811.43.00.00207.18

RESOLUCIÓN NÚM. 00207
DEL 07 DE FEBRERO DE 2018

"POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EN AUDIENCIA UN RECURSO DE REPOSICIÓN, SE RATIFICA UN INCUMPLIMIENTO Y SE DECLARA EL SINIESTRO DE "CALIDAD DEL SERVICIO" DEL CONTRATO DE CONSULTORIA No. 0014 de 2013, SUSCRITO ENTRE CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. Y LA EAAAY EICE E.S.P."

LA AGENTE ESPECIAL DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE YOPAL EICE ESP

En uso de sus facultades constitucionales y legales en especial las conferidas en sus artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia y las Leyes 142 de 1994, 439 de 1998, 689 de 2001, 1437 de 2011 CPACA, artículo 1600 Código Civil Colombiano y artículo 86 de la Ley 1474 de 2012, y

CONSIDERANDO:

Que la Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Yopal EICE ESP, celebró el contrato interadministrativo núm. 2067 de noviembre 08 de 2012, cuyo objeto consistía en la *"ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑO DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE, E INTERVENTORÍA A LA ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑO DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE"*, con un plazo de ejecución de doce (12) meses.

Que producto del contrato interadministrativo, la EAAAY EICE ESP celebró el contrato de consultoría núm. 0014 de marzo 04 de 2013, cuyo objeto consistía en la *"ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE"*, por valor de DOS MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE ($2.728.594.874) y un plazo de ejecución de doce (12) meses.

Que el contratista CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A., constituyó a favor de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, la Garantía Única de Cumplimiento 05GU096889, con Certificado 05GU183431 del 05/03/2013, dentro del contrato de consultoría núm. 0014 de marzo 04 de 2013, como requisito de ejecución para la suscripción del acta de inicio.

Que para el seguimiento técnico, administrativo y financiero del contrato de consultoría núm. 0014 de marzo 04 de 2013, la EAAAY EICE ESP suscribió el contrato de Interventoría Núm. 0021 de marzo 20 de 2013, con el Consorcio PTAP, cuyo objeto fue *"INTERVENTORIA AL ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIO Y DISEÑO DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE"*, la cual tuvo un plazo de doce (12) meses, un valor inicial de $273.013.582,79 y un valor adicional de $49.573.127,00.

Que el contratista CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. el 20 de octubre de 2014, actualizó la Garantía Única de Cumplimiento 05GU096889, con Certificado 05GU183431, teniendo en cuenta que los productos objeto de la Consultoría fueron recibidos por la interventoría el día 10 de noviembre de 2014 y su liquidación se produjo en la misma fecha, según actas suscritas por las partes.

Que mediante oficio del 6 de agosto de 2014 con radicado núm. 2014ER0068689, la EAAAY EICE ESP radicó ante el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio el proyecto *"ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE"*, para la construcción del acueducto definitivo de la ciudad de Yopal.

Que producto de lo anterior, el 12 de diciembre de 2014 se suscribió el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y apoyo financiero celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio-MVCT, el Departamento de Casanare, la Empresa Departamental de Servicios Públicos de Casanare "ACUATODOS S.A. E.S.P.", RL Fondo Adaptación, el Municipio de Yopal, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.- Findeter y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal – EAAAY EICE ESP, cuyo objeto correspondió a *"..Aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras, interventoría y demás actividades necesarias para el desarrollo del proyecto denominado "Construcción Sistema de Abastecimiento y Tratamiento de Agua Potable para el Casco Urbano de Yopal – Casanare (Construcción de la Captación, Aducción, Planta de Tratamiento de Agua Potable y la Conducción hasta las Redes del Casco Urbano de Yopal, Departamento de Casanare)".*

Que para la construcción del acueducto definitivo de la ciudad de Yopal (Casanare) el 04 de mayo del 2015, se suscribió el contrato de obra núm. PAF-ATF-105-2014, celebrado entre Fiduciaria Bogotá S.A. Administradora y Vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – Findeter y el Consorcio Abengoa JGP Yopal, cuyo objeto correspondió a la *"Construcción Sistema de Abastecimiento y Tratamiento de Agua Potable para el Casco Urbano de Yopal – Casanare (Construcción de la Captación, Aducción, Planta de Tratamiento de Agua Potable y la Conducción hasta las Redes del Casco Urbano de Yopal, Departamento de Casanare)"*, por un valor de ejecución de la obra de $55.206.433.508 y puesta en marcha de la planta por un valor de $801.760.680, en un plazo de ejecución de construcción de la planta de quince (15) meses y puesta en marcha de la planta de seis (6) meses y el 01 de junio del 2015 se suscribió el Contrato de Interventoría Núm. PAF-ATF-I-024-2015, celebrado entre Fiduciaria Bogotá S.A. Administradora y Vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – Findeter y el Consorcio Llanero 2015, cuyo objeto correspondió a la *"Interventoría Integral (Administrativa, financiera, contable, Ambiental, Social Jurídica y Técnica), del contrato de ejecución que tiene como objeto contratar la Construcción Sistema de Abastecimiento y Tratamiento de Agua Potable para el Casco Urbano de Yopal – Casanare (Construcción de la Captación, Aducción, Planta de Tratamiento de Agua Potable y la Conducción hasta las Redes del Casco Urbano de Yopal, Departamento de Casanare)"*, por valor de $2.276.099.800 y un plazo de ejecución de veinticuatro (24) meses; contrato que inició el 03 de marzo del 2016 conforme a lo descrito en el Acta de Inicio Fase II del Contrato de obra Núm. PAF-ATF-105-2014, suscrita por el Contratante, el Contratista y la Interventoría.

Que el Director Técnico de la EAAAY EICE ESP en calidad de supervisor, el 13 de julio de 2016 presentó ante la Agente Interventora Informe Técnico para que se declare un presunto incumplimiento del contrato de consultoría núm. 014 de 2013, suscrito con CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A identificada con el Nit. 890.914.868-8, cuyo objeto correspondió a *"ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE";* teniendo en cuenta que se evidenciaron posibles fallas en los diseños relacionados con las estructuras de protección en la bocatoma y línea de conducción en el periodo de lluvias del mes de abril del año 2016 y que se observó una afectación de magnitud considerable del talud izquierdo (aguas abajo) lo cual dejó en evidencia presuntas deficiencias e incumplimiento a la calidad de los estudios y diseños entregados por el contratista.

Que mediante oficio de comunicaciones enviadas con radicado núm. 811.16.01.02374.16 del diecinueve (19) de julio del 2016, remitido a través de la empresa de mensajería 472, conforme a la guía RN608588439C0, se radicó en la oficina de la empresa CIVIL HIDRAULICA Y SANITARIA, CHS S.A., ubicada en la Calle 53 núm. 45-112 oficina 902 de la ciudad de Medellín, e igualmente, a través del oficio de comunicaciones enviadas con radicado núm. 811.16.01.05373.16 del diecinueve (19) de julio del 2016, remitido a través de la empresa de mensajería 472, conforme a la guía RN608588425C0, se radicó en la oficina de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA S.A.", con Nit. 860.070.374-9 ubicada en la Calle 82 núm. 11-37 piso 7 de la ciudad de Bogotá D.C., la citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011 para el día 28 de julio de 2016, a las 9:00a.m., en la sala de juntas de la Gerencia de la EAAY EICE ESP, ubicada en el tercer piso de la Carrera 19 Núm.21-34 de la ciudad de Yopal (Casanare), adjuntando copia del informe de la supervisión presentado por la Dirección Técnica de la EAAY EICE ESP, donde consta las obligaciones presuntamente incumplidas, las cláusulas o normas presuntamente violadas y/o incumplidas, así como las consecuencias que se podrían derivar en desarrollo de la presente actuación administrativa; además informándoles que en la misma podrán rendir sus descargos y presentar o solicitar las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles, para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa, dentro de la actuación administrativa.

Que llevado a cabo el procedimiento administrativo de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, a través de la Resolución Núm. 01031 del 24 de julio de 2017, en audiencia celebrada el mismo día en la sala de juntas de la EAAAY EICE ESP, se declaró el incumplimiento y el siniestro de "calidad del servicio" del contrato de consultoría No. 0014 de 2013 suscrito con la empresa Civil Hidráulica y Sanitaria CHS S.A. y la EAAAY EICE ESP, cuyo objeto consistía en el "*ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE*".

Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y siniestro de "*calidad del servicio*" dentro del contrato de consultoría No. 0014 de 2013, se impuso a la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. identificada con el Nit. 890.914.868-8 y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A "CONFIANZA" identificada con el Nit. 860.070.374-9, el pago del amparo, en la suma equivalente a QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($545.718.975) con cargo a la Garantía Única de Cumplimiento constituida mediante Póliza No. 05GU096889 con certificado 05GU183431.

Que la decisión adoptada en audiencia del 24 de julio de 2017 a través de la Resolución Núm. 01031.17, fue notificada en estrados, en donde las partes hicieron uso del recurso de reposición de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, manifestando igualmente, que por la complejidad de lo debatido requerían la suspensión de la respectiva audiencia a fin de sustentar el respectivo recurso; a lo cual se accedió por parte de la EAAAY EICE ESP fijando como fecha de reanudación de la audiencia el 28 de agosto de 2017 a las 9:00 a.m.

