ESCALAR S.A.S E.S.P.", es una empresa constituida por acciones simplificada SAS, que se rige por las normas del derecho privado y libre competencia de acuerdo con las normas civiles, comerciales y publicas especiales para la prestación de los servicios públicos de conformidad con lo dispuesto por la ley 142 de 1994, sus reformas y decretos reglamentarios, con domicilio en el municipio de Inírida, Departamento del Guainía."

(…)

Si bien de esta indicación no se puede evidenciar si se trata de una empresa oficial o mixta de servicios públicos, podríamos concluir que, si la totalidad de los aportes sociales fueron realizado por entidades públicas, su naturaleza será la de una empresa oficial de servicios públicos, al tenor de lo señalado en el artículo 14 de ley de servicios públicos, para los efectos contractuales, el régimen de sus contratos se encuentra previsto en artículo 31 del mismo estatuto1.

Tal situación les impide a las empresas de servicios públicos abrogarse facultades que legalmente no posee, puesto que la competencia para la imposición de sanciones dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio contractual, debe encontrarse expresamente consagrado, y tal normativa no lo contempla.

Frente a la falta de competencia para la declaratoria unilateral de incumplimiento contractual la jurisprudencia ha sido reiterativa, y para ello me permito citar algunos

• *La consultoría presenta el muro del municipio de Barrancominas como una obra de mitigación para el municipio y no sectorial, no se observa subsanación de dicha propuesta.*

Comentario – El documento de análisis de riesgo sectorial de Barrancominas, como su nombre lo indica, es un instrumento que busca identificar las condiciones de riesgo sobre los servicios de acueducto y alcantarillado, a partir de lo cual se realizan recomendaciones para reducir el riesgo identificado, buscando garantizar la sostenibilidad de dichos sistemas.

Como se muestra en el numeral 6.2.3, la erosión hídrica es un problema estructural para la totalidad del municipio, no solo hay afectación para este sector, la socavación afecta infraestructura vial, portuaria y vivienda, entre otros, por lo cual el documento recomienda que se haga una intervención desde el municipio. Por la magnitud del requerimiento de obra de reducción del riesgo de estabilidad, los costos que ello implica, no se puede cargar el costo y ejecución de esta obra al sector de agua y saneamiento, especialmente con las deficiencias en cobertura, calidad y continuidad que a la fecha del análisis se presenta en el municipio de Barrancominas, pudiendo afectar la estabilidad financiera de la prestación de los servicios.

En este sentido, el muro del que hace alusión la Empresa ESCALAR SAS ESP, no es una obra propuesta para reducir el riesgo el riesgo sobre los servicios de acueducto y alcantarillado, motivo por el cual no se incluye un diseño de obra ni una propuesta de costos de ejecución, tal como se observa en la tabla 31 (página 49). Lo que propone el documento de análisis del riesgo es una intervención multisectorial, aportando una información de avance en la identificación de puntos críticos, y proponiendo que se realicen los estudios de detalle de la obra definitiva, que podría ser un muro en concreto u otros materiales, pero donde se pueden considerar otras alternativas."

- *No se anexa la ficha técnica de amenaza de riesgo de Erosión Hídrica que en la observación anterior faltó.*

Comentario - La versión del documento presentando, ajusta el tema de riesgo de erosión hídrica, desarrollando el tema en los siguientes numerales:

- *Numeral 6.2.3 correspondiente a la amenaza por erosión hídrica o socavación de orillas. (Página 31)*
- *Numeral6.2.8 correspondiente a conclusiones sobre las amenazas. (Página 38)*
- *Numeral 6.3.2 correspondiente a exposición ante erosión hídrica o socavación lateral. (Página 39)*
- *Numeral6.3.8correspondienteaconclusionessobreexposición(Página40)*
- *Numeral 6.4.3 correspondiente a Vulnerabilidad ante erosión hídrica o socavación lateral (Página 42)*
- *Numeral 6.4.6 correspondiente a conclusiones de la vulnerabilidad (Página 44)*
- *Numeral6.5.correspondienteaidentificacióndelriesgo(Página45)*

Con estas consideraciones, sumado a que no se propone una medida de reducción del riesgo por erosión de orillas, aspecto explicado en el numeral anterior, se entiende que se ha incluido toda la información requerida para los servicios de acueducto y alcantarillado frente al tema.