Que para el día 22 de agosto de 2017 la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. mediante el oficio con radicado núm. 5254.17 requirió la suspensión de la audiencia programada para celebrarse el día 28 de agosto de 2017 a las 9:00 a.m. por un término de dos (2) meses, por las razones que quedaron expuestas en el auto núm. 001 del 24 de agosto de 2017, en donde se accedió a la petición y se fijó como nueva fecha de reanudación de la audiencia el día 26 de octubre de 2017 a las 9:00 a.m.

Que para el día 23 de octubre de 2017 se radicó ante la EAAAY EICE ESP por parte de la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA S.A. documento en cuarenta y nueve (49) folios con radicado núm. 6852.17, que sustentó el recurso de reposición contra la decisión adoptada en la Resolución Núm. 01031 del 24 de julio de 2017.

Que una vez instalada y reanudada la respectiva audiencia el día 26 de octubre de 2017 a las 9:00 a.m., la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A "CONFIANZA", se ratificaron de lo manifestado a través del escrito radicado ante la EAAAY EICE ESP, procediendo a fijar el día 16 de noviembre de 2017 hora 3:00 p.m. a fin de reanudar la diligencia y resolver, tanto jurídica como técnicamente el recurso de reposición interpuesto.

Que a través de correo electrónico recibido por la EAAAY EICE ESP el día 10 de noviembre de 2017 el apoderado de la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. solicitó la suspensión de la audiencia programada para el día 16 de noviembre de 2017 hora 3:00 p.m., debido a que para la misma fecha y hora, se había fijado audiencia de pruebas dentro del proceso de Reparación Directa Núm. 05001-23-33-000-2013-00768-00 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, conforme a lo establecido y motivado en auto núm. 002 del 15 de noviembre de 2017.

Que verificada la documentación aportada por el apoderado de la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A., se accedió como única vez a la suspensión de la audiencia programada para el día 16 de noviembre de 2016 hora 3:00 a.m., fijando como nueva fecha el 29 de noviembre de 2017 hora 3:00 p.m., a fin de resolver y notificar la decisión final del recurso de reposición interpuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que teniendo en cuenta las actuaciones judiciales y administrativas que se debían llevar a cabo ante entidades como Corporinoquia por parte de la Agente Especial y la Asesora Jurídica, además de las audiencias programadas en los procesos contractuales que lleva a cabo la oficina jurídica de la EAAAY EICE ESP, a través de los autos núm. 003 del 29 de noviembre y núm. 004 del 19 de diciembre, ambos del 2017, se suspendieron de oficio las audiencias programadas, fijando finalmente como fecha para reanudación para resolución del recurso de reposición interpuesto el día 08 de febrero de 2018 a las 3:00 p.m.

Que a través de auto del 07 de febrero de 2018, se suspendió la audiencia que se encontraba programada para el día 08 de febrero de 2018, en atención a que la Agente Interventora, el Director de Aseo y la Asesora Jurídica tuvieron que asistir a las concertaciones adelantadas con la comunidad de la Niata, en comités con el departamento de Casanare y el municipio de Yopal, durante los días 06 a 11 de febrero de 2018, relacionados con la construcción de la trinchera 13 y el sistema de tratamiento de lixiviados en el relleno sanitario El Cascajar, motivo éste, por lo que se reprogramó la audiencia para el día 27 de febrero de 2018 a las 3:00 p.m. a fin de resolver el recurso de reposición interpuesto.

Que el Director Técnico de la EAAAY EICE ESP a través de informe núm. 847.25.01.0580.17 del 18 de diciembre de 2017 radicado en la oficina jurídica el mismo día, una vez verificado el escrito de sustentación del recurso de reposición interpuesto por la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA S.A. en escrito radicado bajo el núm. 6852.17 del 23 de octubre de 2017, indicó:

RESPUESTA A LA SUSTENTACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO

Reposición 1: Se sustenta en señalar que:

"POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EN AUDIENCIA UN INCUMPLIMIENTO Y SE DECLARA EL SINIESTRO DE "CALIDAD DEL SERVICIO" DEL CONTRATO DE CONSULTORIA No. 0014 de 2013, SUSCRITO ENTRE CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. Y LA EAAAY EICE E.S.P."

"En el Acta No. 12 de Recibo Final del Contrato de Consultoría, firmada por Daniel Hernández Posada Suárez, Agente Especial EAAAY EICE ESP; Jorge Eliecer Castellanos Silva, Interventor Consorcio PTAP; con Vo.Bo. de Fabián Humberto Fajardo, Director Técnico EAAAY EICE ESP; Bladimir Castro Avellaneda, Supervisor de EAAAY EICE ESP, y tiene el Vo.Bo., con firma ilegible de la Oficina Jurídica; y Jaime Logreira Arrázola, Contratista CHS S.A., se indica que el acta se suscribe "...dado que el contratista cumplió con el objeto contratado".

Adicionalmente, en la misma acta se relacionan las 74 actividades principales del contrato, sobre las cuales se indica en una columna que el trabajo de la consultoría fue "EJECUTADO Y RECIBIDO A SATISFACCIÓN" del 100%.

Por otra parte, en el literal C del acta No. 12, antes citada, se estipula que "Una vez realizada la inspección total de los productos entregados, se constató el 30 de septiembre de 2014, que los trabajos fueron terminados a entera satisfacción de acuerdo con lo establecido en el contrato. En consecuencia, el Contratista hace entrega real y efectiva de los productos ejecutados a la Interventoría y a la EAAAY EICE ESP y éstos la reciben".

El contenido de los tres párrafos anteriores, fue extraído del ACTA No. 12 DE RECIBO FINAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA, e indica, sin ningún asomo de duda, que en la realidad no existe el incumplimiento mencionado en el título de la Resolución que es objeto del presente documento."

Se debe indicar que lo argumentado dentro del recurso interpuesto en relación con los establecido en la parte considerativa de la decisión proferida, por medio de la cual se declaró el siniestro de "calidad del servicio" dentro del contrato de consultoría No. 0014 de 2013, corresponde única y exclusivamente a los distintos tiempos y acontecimientos que surgieron y/o se originaron dentro del proceso contractual seguido por la EAAAY EICE ESP, situación que, como más adelante se puede observar en el acto administrativo declaratorio del incumplimiento, se relacionan todos y cada uno los motivos de hecho y derecho que finalmente originaron la declaratoria que se sigue y que hoy es objeto del recurso que nos ocupa.

Ahora, es importante aclarar que en lo relacionado con el recibo y liquidación del contrato de Consultoría No. 0014.13 no exonera al contratista de la calidad del producto final, resultado de la misma contratación.

En relación con los ajustes al diseño de las obras de protección en la captación superficial, se originaron de las deficiencias en los diseños por parte del consultor, lo que conllevó finalmente a que se generaran reformulaciones al diseño original, que ocasionó la necesidad de mayores recursos para el cumplimiento del objeto contractual.

Reposición 2: Se sustenta en señalar que:

"Que el Director Técnico de la EAAY EICE ESP en calidad de supervisor, el 13 de julio de 2016 presenta ante la Agente Interventora Informe Técnico para que se declare un presunto incumplimiento del contrato de consultoría Núm. 014 de 2013, suscrito con CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A., Nit. 890914868-8, Representado Legalmente por el señor JAIME LOGREIRA ARRAZOLA, cuyo objeto correspondió a "ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE"; teniendo en cuenta que se han evidenciado posibles fallas en los diseños relacionados con las estructuras de protección en la bocatoma y línea de conducción; en el periodo de lluvias del mes de abril del año 2016, se ha observado una afectación de magnitud considerable del talud izquierdo (aguas abajo) lo cual deja en evidencia presuntas deficiencias e incumplimiento a la calidad de los estudios y diseños entregados por el contratista CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A., Nit. 890914868-8, representado legalmente por el señor JAIME LOGREIRA ARRAZOLA.

"En relación con lo trascrito, no tiene lógica alguna que la presentación de un evento de erosión, absolutamente imprevisible y de fuerza mayor, pueda dejar "...en evidencia presuntas deficiencias e incumplimiento a la calidad de los estudios y diseños entregados por el Contratista...", comentario que sólo tendría validez si las obras ya estuvieran construidas y fallaran por la acción del evento mencionado.

Peor aún es que se evidencien "deficiencias e incumplimiento a la calidad" de obras de protección que, cuando se presentó dicho evento, no habían sido diseñadas aun por el contratista de construcción, Consorcio Aguas de Yopal, a quien se le encomendó esta tarea. Repetimos, si las obras de protección aún no estaban diseñadas y tampoco construidas, es obvio que, por sustracción de materia, dichas obras no podían evidenciar ni buena ni mala calidad.

En resumen, no tiene fundamento alguno endilgarle "posibles fallas" a CHS S.A. que, además de basarse en "presuntas deficiencias" de obras no construidas, se trata de obras que, posteriormente a la "afectación ... del talud izquierdo", fueron diseñadas por otra firma y no por CHS S.A.

Lo que se dice aquí fue expuesto por CHS S.A. en los descargos hechos en la audiencia del 04 de agosto de 2016, específicamente refiriéndose al numeral 45 del oficio de la EAAAY No. 811.16.01.05374.16 del 19 de julio de 2016, contestado por CHS en la comunicación CHS-031/16 del 8 de agosto de 2016".

La EAAAY EICE ESP en relación a los términos de referencia de la invitación No. 114.00.28.01.0002.13 página 45 donde se encuentra el estudio de riesgos claramente indica *"Tiene como objeto identificar y analizar los riesgos que pueden afectar el diseño y el desarrollo de un proyecto de inversión y/o los riesgos que éste puede generar en su entorno. Lo anterior, como base para formular las medidas de prevención y mitigación conducentes a reducir la vulnerabilidad del proyecto y/o las consecuencias de los riesgos que éste pueda generar desde el punto de vista ambiental, económico, social y cultural. De esta manera, el análisis de riesgos es una herramienta útil para la toma de decisiones y un insumo importante en la etapa de preinversión y planeación de los proyectos.*

Para este análisis se deben conformar los escenarios de riesgo técnicamente predecibles para cada alternativa de solución, de acuerdo con las amenazas conocidas para la zona del proyecto y con la vulnerabilidad ante dichas amenazas que generaría la alternativa de solución evaluada.

Es importante resaltar que los costos de las acciones de prevención o mitigación deben estar incluidos dentro del costo total de la o las alternativas de solución."

Se evidencia que las obras propuestas por el estudio realizado por la firma consultora no eran las suficientes, esto argumentado en el informe presentado por el Consorcio Llanero 2015 como soporte para realizar la reformulación numero 3 ante en MVCT, donde en el Numeral 3, Capítulo 200 Captación Superficial realiza un diagnóstico sobre las obras diseñadas *"Las obras diseñadas de protección ribereña eran insuficientes para soportar la erosión en la zona de la bocatoma y la socavación lateral. Se rediseñaron las obras como resultado de la solicitud para profundizar el estudio y diseño apropiado por CORPORINOQUIA. De no hacerse estas obras, la bocatoma diseñada sería destruida a corto plazo, así como los primeros 400 metros de la aducción por captación superficial".*

Por otro lado, la reformulación No. 2 del contrato de obra N° PAF-ATF-105-2014 fue avalada por el consultor CHS S.A., en donde, los costos de las obras de protección aumentaron notoriamente teniendo como valor inicial para las obras de protección contempladas en la suma de $718.613.603,9 y el valor de la protección en la reformulación No. 2 fue de $11.243.813.072,80 donde se establece un aumento evidente que no se justifica, si se hubieran realizado los estudios necesarios para el diseño de la protección.

Deducido entonces en los términos de referencia y el informe de las obras de protección, deberían estar contempladas en el presupuesto del proyecto que, aunque fueron tenidas en cuenta como se evidencia anteriormente, los costos aumentaron muy notoriamente. De otra parte, el Ing. Jaime Logreira Arrazola como representante legal de la firma CHS S.A. avaló las obras de protección contempladas por el Consorcio Aguas de Yopal, confirmando con dicho aval y sin oposición alguna a las mismas, que las obras diseñadas inicialmente no cumplían las especificaciones necesarias para dicha protección.

En lo recurrido al hecho de que las obras de protección no fallaron, pues aún no se habían construido, dicha apreciación no es de recibo por parte de la EAAAY EICE ESP, teniendo en cuenta que los eventos de fuertes lluvias en época de invierno indudablemente evidencian que las obras de protección diseñadas para la bocatoma no cumplirían con las condiciones necesarias para garantizar la estabilidad de la obra, es por ello, que se requirió de ajuste al diseño original y posterior reformulación del proyecto y a la aprobación de nuevas obras de protección, generando disminución en el alcance del proyecto por la necesidad de mayores recursos económicos y retrasos en el cronograma de obra.

La afectación en el sector de la Bocatoma, en el talud izquierdo aguas abajo, donde existía un enrocado para protección de la ribera del rio, construida por la empresa Equión y de características superiores a las diseñadas inicialmente en la consultoría para la protección de la bocatoma, fueron destruidas por la fuerza del rio, lo que prueba que las futuras obras diseñadas en la consultoría no cumplirían con las especificaciones técnicas para la protección de la bocatoma, requiriendo a futuro el rediseño de las mismas.

El incumplimiento no se establece por la afectación al talud izquierdo aguas abajo en el sector de la bocatoma, el incumplimiento está en la calidad del diseño, pues al considerar unas obras de protección de especificaciones técnicas menores a las requeridas, por lo anterior, el contratista e interventoría de obra realizaron los estudios, diseños, memorias de cálculo, planos, especificaciones técnicas, solicitadas para este tipo de obras que garanticen la estabilidad de las mismas.

Reposición 3 y 4: Se sustenta en señalar en relación con los numerales 11 y 13 de la Resolución recurrida, que:

11. *El **29 de diciembre de 2014**, Corporinoquia en respuesta a la información radicada el 28 de agosto de 2014 para obtención de permisos ambientales, Corporinoquia realiza visita al sitio del proyecto y emite el concepto técnico N° 500.25.8.14-0413 del 25 de noviembre de 2014. En este concepto se señala claramente las falencias de la información entregada por el diseñador con respecto a las obras en la captación superficial, infiltración ribereña y aprovechamiento forestal. Anexo 12.*

"En este punto la EAAAY erradamente como falencias señaladas por Corporinoquia, lo que en realidad fue un "concepto técnico" u "observaciones técnicas" que se sometieron a la revisión y pronunciamiento de CHS S.A. y como tales son mencionadas por la misma EAAAY en el numeral 13 de la hoja 6 de la Resolución, transcrito a continuación (...)"

13. *El día **16 enero de 2015** se realizó reunión en instalaciones de CORPORINOQUIA con la participación de la Alcaldía de Yopal, EAAAY EICE ESP, CHS S.A. RL. Jaime Logreira, Consorcio PTAP. R/L. Jorge Castellanos, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, y Corporinoquia, con el objeto de presentar el proyecto de "Estudio De Prefactibilidad, Factibilidad, Estudios Y Diseños De La Captación, Aducción, Planta De Tratamiento De Agua Potable Y La Conducción Hasta Las Redes Del Casco Urbano Del Municipio De Yopal, Departamento De Casanare" y evaluar los alcances del concepto técnico N° 500.25.8.14-0413 de Corporinoquia. Se adquieren algunos compromisos por parte del consultor como es el enviar a la EAAAY antes del 20 de enero de 2015 la respuesta a las observaciones técnicas de la Corporación contenidas en el concepto técnico N°500.25.8.14-0413, respuesta que la empresa radicaría en la Corporación el 23 de enero de 2015, lo cual no se realizó por que el consultor nunca dio respuesta a las inquietudes planteadas en el concepto técnico citado. Anexo 14.*

"Se mencionan compromisos por parte del Consultor y, además que "...el Consultor nunca dio respuesta a las inquietudes planteadas en el concepto técnico citado...", lo cual se aleja de la verdad, porque la realidad es que CHS S.A. sí cumplió el compromiso, enviándole a la EAAAY la comunicación CHS-002/15 PTA_YOPAL-063, del 20 de enero de 2015. Lo transcrito aquí demuestra que lo que la EAAAY denomina como falencias, en el punto 11 de la hoja 5 trascrito anteriormente, no lo fueron en realidad sino simples observaciones técnicas o inquietudes de Corporinoquia".

Es de aclarar que el concepto técnico N° 500.25.8.14-0413 del 25 de noviembre de 2014, realizado por siete (7) profesionales de Corporinoquia de diferentes

ramas de la ingeniería, contiene requerimientos de fondo realizados a los diseños de las estructuras presentados, como lo señala la Corporación en el numeral 4, ítem 7: *"No se muestran los diseños estructurales con memorias de cálculo de las estructuras a construir"*.

Como se sabe, el diseño estructural es el encargado de garantizar la estabilidad de la construcción civil, de ahí la importancia e implantación del cálculo de estructuras. La responsabilidad de las mismas y la necesidad de revisar el proyecto de ejecución garantizan esta implantación. Lo anterior hace del análisis estructural un aspecto altamente relevante.

Igualmente en el ítem 21 del citado concepto técnico, Corporinoquia dice: *"De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1523 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" y bajo el principio de precaución, se recomienda tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 38 y 42 de la Ley en comento que reza: Art.38...()* ***todos los proyectos de inversión pública que tengan incidencia en el territorio, bien sea a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, deben incorporar apropiadamente un análisis de riesgo de desastres cuyo nivel de detalle estará definido en función de la complejidad y naturaleza del proyecto en cuestión.*** (Negrilla fuera del texto).

Análisis que fue presentado deficientemente dentro del producto entregado por el consultor no dándole la importancia requerida de acuerdo a la magnitud de la obra.