Para el ANM de San Felipe:

Sumando a lo anterior, es pertinente indicarle al recurrente que el Contrato de Consultoría 030 de 2018, no se regula por la ley 142 de 1994, puesto que no hace parte del régimen especial contemplado para las empresas de servicios públicos, sino que por el contrario, como ya se ha mencionado, se encuentra regulado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal y como de manera expresa lo señala el Decreto 4548 de 2009, en atención a la función de Gestor del PDA de la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., lo cual pretende desconocer el recurrente en este momento, pero que en toda la relación pre y contractual reconoció al participar en el proceso de Concurso de Méritos definido por la Ley 1150 de 2007, reglamentaria de la Ley 80 de 1993.

Por último, el proceso adelantado por la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., no se encuentra viciado por nulidad tal y como lo indica el recurrente, toda vez que es claro que la competencia legal para la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esta dada por el Decreto 4548 de 2009, al tener la calidad de Gestor del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento – PDA del Guainía.

- **CUMPLIMIENTO PLENO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES:**

Ahora bien, en cuanto a las manifestaciones de índole técnico realizadas por el recurrente HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., frente a la ejecución de las obligaciones contractuales sobre las que se determinó el incumplimiento dentro de la Resolución No. 014 de 2022, la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., expresa lo siguiente:

ARGUMENTO No. 1

"Para el municipio de Inírida:

• No se entregó la certificación por parte de UT PAUJIL de acuerdo a lo solicitado para la subsanación del producto respecto al municipio de Inírida.

Comentario – La certificación se presenta adjunto al presente documento. (ANEXO 1")

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

En cuanto a la certificación enviada y que está firmada por el R/L de la UT PAUJIL el ingeniero Carlos Cruz Rubio, esta se verificó y constató, lo que se debe destacar es que como es un recurso de reposición porque esta no se entregó cuando se solicitó y se entrega posteriormente a los espacios dados para subsanar y se esperó hasta la última instancia para resolver. Frente a esto el equipo técnico procedió a verificar la misma como prueba y la UT PAUJIL mediante su representante legal el ingeniero CARLOS ALBERTO CRUZ confirmo la veracidad de la misma, por lo cual se da por subsanada en relación con el municipio de Inírida.

ARGUMENTO No. 2

"Para el municipio de Barrancominas:

89

1	DIAGNÓSTICO DE LAS CONDICIONES DE AMENAZA, VULNERABILIDAD Y RIESGOS PARA EL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO EN EL MUNICIPIO DE INÍRIDA Y LAS ANM DE	GLO BAL	1	$115.000.000	$115.000.000

CALLE 20 N°8-22
BARRIO BERLIN
espescalarguainia@gmail.com
Contacto: 3108567224

ESCALAR
EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINIA
S.A.S E.S.P

CONTRATO DE CONSULTORIA No 030 de 2018, cuyo objeto es: "CONSULTORÍA PARA LA FORMULACION, ACTUALIZACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS CONTEMPLADOS EN EL PLAN AMBIENTAL Y PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO PAP-PDA DEL DEPARTAMENTO DE GUAINÍA".

7

	BARRANCOMINAS, PUERTO COLOMBIA Y SAN FELIPE Y DISEÑOS DETALLADOS DE LAS OBRAS DE REDUCCIÓN.				
				Sub - Total (B)	$ 115.000.000
				Total Inversión (A+B+C)con IVA INCLUIDO	$ 693.797.000,00

Tomado del Contrato 030 de 2018

De igual forma se estableció en el modificatorio 03 del contrato 030 de 2018 del ITEM de Gestión del Riesgo, se estableció en el ítem que se solicita un pre diseño

AJUSTE APROBADO AL PROYECTO No. 1 del PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO
PLAN DEPARTAMENTAL DE AGUAS - GUAINIA 2018-2019