Es de aclarar que efectivamente no se cumplió con la entrega de la respuesta a las observaciones de Corporinoquia en el término propuesto ni con los soportes técnicos, pues como lo señala el consultor, estas no fueron entregadas antes de la fecha señalada, sino el mismo 20 de enero de 2015 y con información que no daba claridad a lo requerido por la Corporación, como se muestra de los apartes extractados de la comunicación CHS-002/15 PTA_YOPAL-063 del 20 de enero de 2015 que señala:

1. *Se logró evidenciar que las obras correspondientes a la línea de aducción (según plano presentado por la EAAAY EICE ESP y recorrido en campo) que un tramo importante de su trazado se encuentra dentro del antiguo lecho del río Cravo Sur.*

Lo que se denomina "antiguo lecho" es realmente la llanura de inundación del río, es decir, áreas propensas a inundarse. En el caso concreto de tuberías para abastecimiento de agua, abundan en el mundo ejemplos de instalación de ellas en áreas inundables periódicamente, o continuamente inundadas, siempre y cuando se evite su vulnerabilidad mediante una construcción adecuada. En el caso concreto de la aducción en cuestión se tuvieron en cuenta los siguientes factores:

- *Las llanuras de inundación sufren este evento muy pocos meses al año, y no todos los años.*
- *La velocidad del agua en las llanuras, y por tanto la energía erosiva de las corrientes, es baja.*
- *Desde el punto de vista topográfico, las llanuras de inundación son muy planas, y no hacen parte del cauce del río.*
- *Las inundaciones son periódicas, pues sólo se presentan durante las crecidas del río*
- *No se tienen datos hidrológicos detallados y su obtención toma mucho tiempo.*

Es decir que, para el consultor, las crecientes del río afectarían, si ocurrieran todo el año, desconociendo que el invierno en esta zona dura en promedio ocho (8) meses del año, sumado a esto le resta importancia a la velocidad y fuerza de arrastre al rio Cravo Sur

Respecto a los requerimientos de Corporinoquia referentes a la cobertura vegetal y bosques existentes, así como al análisis del riesgo de desastres, el consultor en el oficio CHS-002/15 PTA_YOPAL-063 del 20 de enero de 2015 se limita a responder: *Las observaciones 17 a 21 estarán a cargo de la EAAAY y la Alcaldía.*

Reposición 5: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 15 de la Resolución recurrida, que:

> 15. *El **27 de mayo de 2015** la EAAAY EICE ESP oficia a CH-S SA solicitando información con relación a los requerimientos de Corporinoquia para el proceso de obtención de permisos ambientales, con respecto a: -falencias en los estudios de riesgos y amenazas, -el área de ubicación de la planta está tipificada como área de riesgo medio por inundación y remoción en masa, parámetros que no se tomaron en cuenta - obras de protección sobre la margen izquierda del rio Cravo Sur no cuentan con estudios y diseños detallados, no ha dado respuesta a las inquietudes consignadas en el concepto técnico N° 500.25.8.14-0413, etc.... Anexo 16.*

"Lo que sucedió al respecto fue que el VASB y Findeter consideraron conveniente solicitar a CHS S.A. la actualización de los estudios de gestión del riesgo de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014, para lo cual, motu propio, adjudicaron a CHS un contrato que realizó con fecha 15 de octubre de 2015. El resultado de la actualización del estudio de gestión de riesgo fue la recomendación para las obras de protección de la captación superficial y de la conducción, cuyos contratos de diseños le fueron adjudicados al Consorcio Llanero 2015, empresa que posteriormente construyó dicha obra.

CHS S.A. dio respuesta a las inquietudes mencionadas mediante la comunicación CHS-002/15 PTA_YOPAL-063 del 20 de enero de 2015.

Las actuaciones ejecutadas dentro de dicho contrato con Findeter, no pueden ser objeto del presente procedimiento administrativo adelantado por la EAAAY, por cuanto ésta última no fue parte de dicho acuerdo bilateral."

Se debe indicar inicialmente, que el acta de terminación suscrita se efectuó el día 10 de noviembre del 2014, dentro de la cual se indicó que las actividades finalizaron el día 30 de septiembre de 2014.

De otra parte, la emisión del Decreto 1807 fue el 19 de septiembre del 2014, es decir, que dicho decreto se debió tener en cuenta para el resultado final de la consultoría y no someter el proyecto a reformulaciones por la deficiencia en los diseños.

Reposición 6: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 16 de la Resolución recurrida, que:

> 16. *El día **2 junio de 2015** se llevó a cabo reunión en CORPORINOQUIA, con participación de la EAAAY EICE, División de intervenidas de la SSPD y el Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, en la cual la Corporación hace observaciones acerca de la necesidad de complementar la información para la obtención de los permisos ambientales de aprovechamiento forestal, concesión de aguas superficiales, exploración de aguas subterráneas, vertimiento de aguas, ocupación de cauce, certificación de uso del suelo, y análisis del riesgo (estudios geotécnicos y otros) en diferentes escenarios. En dicha reunión la EAAAY adquiere compromisos para enviar la información citada. El consultor no asiste a la mesa de trabajo no obstante la invitación realizada el 27 de mayo de 2015. Anexo 17.*

"Respecto a la última frase de la transcripción anterior, a continuación presentamos el mensaje que enviamos el 1 de junio de 2015 explicando que el suscrito no podía asistir a la reunión del día siguiente por motivos de salud. Que quede claro que fue la única reunión a la que no asistimos en los tres años y dos meses que hasta dicha fecha teníamos de estar involucrados en el contrato de Yopal. Que quede claro también que la invitación era indelegable."

Con relación al punto descrito, se ha de indicar, que si bien es cierto Corporinoquia emitió un concepto técnico donde se debió demostrar que lo encontrado en el documento realmente se había derivado de un estudio detallado de la hidrogeología y la dinámica del rio en la zona de estudio y de hecho si no existían los estudios se debió igualmente haber realizado, pero por el contrario, las respuestas en ese informe son las que a continuación se señalan:

Respuesta numeral 1. Informe CHS SA 20 de enero.

- *Las llanuras de inundación sufren este evento muy pocos meses al año, y no todos los años."* ¿con que estudio lo demostró?

- *La velocidad del agua en las llanuras, y por tanto la energía erosiva de las corrientes, es baja.* Se demostró que la corriente es demasiado erosiva pues la socavación en el talud izquierdo del rio Cravo sur a la altura de la bocatoma fue de aprox. 20 metros.

- *Desde el punto de vista topográfico, las llanuras de inundación son muy planas, y no hacen parte del cauce del río.*

- *Las inundaciones son periódicas, pues sólo se presentan durante las crecidas del río.*

- *No se tienen datos hidrológicos detallados y su obtención toma mucho tiempo.* La consultoría poseía un tiempo de 12 meses donde sin durar se podrían obtener los datos y las proyecciones necesarias para realizar los diseños adecuados en la protección de esta zona.

- *Por lo anterior, y por no ser posible la conducción del agua cruda a gravedad por otra ruta (por ej., paralela a la carretera requiere bombeo), se seleccionó la localización de la aducción en la franja en cuestión, proveyéndola de las medidas constructivas y protecciones que garanticen su estabilidad.*

El Consultor a pesar de presentar el sustento de su ausencia, debió delegar personal de su equipo de trabajo, con el fin de hacer parte de las mesas de trabajo programadas para la complementación de los Estudios y Diseños, producto de la Consultoría.

Reposición 7: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 18 de la Resolución recurrida, que:

> 18. *El día **18 junio 2015** se realizó comité en las instalaciones de MINVIVIENDA con la participación de la EAAAY EICE ESP, CH-S S.A, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, y División de intervenidas de SSPD; con el fin de verificar las acciones para la atención a las observaciones de Corporinoquia (trámite permisos ambientales PTAP Yopal) y prestar apoyo al consultor. En esta misma reunión el viceministerio se compromete a estructurar términos de referencia para la contratación de la consultoría para el estudio de gestión de riesgo. Anexo 19.*

"En realidad el objeto de los términos de referencia mencionados fue la actualización de los estudios de riesgo, de acuerdo con lo estipulado en el decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014, pues en el Informe Final, CHS S.A. incluyó el análisis de riesgos general del proyecto, de acuerdo con lo solicitado en los términos de invitación del contrato de consultoría."

En los términos de referencia de la invitación No. 114.00.28.01. 0002.13 página 45 donde se encuentra el estudio de riesgos claramente se indica *"Tiene como objeto identificar y analizar los riesgos que pueden afectar el diseño y el desarrollo de un proyecto de inversión y/o los riesgos que éste puede generar en su entorno. Lo anterior como base para formular las medidas de prevención y mitigación conducentes a reducir la vulnerabilidad del proyecto y/o las consecuencias de los riesgos que éste pueda generar desde el punto de vista ambiental, económico, social y cultural. De esta manera, el análisis de riesgos es una herramienta útil para la toma de decisiones y un insumo importante en la etapa de preinversión y planeación de los proyectos.*

Para este análisis se deben conformar los escenarios de riesgo técnicamente predecibles para cada alternativa de solución, de acuerdo con las amenazas conocidas para la zona del proyecto y con la vulnerabilidad ante dichas amenazas que generaría la alternativa de solución evaluada.