Componente	*Descripción*	*PRESUPESTO Y FUENTE FINANCIACIÓN Vigencia 2018*		*OBSERVACIÓN*
Conocimiento	*PROYECTO 1.* *Diagnóstico de las condiciones de amenaza, vulnerabilidad y riesgos en las redes, colectores, planta de tratamiento de aguas residuales PTARs PAUJIL (existente y proyectada), BERLIN (existente), ESPERANZA (existente) y EBAR (proyectada), para implementar medidas de mitigación y reducción*	*$200.000.000*	*S.G.P. Departamento (100%)* *S.G.P. - ANM (33,33%)*	*Para suplir la necesidad de recursos para ejecutar el proyecto No. 1 se aprobó adicionar ($85.000.000). El valor y la fuente de financiación*

• No se anexa adjunta la ficha técnica de erosión hídrica faltante en la evaluación anterior.

Comentario - La ficha de erosión hídrica en la versión del documento presentado, corresponde a la Tabla 30, página 59, es una tabla para mejorar el conocimiento del riesgo por socavación lateral y de fondo.

Como se puede consultar en el documento, no se cuenta con información o estudios sobre los procesos de erosión hídrica sobre el área urbana de San Felipe, motivo por el cual no fue posible identificar las condiciones de riesgo correspondientes.

El alcance de la presente consultoría no es realizar estudios de detalle de amenazas, pues sus costos sobrepasan los recursos disponibles para este trabajo, motivo por el cual la recomendación en el capítulo de reducción del riesgo se incluye la propuesta de realizar los estudios a detalle de socavación por el comportamiento hidrológico del río Negro."

"Para el ANM de Puerto Colombia:

• No se presenta diseño del muro al margen del río Guainía.

Comentario – En el documento presentado no se propone la intervención de procesos de erosión hídrica con ningún muro, como se puede leer en el texto, al igual que el caso de San Felipe, no se cuenta con información o estudios sobre los procesos de erosión hídrica sobre el área urbana de Puerto Colombia, motivo por el cual no fue posible identificar las condiciones de riesgo correspondientes.

El alcance de la presente consultoría no es realizar estudios de detalle de amenazas, pues sus costos sobrepasan los recursos disponibles para este trabajo, motivo por el cual la recomendación en el capítulo de reducción del riesgo se incluye la propuesta de realizar los estudios a detalle de socavación por el comportamiento hidrológico del río.

Esta propuesta se puede consultar en la tabla 30 de la página 52."

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Ante la afirmación que carece de fundamentos, se debe revisar el objeto y anexo técnico el cual es claro que se solicitó un prediseño, en cuanto al argumento se debe entender que hay una parte jurídica dentro de un contrato firmado entre las partes, tal como lo expresa el artículo 1602 del Código Civil: *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*

Por lo cual si nos remitimos al contrato 030 de 2018 cuyo objeto es "*CONSULTORÍA PARA LA ACTUALIZACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS CONTEMPLADOS EN EL PLAN AMBIENTAL Y PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO PAP-PDA DEL DEPARTAMENTO DE GUAINÍA*", efectivamente se pactó el prediseño.

90

ARGUMENTO No. 3

"Contrariamente a lo indicado por la empresa, encontramos que los documentos técnicos que fueran entregados por HIDROAMBIENTAL, hasta la fecha no han sido presentados al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio – Viceministerio de Agua y Saneamiento – Dirección de Desarrollo Sectorial – Grupo de Desarrollo Sostenible, a fin de que estos verifiquen si los mismos cumplen con los parámetros requeridos para la aprobación de estudios de "ANÁLISIS DE RIESGO SECTORIAL" de acuerdo al alcance del contrato.

Preocupados por una eventual decisión de esta naturaleza, HIDROAMBIENTAL procedió a realizar consultas a especialistas en el área de "ANÁLISIS DE RIESGO SECTORIAL" remitiendo para tal fin los documentos entregables, encontrando que estos cumplen a cabalidad.