Es importante resaltar que los costos de las acciones de prevención o mitigación deben estar incluidos dentro del costo total de la o las alternativas de solución."

Reposición 8: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 22 de la Resolución recurrida, que:

> 22. *El día **13 de julio de 2015**, CHS S.A. responde solicitud de la EAAAY respecto al permiso de intervención de la vía donde se ubicará la línea de conducción, pero no informa sobre construcción de obras de protección sobre la ribera del río, para proteger la vía por donde se tienen el trazado de la tubería de conducción. Anexo 23.*
>
> *"Al respecto se aclara que son incorrectas la fecha y la falta de información que se menciona en este párrafo trascrito de la Resolución, pues la fecha de nuestra comunicación (de cinco páginas) es 10 de julio de 2015 y en la misma se da respuesta a la totalidad de la información solicitada por la EAAAY.*
>
> *Lo que se dice aquí fue expuesto por CHS S.A. en los descargos hechos en la audiencia del 04 de agosto de 2016, específicamente refiriéndose al numeral 22 del oficio de la EAAAY No. 811.16.01.05374 del 19 de julio de 2016, contestado por CHS en la comunicación CHS-031/16 del 8 de agosto de 2016."*

En lo concerniente a los permisos de intervención de vía, es claro que no se obtuvo por parte del Consultor, los diseños de protección en la línea de conducción, ya que en los estudios y diseños entregados tan solo se encuentran planos de diseño en planta y en perfil.

Reposición 9: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 24 de la Resolución recurrida, que:

> 24. *El día **24 de agosto de 2015,** se ofició a CHS S.A. como primer requerimiento de amparo de calidad de los servicios del contrato de consultoría Nº 0014 de marzo 04 de 2013, según póliza 05 GUO 96889, teniendo en cuenta que se le solicitó información en repetidas ocasiones y no cumplió con los compromisos adquiridos respecto de complementación de los estudios y diseños objeto del citado contrato. Anexo 25.*
>
> *"La verdad está contenida en nuestra respuesta a dicho oficio, mediante comunicación CHS-036/15 del 25 de agosto de 2015 en la que se explica que la necesidad de hacer una serie de cambios de planos e informes, que se listan en dicha comunicación, solicitados por la Ventanilla Única y Corporinoquia, fue la causa de que no se respondiera oportunamente dicha solicitud."*

En el oficio del **24 de agosto de 2015** enviado por la EAAAY al consultor, se le solicitó claramente: *"Teniendo en cuenta los acuerdos adquiridos mediante **acta de comité del pasado 02 de junio de 2015**, los cuales se remitieron mediante comunicación oficial y correos institucionales, sobre solicitudes reiterativas que a la fecha no han sido abordados por la consultoría. Dichas solicitudes están enmarcadas dentro de ajustes requeridos por la autoridad ambiental para la obtención de permisos ambientales para la posterior ejecución de la PTA definitiva."*

El acta de comité del 2 de junio de 2015 enviada al consultor el 9 de junio de 2015 mediante oficio No. 843.16.01.05868.15, señala los requerimientos de Corporinoquia sobre los permisos de aprovechamiento forestal, concesión de aguas superficiales y subterráneas, vertimiento, estudio de análisis geotécnico asociado a los fenómenos de remoción en masa, análisis de alternativas para la ubicación de la PTA, etc.

Con la comunicación CHS-036/15 del 25 de agosto de 2015 que refiere el Ing. Logreira, da respuesta a una solicitud del ingeniero Fabián Fajardo enviada por correo electrónico el 13 de agosto de 2015, más no a los requerimientos contenidos en el Acta del 2 de junio de 2015.

Reposición 10: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 25 de la Resolución recurrida, que:

> 25. *El día **1 de septiembre de 2015** se realizó reunión con la participación del Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, FINDETER, Consorcio ABENGOA, ACUATODOS SA, consorcio Llanero, Fondo de Adaptación y CHS S.A., con el fin de realizar seguimiento al proyecto, en especial consultar al diseñador acerca de la gestión del riesgo y su respectiva evaluación y soportes que justifiquen sus decisiones. Anexo 26. En el citado comité el diseñador manifiesta que dentro del alcance del contrato de consultoría No. 014 no estaba el estudio de riesgos solicitado por Corporinoquia, lo que no es verdad como se muestra en el numeral 8 del Acta del 2 de junio, descrito en el hecho número 16. (Anexo 16).*

"Aclaramos que lo que realmente no es verdad es lo que se afirma en el párrafo trascrito, pues Findeter y el VASB, motu propio, firmaron con CHS S.A. un contrato para la actualización de los estudios de riesgo, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014, con fecha de iniciación 15 de octubre de 2015. Las actuaciones ejecutadas dentro de dicho contrato, no pueden ser objeto del presente procedimiento administrativo adelantado por la EAAAY, por cuanto ésta última no fue parte de dicho acuerdo bilateral.

Las entidades mencionadas decidieron firmar este contrato por que estaban de acuerdo en que lo planteado en la reunión no hacía parte de la consultoría inicial, por el simple hecho que el Decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014, no existía en la fecha en la cual se firmó el contrato de consultoría No. 014 del 8 de abril de 2013."

La EAAAY EICE ESP, en alusión a la reposición número 5 estableció, que el acta de terminación suscrita se efectuó el día 10 de noviembre del 2014, dentro de la cual se indicó que las actividades finalizaron el día 30 de septiembre de 2014.

De otra parte, la emisión del Decreto 1807 fue el 19 de septiembre del 2014, es decir, que dicho decreto se debió tener en cuenta para el resultado final de la consultoría y no someter el proyecto a reformulaciones por la deficiencia en los diseños.

Reposición 11: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 26 de la Resolución recurrida, que:

> 26. *El día **7 de septiembre de 2015,** la EAAAY ofició a CHS S.A., remitiendo informe con observaciones del contratista de obra Consorcio ABENGOA JPG Yopal, con respecto a la ingeniería del proyecto de construcción de la Planta de Tratamiento Definitiva de Yopal, las cuales fueron enviadas por Findeter a la EAAAY; en dicho informe de evaluación de diseños, el contratista ABENGOA señala deficiencias en el diseño eléctrico, en el sistema de instrumentación, captación superficial y diferencias entre los documentos entregados por el consultor. Anexo 27.*

"Lo afirmado en el párrafo trascrito es cierto debido a que Findeter le entregó a Abengoa planos e informes diferentes a los que se tenía en la Ventanilla Única. Le comunicamos esto a las dos últimas entidades, las cuales nos informan que entregarían copias actualizadas de los planos e informes al mencionado contratista, y así lo hicieron. (...)"

De lo expuesto por el recurrente, tan solo se puede determinar que es el mismo consultor quien acepta lo establecido en el numeral 26 de la resolución que declara un siniestro e impone una sanción.

Reposición 12: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 28 de la Resolución recurrida, que:

> 28. *El día **22 de septiembre de 2015,** CHS S.A. responde a la EAAAY respecto del informe con observaciones del contratista de obra Consorcio ABENGOA, alegando que dicho informe se elaboró sobre planos dados en la etapa de pre pliegos y dichos documentos sufrieron modificaciones con base en observaciones y actualizaciones solicitadas por CORPORINOQUIA y ENERCA. Anexo 29. Manifiesta el consultor:*

"CHS S.A. respondió a la EAAAY que las observaciones que estaba haciendo el contratista Abengoa, sobre planos eléctricos, se hicieron sobre versiones

desactualizadas porque la revisión de Enerca tiene validez por un año, y ya se había vencido. No fue CHS S.A. quien le entregó los planos a dicho contratista. Lo anterior más que un simple alegato, constituye una evidencia objetiva de que los planos mencionados no tenían validez por estar desactualizados."

Al respecto, el consultor en la comunicación CHS-38/15 (Anexo 29), afirma sobre el informe de Abengoa que *"según hemos sido informados, las observaciones mencionadas se basan en planos y memorias suministradas en la etapa de pre pliegos del proceso de contratación"* es decir, en la etapa de licitación Findeter entrega los diseños a Abengoa lo cual no es congruente con el desarrollo normal de los procesos contratactuales.

De otra parte y de acuerdo a la cronología, el contrato Findeter - Abengoa se firmó el 4 de mayo de 2015; el 18 de junio el consultor entrega CD con planos actualizados al MVCT, Findeter y EAAAY (ver numeral 11 de Acta del 18 de junio de 2015). Igualmente, el 8 de julio de 2015 el MVCT entrega al contratista Abengoa información de topografía y diseños completos (numeral 10 de Acta del 8 de julio de 2015). El informe de Abengoa es entregado a la EAAAY. Es decir que el contratista Abengoa si contaba con la información actualizada entregada por el consultor para realizar el informe.

Reposición 13: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 30 de la Resolución recurrida, que:

30. *El día **19 de octubre de 2015,** la EAAAY radicó ante Corporinoquia el "Estudio de amenazas, vulnerabilidad y riesgo para la nueva infraestructura de captación, conducción y tratamiento de agua potable para el acueducto del municipio de Yopal", derivado de la consultoría contratada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio con la firma CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A., cuyo informe final fue radicado en la EAAAY en octubre de 2015. Si bien es cierto que CORPORINOQUIA exigió en reunión del día 2 de junio de 2015, tener en cuenta el Estudio de Riesgos de la firma AZ, también es cierto que este estudio estaba contemplado en el alcance del contrato No. 014 de 2013, como se evidencia de los términos de referencia y estudio previo de la contratación. Anexo 31.*

"Se repite lo dicho anteriormente sobre que Findeter y el VASB firmaron con CHS S.A. un contrato para complementar el análisis de riesgos, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014, con fecha de iniciación 15 de octubre de 2015. Las actuaciones ejecutadas dentro de dicho contrato, no pueden ser objeto del presente procedimiento administrativo adelantado por la EAAAY, por cuanto ésta última no fue parte de dicho acuerdo bilateral.

Las entidades mencionadas decidieron firmar este contrato porque estaban de acuerdo en que el estudio de riesgos solicitado por Corporinoquia no hacía parte de la consultoría inicial, por el simple hecho que el Decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014 no existía en la fecha en la cual se firmó el contrato de consultoría No. 014 del 8 de abril de 2013."

Se reitera lo establecido en la Reposición 5 y Reposición 7, donde se aclara que el acta de terminación suscrita se efectuó el día 10 de noviembre del 2014, dentro de la cual se indicó que las actividades finalizaron el día 30 de septiembre de 2014.

De otra parte, la emisión del Decreto 1807 fue el 19 de septiembre del 2014, es decir, que dicho decreto se debió tener en cuenta para el resultado final de la consultoría y no someter el proyecto a reformulaciones por la deficiencia en los diseños.

Reposición 14: Se sustenta en señalar en relación con los numerales 31, 32 y 33 de la Resolución recurrida, que:

31. *El día **23 de octubre de 2015,** la EAAAY oficia a CHS S.A. solicitando el envío de documento unificado con los ajustes realizados a los estudios y diseños PTAP Definitiva para Yopal. Anexo 32.*

32. *El día **4 noviembre de 2015** CHS S.A. responde oficio del día 23 de octubre de 2015 respecto de los diseños unificados y firma de planos, manifestando que el informe complementario fue entregado a FINDETER. Anexo 33.*

33. *Mediante oficio del **9 de noviembre de 2015**, la EAAAY reitera al consultor la necesidad de entregar el documento unificado considerando las modificaciones realizadas al diseño original en: -descarga de pluviales, aguas servidas, aguas de proceso, obras de protección y todas las reformas realizadas al diseño y que finalmente no entregó a la EAAAY. Anexo 34.*

"El contenido de estos tres puntos demuestra que entre el 23 de octubre y el 9 de noviembre, ambos del 2015, se presentó una confusión en la actualización y entrega de los planos e informes, por modificaciones, adiciones y aclaraciones que se hicieron casi a diario, por solicitudes de los actores involucrados en el proyecto, situación que fue muy difícil de confrontar por CHS S.A.

En este escenario no era posible la entrega de un documento unificado con las modificaciones que aún estaban en proceso."

Sobre este punto de reposición, es importante aclarar que las partes involucradas en el contrato de consultoría son la EAAAY y CHS S.A., por lo tanto, todo ajuste o modificación en el producto, se tendría que entregar a la parte contratante a fin de proceder a su verificación y viabilidad; pese a lo cual, dicho producto fue entregado a terceros, ajenos a la relación contractual existente.

Esta situación aún persiste, al punto que aún la EAAAY EICE EPS no cuenta con los productos ajustados y modificados por la firma consultora radicados en la ventanilla única del MVCT.

Reposición 15: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 34 de la Resolución recurrida, que:

34. *El día **30 noviembre de 2015**, CHS S.A., responde a observaciones contenidas en el documento del consorcio ABENGOA JPG Yopal, denominado "Construcción Sistema de Abastecimiento y Tratamiento de Aguas Potable para el Casco Urbano de Yopal. Anexo 34. En esta respuesta hace alusión entre otras al sistema hidráulico dando recomendaciones a tener en cuenta durante el diseño de la PTAP, lo cual es una contradicción puesto que siendo CHS SA el diseñador de la PTAP, debió tener en cuenta estas recomendaciones en su diseño original. Anexo 35.*

"En la respuesta de CHS sobre este tema, de la autoría de Abengoa, no se dan recomendaciones a dicha empresa sino que simplemente se le dice:

"R/. Estas recomendaciones, aunque son extemporáneas, pues la PTA ya está diseñada, se pueden aplicar durante la construcción, si es posible."

Se aclara ahora que dichas recomendaciones no son de CHS S.A. sino de Abengoa. Esta aclaración corrige al autor del párrafo trascrito, quien interpretó las recomendaciones de Abengoa como si fueran de CHS S.A.

Por lo anterior, es claro que no existe la "contradicción" mencionada en la Resolución."

El Consultor reincide en no dar respuestas de fondo a las observaciones realizadas por los Contratistas, tomando solo a modo de recomendaciones, diciendo *"Estas recomendaciones, aunque son extemporáneas, pues la PTA ya está diseñada, se pueden aplicar durante la construcción, si es posible"*

Reposición 16: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 37 de la Resolución recurrida, que:

37. ***El día 6 de abril de 2016,** se reúne en la ciudad de Bogotá el Comité Técnico del Convenio Interadministrativo del 12 de diciembre de 2014, con el fin de adelantar el seguimiento correspondiente a la obra de construcción de la Planta de Tratamiento de Agua Potable (PTAP) definitiva para Yopal, con participación de los Contratistas de obra, Interventoría, Findeter, Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, Consultor de los Estudios y diseños y EAAAY. En este comité se abordaron los siguientes puntos con relación a las observaciones a los estudios y diseños:*

"La respuesta al numeral 37 se le dio a la EAAAY mediante la comunicación CHS-035/16 del 23 de agosto de 2016. En dicha comunicación se aclaró que todas esas observaciones ya habían sido recibidas y respondidas por CHS S.A. al Consorcio Llanero 2015, por ser este último el autor de las mismas, y a Findeter y al VASB, por ser quienes solicitaron a CHS S.A. copias de las respuestas.

Sin embargo, al final del punto 37 la EAAAY afirma, refiriéndose a las observaciones, que "A la fecha no se ha obtenido respuesta por el consultor". Esta afirmación, obedece a motivos ajenos a CHS S.A., lo cual merece aclaraciones que hacemos a continuación.

Se aclara que el Consorcio Llanero 2015 preparó un documento, en el cual consolidó todas las observaciones que había hecho con anterioridad. Dicho documento tuvo el recorrido cronológico siguiente:

- *El 31 de marzo de 2016 lo recibió CHS S.A. del Consorcio Llanero 2015 y se le respondió oportunamente.*
- *Luego el Consorcio Llanero 2015 se lo envió a Findeter (ing. Ulloa) el 20 de abril.*
- *Findeter lo envió al Viceministerio VASB (doctor Correa Scaff) el 25 de abril.*
- *El VASB (ing. Ballestas) lo envío a CHS S.A. (ing. Logreira) el 3 de mayo.*
- *CHS S.A. respondió al VASB (ingeniera Ospina Corso) mediante oficio CHS-021/16 del 13 de mayo de 2016.*
- *Findeter (ingeniera Bejarano) lo envió a la EAAAY (doctora Camacho) y esta última lo recibió el 11 de mayo. Con el documento la ingeniera Bejarano "... solicita gestión por parte de la EAAAY de Yopal para trasladar estas inquietudes técnicas a la firma CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA, CHS S.A..."*

Por otra parte, en la presentación que solicitamos, y se nos concedió el 12 de mayo de 2016, hicimos una exposición completa de todas las inquietudes técnicas que habíamos recibido de, y respondido al Consorcio Llanero 2015. Al finalizar la reunión la ingeniera Lady Johanna Ospina nos solicitó las respuestas, las cuales le enviamos al día siguiente, 12 de mayo de 2013.

Como conclusión a lo declarado por la EAAAY al final del punto 37, en el sentido que "A la fecha no se ha obtenido por el Consorcio Llanero 2015, queda claro que, muy oportunamente, casi en las mismas fechas que las recibimos, las respondimos al Consorcio mencionado, a Findeter y al VASB. Dado que el documento preparado por el Consorcio no tenía copia para la EAAAY, como tampoco las tenían los oficios que hemos mencionado aquí, no nos percatamos de la necesidad de enviar copia de las respuestas a dicha entidad, y se hubiera evitado así la declaración de la EAAAY mencionada el principio del presente párrafo.

Independientemente de todas las explicaciones anteriores, lo de fondo por parte de CHS S.A. es que dio respuestas a todas las observaciones, enviándolas al Consorcio Llanero 2015, por ser quien las originó, y a Findeter y el VASB por habérnoslas solicitado."