Por lo tanto, el criterio de desconocer los documentos, no se ajusta a los parámetros definidos por el organismo rector, como es el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio – Viceministerio de Agua y Saneamiento – Dirección de Desarrollo Sectorial – Grupo de Desarrollo Sostenible"

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

El Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico se encarga de promover el desarrollo sostenible a través de la formulación y adopción de las políticas, programas, proyectos y regulación para el acceso de la población a agua potable y saneamiento básico. Mediante la expedición de la reglamentación correspondiente, fórmula programas y apoya financieramente cuando el municipio no pueda atender directamente las inversiones que se requieran.

Frente a lo anterior la entidad realiza consulta de características técnicas y de temas que estén dentro de un contrato, la entidad como el Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico no podrá realizar evaluación pues estaría extralimitando las funciones del ente rector y que son otorgadas en el Decreto 1077 de 2015, pues claramente la decisión de un posible incumplimiento se toma es por razones técnicas del equipo del Gestor PDA y no por algún mecanismo que el ente rector tenga dentro de las funciones y relaciones con los planes departamentales de agua.

En relación a la solicitud de Presentar los documentos formulados por la empresa HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. ante el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio – Viceministerio de Agua y Saneamiento – Dirección de Desarrollo Sectorial – Grupo de Desarrollo Sostenible, para verificar el concepto técnico del ente nacional, esta gestión la deberá hacer directamente el contratista.

En cuanto a los conceptos técnicos emitidos por profesionales y allegados por el recurrente se manifiesta lo siguiente:

En el concepto 02, presentado por DIEGO ARMANDO RIVERA GUTIERREZ, se establece el siguiente párrafo:

MODIFICACIÓN No. 03, ADICIÓN No. 01 Y PRÓRROGA No. 04 AL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 030 DE 2018 SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA ESCALAR S.A.S E.S.P E HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S.

	del riesgo en el sistema de alcantarillado sanitario y plantas de tratamiento de aguas residuales del municipio de Inirida y la infraestructura correspondiente a los componentes de acueducto para la cabecera departamental de Barrancominas, San Felipe, Puerto Colombia y alcantarillado para las ANM de Barrancominas y San Felipe en el Departamento del Guainía, que incluye prediseños de las obras de reducción y mitigación del riesgo.			*para las ANM (Barrancominas, San Felipe y Pto Colombia) no se modifica, continua indemne.*

Por lo anterior se desvirtúa que carece de fundamento jurídico cuando en el modificatorio es claro que se incluye prediseños.

Ahora bien, es de recordar que en el producto no se solicita un Plan de Gestión del Riesgo ni municipal ni sectorial, pues estas actividades están enmarcadas en la ejecución de un Plan ya formulado, por lo cual citar el ***Decreto 2157 de 2017 por medio del cual se adoptan directrices generales para la elaboración del plan de gestión del riesgo de desastres de las entidades públicas y privadas en el marco del artículo 42 de la ley 1523 de 2012.*** Como soporte no aplicaría para lo que en el marco del incumplimiento se le ha solicitado al contratista.

En cuanto a la cita de ***LEY 1523 del 24 de abril de 2012 "Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones,*** en ninguna de las observaciones se ha indicado que va en contra vía del conocimiento del riesgo, lo que se ha aclarado es que se debe focalizar las medidas a los componentes de acueducto y alcantarillado y que el pre diseño de la obra fue sugerida por el contratista no el gestor en cuanto al argumento de los recursos el contratante nunca exigió la obra que están planteando.

En ninguno de los escritos de observaciones se ha indicado que la zona delimita no tiene el sustento de que es un escenario afectado por erosión hídrica y que se esté trasladando la responsabilidad al contratista de las amenazas del municipio y las obras para mitigarlo, pues el producto es dirigido para el servicio de acueducto y alcantarillado, también es de aclarar que la Empresa de Servicios Públicos del Guainía ESCALAR SAS ESP, no está realizando el presente contrato como operador, si no como Gestor del Plan Departamental de Aguas y sectorizando a las estructuras de prestación de servicios de alcantarillado y acueducto del municipio de Barrancominas.

Frente al sustento de la ficha es de aclarar que el contratista en su entrega de productos de manera escrita indica que se encuentra una ficha anexa, en ninguno de los espacios y comunicaciones se les ha indicado que no esté la información sobre erosión hídrica.