El Consultor confirma que *"Como conclusión a lo declarado por la EAAAY al final del punto 37, en el sentido que "A la fecha no se ha obtenido respuesta por el consultor" refiriéndose a las inquietudes técnicas hechas por el Consorcio Llanero 2015, queda claro que, muy oportunamente, casi en las mismas fechas que las recibimos, las respondimos al Consorcio mencionado, a Findeter y al VASB. Dado que el documento preparado por el Consorcio no tenía copia para la EAAAY, como tampoco las tenían los oficios que hemos mencionado aquí, no nos percatamos de la necesidad de enviar copia de las respuestas a dicha entidad, y se hubiera evitado así la declaración de la EAAAY mencionada el principio del presente párrafo."*, desconociendo así que la EAAAY es la entidad contratante.

Se reitera lo resuelto en la reposición 14, en el entendido que sobre este punto de reposición, es importante aclarar que las partes involucradas en el contrato de consultoría son la EAAAY y CHS S.A., por lo tanto, todo ajuste o modificación en el producto, se tendría que entregar a la parte contratante a fin de proceder a su verificación y viabilidad; pese a lo cual, dicho producto fue entregado a terceros, ajenos a la relación contractual existente.

Esta situación aún persiste, al punto que aún la EAAAY EICE EPS no cuenta con los productos ajustados y modificados por la firma consultora radicados en la ventanilla única del MVCT, por lo mismo, no han podido ser objeto de verificación por parte de esta empresa.

Reposición 17: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 39 de la Resolución recurrida, que:

> 39. ***El día 7 de mayo de 2016***, *las autoridades locales del municipio de Yopal, registraron una afectación de la margen izquierda aguas abajo del Río Cravo Sur, sector donde se construirá la captación y línea de aducción de la Planta de Tratamiento Definitiva, ocasionada por las fuertes lluvias de los últimos días sobre la región. Esto demuestra que el consultor no tuvo en cuenta todos los aspectos como las afectaciones por factores externos a las riberas del río, y que son básicas toda vez que las obras se ejecutarán en la zona de influencia de un río con una hidrodinámica fuerte y evidenciada en los eventos en la región que el río presenta en los meses de invierno para la zona.*

"En relación con lo trascrito, no tiene lógica alguna que la presentación de "... una afectación de la margen izquierda aguas abajo del Río Cravo Sur...", absolutamente imprevisible y de fuerza mayor, pueda demostrar "...que el consultor no tuvo en cuenta todos los aspectos como afectaciones por factores externos a las riberas del río "..". Este comentario sólo tendría validez si la afectación mencionada se hubiera presentado después de que las obras ya estuvieran construidas, lo cual no era el caso.

Por otra parte, dado que no fue CHS S.A. quien ejecutó los diseños, tampoco se le puede endilgar que no haya tenido en cuenta los aspectos como las afectaciones por factores externos, mencionadas en la transcripción.

Ver también la Reposición del numeral 45, más adelante."

Es del caso aclarar, que si bien es cierto, las obras de protección que se encontraban en la margen izquierda del rio Cravo Sur donde se planteó la construcción de la bocatoma de la planta definitiva, no fueron diseñadas por el consultor, pero dichas obras eran de mayores características en peso y volumen, a las diseñadas en la Consultoría, y aun así fueron destruidas por la fuerza del rio demostrando con ello que las futuras obras a construir, producto del diseño entregado por CHS S.A, terminarían en iguales condiciones, poniendo en riesgo la captación y parte de la aducción.

En este punto también es pertinente referir que, Corporinoquia con el concepto técnico N° 500.25.8.14-0413 del 25 de noviembre de 2014, en el requerimiento 21, al citar la Ley 1523 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"*. y bajo el principio de precaución, recomendó tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 38 y 42, lo cual se vuelve obligatorio cuando se cuenta con un antecedente de daño en una obra robusta localizada en el mismo punto donde se proyecta la construcción de la estructura de captación.

No aplica al consultor obviar la evaluación del riesgo en un punto que presentó afectación de obras construidas, pues el fundamento de la gestión del riesgo es prevenir una afectación antes de construir las obras, tal y como lo indica la Ley 1523 de 2012, por medio de 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, en el artículo 3º, numeral 8º, señala en relación con el principio de precaución que *"Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo."*

Reposiciones 18 y 19: Se sustenta en señalar en relación con los numerales 40 y 44 de la Resolución recurrida, que:

40. ***El día 11 de mayo 2016,*** *FINDETER con comunicación oficial con No. 2807.16, allega informe con las observaciones realizadas por Consorcio Llanero 2015, donde se expone la necesidad de ajuste y complementación de diseños en los componentes de bocatoma, captación ribereña, PTAP, y tubería de conducción. Esto suscita reunión al siguiente día en la ciudad de Bogotá en las instalaciones de Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. En el oficio Findeter valida el informe entregado por el Consorcio Llanero con las observaciones realizadas a los diseños, especialmente en la bocatoma lateral de captación, diseños en la captación por infiltración ribereña, instrumentación y control en la Planta de Tratamiento y diseños para la tubería de conducción con base en los estudios geotécnicos del corredor planteado para esta tubería, aspectos evidenciados en el informe entregado por la contratista ABENGOA, el 7 de septiembre de 2015. Anexo 39.*

"En lo transcrito se afirma que "En el oficio Findeter valida el informe entregado por el Consorcio Llanero...". Lo trascrito se refiere a una serie de cambios inadmisibles propuestos por la empresa Abengoa, la cual dejó de ser el contratista de la construcción, que fueron respondidos, aclarados y desestimados por CHS S.A. por no ser aplicables, ya que en la práctica se proponían diseños diferentes a los originales. Todo lo anterior fue consolidado en nuestra comunicación CHS-053/15, de fecha 26 de septiembre de 2015, dirigida al ingeniero Daniel H. Posada S., Agente Especial de la EAAAY.

Se destaca que gran parte del contenido de las observaciones de la empresa Abengoa son de carácter subjetivo, esto es, manifestaciones sobre la forma como ellos deseaban que se diseñaran ciertas obras, o se adoptaran soluciones diferentes a las contenidas en los diseños que fueron la base de la oferta que presentaron y les fue adjudicada pero que finalmente no pudieron construir."

44. *El día **17 de junio de 2016** se realizó mesa técnica con la participación de Findeter, Gobernación, Alcaldía, Consorcio Aguas de Yopal, Consorcio Llanero 2015, EAAAY, Corporinoquia, Asamblea Departamental, Procuraduría, participación de la Veeduría Ciudadana por el Agua y comunidad, con evaluación por diferentes actores de los estudios de riesgos contenidos en la consultoría de CHS SA, en la cual se concluye que se debe realizar ajustes y revisión a los diseños de la PTA. Anexo 43.*

"En relación con "...realizar ajustes y revisión a los diseños de la PTA...", más adelante, en el numeral 2 "CONSIDERACIONES DEL DESPACHO" del presente documento, se detallan todos los ajustes que finalmente fueron acordados por los actores principales del proyecto, los cuales no afectaron de forma alguna la funcionalidad definida en los diseños originales."

Según informe del Consorcio Llanero 2015 que anexa como soporte de la reformulación 3 página 6, numeral 3.2 Captación por Infiltración Ribereña indica *"El estudio hidrogeológico era impreciso. Como se demostró con las pruebas de campo (piezómetros y pozos de bombeo), el planteamiento litológico de los diseños no correspondía a la realidad y los coeficientes de infiltración y permeabilidad estaban sobredimensionados, de tal manera que de construir esta obra con los diseños entregados no se captaría siquiera la mitad del caudal requerido por la Planta de tratamiento, siendo una de las mayores inversiones de la obra"*

En cuanto al tema de instrumentación y control si se utiliza el RAS 2000, derogado por la resolución actual, pero vigente cuando se realizaron los diseños, de acuerdo con lo prescrito en el capítulo A.3 DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE COMPLEJIDAD DEL SISTEMA y en el capítulo C.15 del REGLAMENTO TÉCNICO DEL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO RAS 2000 se define que para plantas de tratamiento con cobertura de más de 60.000 habitantes, el nivel de complejidad es ALTO, de acuerdo a la tabla No. A.3.1.