91

MUNICIPIO DE INIRIDA	*25%*	*25%*	*Sujeto a certificación de la consultoría UT PAUJIL*
MUNICIPIO DE BARRANCOMINAS	*25%*	*0%*	*Carece de sustento técnico el prediseño, no estructural si no de antecedentes para llegar a la solución*
ANM SAN FELIPE	*25%*	*0%*	
ANM PUERTO COLOMBIA	*25%*	*0%*	
TOTALES	***100%***	***25%***	

Nota: *La ejecución de la actividad numero 11 fue del 25% de avance sobre el 100% contractual, este 25% es condicionado a la entrega de la certificación solicitada de lo contario este se redice a 0% y la ejecución de la actividad será de 0%.*

VALOR DE LOS PRODUCTOS

AJUSTE APROBADO AL PROYECTO No. 1 del PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO PLAN DEPARTAMENTAL DE AGUAS - GUAINIA 2018-2019				
Componente	***Descripción***	***PRESUPESTO Y FUENTE FINANCIACIÓN Vigencia 2018***		***OBSERVACIÓN***
Conocimiento	***PROYECTO 1:*** *Diagnóstico de las condiciones de amenaza, vulnerabilidad y riesgos en las redes, colectores, planta de tratamiento de aguas residuales PTARs PAUJIL (existente y proyectada), BERLIN (existente), ESPERANZA (existente) y EBAR (proyectada), para implementar medidas de mitigación y reducción del riesgo en el sistema de alcantarillado sanitario y plantas de tratamiento de aguas residuales del municipio de Inírida y la infraestructura correspondiente a los componentes de acueducto para la cabecera departamental de Barrancominas, San Felipe, Puerto Colombia y alcantarillado para las ANM de Barrancominas y San Felipe en el Departamento del Guainía, que incluye prediseños de las obras de reducción y mitigación del riesgo.*	*$200.000.000*	*S.G.P. Departamento (100%)* *S.G.P. - ANM (33,33%)*	*Para suplir la necesidad de recursos para ejecutar el proyecto No. 1 se aprobó adicionar ($85.000.000). El valor y la fuente de financiación para las ANM (Barrancominas, San Felipe y Pto Colombia) no se modifica, continua indemne.*

> Se sugiere a la empresa HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. recomendar las respectivas medidas de reducción a implementar de la PTAP o las gestiones que se deben realizar EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINIA S.A.S E.S. con el Consejo Municpal de Gestión del Riesgo de Desastres y la administración municipal de Barrancominas en términos de lo establecido en la Ley 1523 de 2012 y el Decreto 2157 de 2017 cuando las condiciones de amenaza son generadas por el territorio más no por la prestación del Servicio Público.

En el mismo indica que recomienda las medidas de la PTAP, en lo cual siempre se les ha manifestado en las observaciones, que la medida planteada no se tiene en cuenta donde se encuentra la estructura de acueducto y/o alcantarillado.

En cuanto al concepto 03, presentado por BEATRIZ ELENA ROJAS MUNERA, se les ha indicado que las obras planteadas son para el municipio y como en los conceptos anteriores que presentan como defensa aclaran es responsabilidad de la Alcaldía y su comité de gestión del riesgo municipal y no del consultor contratado por el Gestor PDA, por lo cual en lo que se ha pedido en las diferentes observaciones realizadas al contratista es que se sectorice a la estructuras de prestación de los servicios públicos domiciliarios la propuesta para el municipio de Barrancominas.

Por todo lo anterior, el porcentaje de incumplimiento establecido en la Resolución No. 014 de 2022, tendrá una variación, en el sentido de que se verificó la validez de la certificación expedida por la UNIÓN TEMPORAL PAUJIL, lo cual conlleva al cumplimiento de dicha actividad para el Municipio de Inírida:

En tal sentido es importante recordar el porcentaje de incumplimiento fijado en la citada Resolución, así:

"(...)

ACTIVIDAD 11 *DIAGNÓSTICO DE LAS CONDICIONES DE AMENAZA, VULNERABILIDAD Y RIESGOS EN LAS REDES, COLECTORES, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES PTARS PAUJIL (EXISTENTE Y PROYECTADA), BERLIN (EXISTENTE), ESPERANZA (EXISTENTE) Y EBAR (PROYECTADA), PARA IMPLEMENTAR MEDIDAS DE MITIGACIÓN Y REDUCCIÓN DEL RIESGO EN EL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLANTAS DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL MUNICIPIO DE INÍRIDA Y LA INFRAESTRUCTURA CORRESPONDIENTE A LOS COMPONENTES DE ACUEDUCTO PARA LA CABECERA DEPARTAMENTAL DE BARRANCOMINAS, SAN FELIPE, PUERTO COLOMBIA Y ALCANTARILLADO PARA LAS ANM DE BARRANCOMINAS Y SAN FELIPE EN EL DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA, QUE INCLUYE PREDISEÑOS DE LAS OBRAS DE REDUCCIÓN Y MITIGACIÓN DEL RIESGO.*

MUNCIPIO O ANM	***PORCENTAJE CONTRACTUAL***	***PORCENTAJE DE AVANCE***	***OBSERVACIONES***

92

ANM PUERTO COLOMBIA	$50.000.000	$0	antecedentes para llegar a la solución
TOTALES	**$200.000.000**	**$50.000.000**	

Así las cosas el valor no ejecutado por parte del Contratista HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., corresponde a la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150.000.000) M/CTE., lo cual conlleva a la variación del porcentaje de incumplimiento que incide en la aplicación de la Cláusula Penal, se la siguiente manera:

ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, SIENDO EL 100% EL VALOR TOTAL DEL CONTRATO.

VALOR TOTAL DEL CONTRATO MAS ADICIÓN	VALOR DEL CONTRATO EJECUTADO	VALOR DEL CONTRATO NO EJECUTADO
$ 693.843.038 + $ 85.000.000 = 778.843.038	($778.843.038- $150.000.000) = $628,843,038.00	$ 150.000.000
100%	80.74%	19.25 %

Por lo anterior se puede concluir que el contratista incumplió con un: ***Diecinueve punto veinticinco por ciento (19.25%)*** del contrato.

En ese orden de ideas la Cláusula penal que se estipuló es sobre el veinte por cierto (20%) del total del contrato, y teniendo en cuenta que el incumplimiento fue parcial, la Cláusula penal se tasará sobre el **19.25 %** del valor total del contrato, teniendo como fundamento el anterior análisis.

Lo anterior bajo la siguiente formula:

20% (Total Clausula Penal) ---------- 100 % (Total Contrato).

$155.768.608 (% de la Clausula Penal) ---------- 19.25% (Incumplimiento contractual).

La aplicación de la Clausula Penal proporcional será:

Siendo la Clausula Penal del Contrato de Consultoría No. 030 de 2018, el valor equivalente a **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS M/CTE. ($155.768.608 M/CTE)** y siendo la parte proporcional al incumplimiento parcial hasta aquí demostrado, el valor de **VEINTINUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE ($29.985.457),** correspondiente al 19.25%

El anterior valor es producto de la aplicación del principio de proporcionalidad el cual se aplicó a la estimación de la cláusula penal, a razón del incumplimiento objeto de examen.

FRENTE A LOS ARGUMENTOS DE LA COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.

- **FALTA DE COMPETENCIA:**

MUNICIPIO O ANM	PORCENTAJE CONTRACTUAL	PORCENTAJE DE AVANCE	OBSERVACIONES
MUNICIPIO DE INIRIDA	*25%*	*0%*	*No presento certificación de la consultoría UT PAUJIL*
MUNICIPIO DE BARRANCOMINAS	*25%*	*0%*	*Carece de sustento técnico el prediseño, no estructural si no de antecedentes para llegar a la solución*
ANM SAN FELIPE	*25%*	*0%*	
ANM PUERTO COLOMBIA	*25%*	*0%*	
TOTALES	***100%***	***0%***	

MUNICIPIO O ANM	VALOR CONTRACTUAL	VALOR DE AVANCE	OBSERVACIONES
MUNICIPIO DE INIRIDA	*$50.000.000*	*$0*	*No presento certificación de la consultoría UT PAUJIL*
MUNICIPIO DE BARRANCOMINAS	*$50.000.000*	*$0*	*Carece de sustento técnico el prediseño, no estructural si no de antecedentes para llegar a la solución*
ANM SAN FELIPE	*$50.000.000*	*$0*	
ANM PUERTO COLOMBIA	*$50.000.000*	*$0*	
TOTALES	***$200.000.000***	***$0***	

*En consecuencia, no fueron ejecutados **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE ($200.000.000 M/CTE)** del valor del contrato y por ende se incumplió con la CLAUSULA SEGUNDA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA – OBLIGACIONES ESPECIFICAS 1. Cumplir con el objeto del contrato dentro del término y las condiciones acordadas."*

Sin embargo, tal y como se mencionó anteriormente, al establecerse la validez de la certificación allegada por el recurrente, expedida por la UNIÓN TEMPORAL PAUJIL, se modifica el porcentaje de avance de la siguiente manera:

MUNICIPIO O ANM	PORCENTAJE CONTRACTUAL	PORCENTAJE DE AVANCE	OBSERVACIONES
MUNICIPIO DE INIRIDA	25%	25%	
MUNICIPIO DE BARRANCOMINAS	25%	0%	Carece de sustento técnico el prediseño, no estructural si no de antecedentes para llegar a la solución
ANM SAN FELIPE	25%	0%	
ANM PUERTO COLOMBIA	25%	0%	
TOTALES	**100%**	**25%**	

MUNICIPIO O ANM	VALOR CONTRACTUAL	VALOR DE AVANCE	OBSERVACIONES
MUNICIPIO DE INIRIDA	$50.000.000	$50.000.000	
MUNICIPIO DE BARRANCOMINAS	$50.000.000	$0	Carece de sustento técnico el prediseño, no estructural si no de
ANM SAN FELIPE	$50.000.000	$0	

93

Efectivamente dentro de la Resolución No. 014 de 2022, se demostró el grado de incumplimiento del contratista HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., y lo que conllevó para la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., no contar de manera satisfactoria con la totalidad de los productos contratados, impactando de manera negativa en el cumplimiento de los proyectos y programas contenidos en el Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA del Guainía.

En efecto, al demostrarse el perjuicio generado por el incumplimiento del contratista, se aplicó la Cláusula Penal, de manera proporcional al porcentaje fijado para las actividades o productos contratados, con el propósito de declarar el siniestro dentro del Contrato de Consultoría 030 de 2018 para efectos de reclamar la suma de dinero correspondiente.

- COMPENSACIÓN:

Efectivamente, tal y como es solicitado por el recurrente, el artículo quinto de la Resolución No. 014 de 2022 ***"POR LA CUAL SE RESUELVE UN INCUMPLIMIENTO PARCIAL, SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 030 – 2018 CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA CON NIT. 901.174.630-5 Y LA EMPRESA HIDROAMBINETAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. CON NIT. 900.431.848-2 Y SE ORDENA LA LIQUIDACIÓN DEL MISMO"***, establece lo siguiente:

"ARTICULO QUINTO: En caso de no lograrse el pago, conforme a lo ordenado por el Artículo Cuarto de esta decisión, se dará aplicación a lo dispuesto en la Clausula Decima Séptima del Contrato, procediendo la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA, a descontar este valor de los pagos que se le deban efectuar al contratista."

De esta manera es claro que en primer lugar se intenta el pago directo de la Cláusula penal, por parte de la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., y en caso de no lograse se procederá a descontar el valor de los saldos pendientes de pago, momento en el cual se determinará si los mismos son suficientes para cubrir con la totalidad, evento en el cual en caso de que no sea así, se afectará la póliza, tal y como está explícitamente señalado en el contrato de seguro.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA**,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: MODIFICAR el ARTÍCULO TERCERO de la RESOLUCIÓN No. 014 DE 2022 ***"POR LA CUAL SE RESUELVE UN INCUMPLIMIENTO PARCIAL, SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 030 – 2018 CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA CON NIT. 901.174.630-5 Y LA EMPRESA***

En atención a que los argumentos esbozados por la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., en relación con la falta de competencia de la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., para proferir la Resolución No. 014 de 2022, son semejantes a los establecidos por la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., la entidad se remite a la respuesta señalada para tal efecto dentro del cuerpo de la presente resolución, debido a que contiene las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Por lo tanto, se mantiene la posición de la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., relacionada con la existencia de competencia legal para haber proferido la Resolución No. 014 de 2022, tal y como se señala en la presente decisión.

- **FALSA MOTIVACIÓN PARA DECLARAR EL SINIESTRO:**

En relación con el presente argumento, es importante indicar al recurrente que el proyecto relacionado con el Contrato de Consultoría 030 de 2018, que tiene por objeto ***"CONSULTORÍA PARA LA FORMULACIÓN, ACTUALIZACIÓN E IPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS CONTEMPLADOS EN EL PLAN AMBIENTAL Y PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO PAP – PSA DEL DEPARTAMENTO DE GUAINÍA"***, pertenece a la ejecución del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento - PDA del Guainía y fue contemplado como proyecto estratégico por parte del Comité Directivo del PDA del departamento.

Por lo tanto, la importancia de la ejecución del proyecto es inherente a su misma existencia, teniendo en cuenta que corresponde a la realización de los estudios y diseños necesarios para la ejecución de proyectos relacionados con el plan ambiental y el plan de gestión del riesgo de la totalidad del departamento del Guainía.

Así las cosas, el hecho de que el contratista no ejecutara de manera satisfactoria la totalidad de las obligaciones contractuales, generó un perjuicio no solo para los intereses de la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., sino además para la ejecución del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA del Guainía, en atención a que no permite el desarrollo adecuado de los proyectos y programas fijados para el departamento.

De esta manera la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., como Gestor del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA del Guainía, adelantó las acciones necesarias para que el la sociedad HIDROAMBIENTAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S., en calidad de contratista dentro del Contrato de Consultoría 030 de 2018, diera cumplimiento total a las obligaciones contractuales, situación que finalmente no se llevó a cabo según lo establecido en la Resolución No. 014 de 2022, debido a que se comprobó el incumplimiento de un porcentaje de dichas obligaciones.

Con fundamento en lo anterior, es claro que la Empresa de Servicios Públicos del Guainía Escalar S.A.S. E.S.P., fijó el perjuicio generado por el incumplimiento del contratista, precisamente al determinar el porcentaje del mismo y las causas técnicas que dieron su origen, estableciendo el valor de los productos no entregados que impactaron en la proporcionalidad de la Cláusula Penal aplicada.

94

HIDROAMBINETAL INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. CON NIT. 900.431.848-2 Y SE ORDENA LA LIQUIDACIÓN DEL MISMO", el cual quedará así:

"ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la Clausula Penal Pecuniaria consagrada en la Clausula DECIMA SÉPTIMA del contrato de Consultoría No. 030 – 2018, en favor de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL GUAINÍA S.A.S.E.S.P. – ESCALAR GUAINÍA, en un monto de **VEINTINUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE ($29.985.457).**"

ARTICULO SEGUNDO: Los demás aspectos y artículo de la RESOLUCIÓN No. 014 DE 2022, se mantienen vigentes y por lo tanto no sufren modificación alguna.

ARTICULO TERCERO: La presente Resolución queda notificada en el desarrollo de la presente Audiencia y contra ella no procede recurso alguno.

ARTICULO CUARTO: En firme la presente Resolución, adelántese el trámite contenido en el Artículo Noveno de la Resolución No. 014 de 2022.

ARTICULO QUINTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en Inírida a los veintidós (22) días del mes de noviembre de 2022.

ZAYRA MILENA LARA BUITRAGO
Gerente General ESCALAR S.A.S. E.S.P.

	NOMBRE	***CARGO***	***FIRMA***
Elaboró:	Andrés Felipe Bejarano Reyes	Apoyo a la Supervisión	
Elaboró:	Nelson Suárez Poveda	Asesor Jurídico - Externo	
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el presente documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales y/o técnicas vigentes y por lo tanto bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma del Gerente General de la empresa ESCALAR S.A.S E.S.P.			