La tabla C.15.6 Aplicación de la instrumentación y automatización en el nivel alto de complejidad del sistema; define de manera clara y detallada la instrumentación requerida y el nivel de medición, control y registro, como se detalla a continuación:

TABLA C.15.6
Aplicación de la instrumentación para regulación y automatización en el nivel alto de complejidad del sistema

NORMA	OBLIGATORIO				OPCIONAL			
PROCESO	INSTRUMENTACIÓN	MEDICIÓN	CONTROL	REGISTRO	INSTRUMENTACIÓN	MEDICIÓN	CONTROL	REGISTRO
PRETRATAMIENTO								
General	Caudal afluente	Automático		Continuo				
	pH agua cruda	Automático		Continuo				
	Turbiedad	Automático		Continuo				
Dosificación de alcalinizante					pH ajustado después de la alcalinización	Automático	Automático	Continuo
Precloración química	Oxígeno disuelto agua cruda	Automático	Automático	Continuo				
C.15.9	Oxígeno disuelto agua aireada	Automático	Automático	Continuo				
COAGULACIÓN								
General	pH agua coagulada	Automático		Continuo	Monitor de GCM	Automático		Continuo
	Temperatura	Manual		Planilla de datos	Contador de partículas	Automático	Automático	Continuo
	Aluminio residual en efluente de planta	Automático		Continuo				
Control de nivel del agua	Nivel del agua	Automático	Automático	Continuo				
Dosificación de coagulantes	Seguir estrategia de control (Control de caudal o de pH de coagulación constante. Ver tabla C.15.2)		Automático	Continuo	Control de dosificación por regulación del SCM y otro desarrollo tecnológico.		Automático	Continuo
					Seguir diseño		Automático	Continuo
Control de Mezcladores Mecánicos								
FLOCULACIÓN								
General	Nivel del agua	Automático	Automático	Continuo	Contador de partículas	Automático	Automático	Continuo
	Tamaño de flocs	Manual		Planilla de datos				
Control de dosificación de otros productos (si los hay)	Seguir diseño		Automático	Continuo				
Control de Floculadores Mecánicos					Seguir diseño		Automático	Continuo
SEDIMENTACIÓN								
General	Turbiedad del efluente	Automático	Automático	Continuo				
	Color verdadero	Manual		Planilla de datos				
	Nivel del agua	Automático	Automático	Continuo				
Sistema de extracción de lodos	Nivel de los lodos	Automático	Automático	Continuo				
FILTRACIÓN								
General	Caudal por filtro	Automático		Continuo				
	Presión (Pérdida de carga)	Automático		Continuo				
	Turbiedad de efluente por filtro	Automático		Continuo				
	Color verdadero	Manual		Planilla de datos				
	Al residual	Manual		Planilla de datos				
	Nivel del agua	Automático	Automático	Continuo				
Sistema de lavado	Seguir diseño		Automático	Continuo				
DESINFECCIÓN								
General	pH	Automático		Continuo				
	Residual del desinfectante	Automático		Continuo				
	Control microbiológico (efluente de planta)	Manual		Planilla de datos				
Dosificación del desinfectante	Seguir estrategia de control (Control de caudal o el residual del desinfectante. Ver tabla C.15.1)		Automático	Continuo				
ESTABILIZACIÓN								
General	pH	Automático		Continuo				
	Turbiedad (en efluente de planta)	Automático		Continuo				
	Alcalinidad y dureza	Manual		Planilla de datos	Alcalinidad y dureza	Automático		Continuo
Dosificación	Seguir estrategia de control (Control de caudal o control de pH para estabilización)		Automático	Continuo				
OTROS								
Tanques	Caudal efluente (tanque de almacenamiento)	Automático		Continuo				
	Nivel del agua	Automático	Automático	Continuo				
Bombeos	Velocidad del motor	Automático	Automático	Continuo				
	Temperatura del motor	Manual	Manual	Continuo				
Manejo de lodos	Nivel de los lodos	Automático	Automático	Continuo				
	Concentración de lodos	Manual	Manual	Planilla de datos				

Situación anterior que no se tuvo en cuenta para el planteamiento y especificación del diseño.

CONDUCCIÓN

El trazado y diseño de la conducción no contempló el método y procedimiento constructivo, al disponer sólo de una calzada para la construcción, se debe tener en cuenta que por la vía ya se encuentran instaladas otras dos tuberías de acueducto, tuberías de gas y se debe prever la instalación de la segunda tubería en la siguiente etapa de la PTAP, por lo que no es posible construir anclajes ni macizos de concreto para el atraque de la conducción.

El diseño no cuenta con estudios de suelos requeridos, a fin de diseñar una adecuada cimentación y soporte de la tubería, tan sólo se realizó un estudio no intrusivo con geoeléctrica.

El diseño contempló utilizar 3,540 metros de tubería GRP diámetro 900 mm, PN6 SN 2500, a lo largo de toda su longitud, que es la menor especificación de esta tubería, que corresponde a una tubería uniaxial, que no soporta esfuerzos en ambos sentidos por efectos de empujes, golpe de ariete y cambios de dirección. La tubería diseñada fallaría.

En dicha reunión realizada en la ciudad de Medellín los días 25 al 28 de julio del 2017, no se tocaron los temas en cuanto a los ítems ya reformulados como lo fueron las obras de protección de la bocatoma y la franja inicial de la aducción, pues se trataron solo los ítems que conllevan a la reformulación 3.

En dicha reunión se concluyó a través del acta denominada *"revisión de propuesta para la presentación de la reformulación 3 en cuanto a "ajustes, correcciones y complementaciones requeridas en los diseños originales para la construcción de la planta de tratamiento de agua potable para la ciudad de Yopal"* en el literal D) de los compromisos lo siguiente: que se debe ajustar los planos y editarlos en los rótulos aquí acordados para ser firmados por el contratista de obra, la interventoría y avalados por el diseñador; y en el literal F) se estiman que estas actividades podrán durar un mes y 15 días, lo anterior se firmó el día 28 de julio de 2017, compromisos que a la fecha no se han cumplido.

Reposición 20: Se sustenta en señalar en relación con el numeral 45 de la Resolución recurrida, que:

45. *El día **13 de julio de 2016**, el Director Técnico de la EAAY EICE ESP en calidad de supervisor, presenta Informe Técnico para que se declare un presunto incumplimiento del*

contrato de consultoría No. 014 de 2013, suscrito con CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A, Nit. 890914868-8, Representado Legalmente por JAIME LOGREIRA ARRAZOLA, cuyo objeto correspondió a "ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE."; teniendo en cuenta que se han evidenciado posibles fallas en los diseños relacionados con las estructuras de protección en la bocatoma y línea de conducción; en el periodo de lluvias del mes de abril del presente año, se ha observado una afectación de magnitud considerable del talud izquierdo (aguas abajo) lo cual deja en evidencia presuntas deficiencias e incumplimiento a la calidad de los estudios y diseños entregados por el contratista CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A, Nit. 890914868-8, Representado Legalmente por JAIME LOGREIRA ARRAZOLA. Anexo 44.

"En relación con lo trascrito, no tiene lógica alguna que la presentación de un evento de erosión, absolutamente imprevisible y de fuerza mayor, pueda dejar "...en evidencia presuntas deficiencias e incumplimiento a la calidad de los estudios y diseños entregados por el Contratista...", comentario que sólo tendría validez si las obras ya estuvieran construidas y fallaran por la acción del evento mencionado. Peor aún es que se evidencien "deficiencias e incumplimientos a la calidad" de obras de protección que, cuando se presentó dicho evento, no habían sido diseñadas aun por el contratista de construcción, a quien se le encomendó esta tarea. Repetimos, si las obras de protección aún no estaban diseñadas, y tampoco construidas, es obvio que, por sustracción de materia, no podían evidenciar ni buena ni mala calidad.

En resumen, no tiene fundamento alguno endilgarle "posibles fallas" a CHS S.A. que, además de basarse en "presuntas deficiencias" de obras no construidas, se trata de obras que, posteriormente a la "afectación ... del talud izquierdo", fueron diseñadas por otra firma y no por CHS S.A.

Lo que se dice aquí fue expuesto por CHS S.A. en los descargos hechos en la audiencia del 04 de agosto de 2016, específicamente refiriéndose al numeral 45 del oficio de la EAAAY No. 811.16.01.05374 del 19 de julio de 2016, contestado por CHS en la comunicación CHS-031/16 del 8 de agosto de 2016."

En este punto recurrido, se sostiene la EAAAY EICE ESP en lo establecido en los términos de referencia de la invitación No. 114.00.28.01.0002.13 página 45 donde se encuentra el estudio de riesgos que claramente indica *"Tiene como objeto identificar y analizar los riesgos que pueden afectar el diseño y el desarrollo de un proyecto de inversión y/o los riesgos que éste puede generar en su entorno. Lo anterior, como base para formular las medidas de prevención y mitigación conducentes a reducir la vulnerabilidad del proyecto y/o las consecuencias de los riesgos que éste pueda generar desde el punto de vista ambiental, económico, social y cultural. De esta manera, el análisis de riesgos es una herramienta útil para la toma de decisiones y un insumo importante en la etapa de preinversión y planeación de los proyectos.*

Para este análisis se deben conformar los escenarios de riesgo técnicamente predecibles para cada alternativa de solución, de acuerdo con las amenazas conocidas para la zona del proyecto y con la vulnerabilidad ante dichas amenazas que generaría la alternativa de solución evaluada.

Es importante resaltar que los costos de las acciones de prevención o mitigación deben estar incluidos dentro del costo total de la o las alternativas de solución."

Se evidencia que las obras propuestas por el estudio realizado por la firma consultora no eran las suficientes, esto argumentado en el informe presentado por el Consorcio Llanero 2015 como soporte para realizar la reformulación numero 3 ante en MVCT, donde en el Numeral 3, Capítulo 200 Captación Superficial realiza un diagnóstico sobre las obras diseñadas *"Las obras diseñadas de protección ribereña eran insuficientes para soportar la erosión en la zona de la bocatoma y la socavación lateral. Se rediseñaron las obras como resultado de la solicitud para profundizar el estudio y diseño apropiado por CORPORINOQUIA. De no hacerse estas obras, la bocatoma diseñada sería destruida a corto plazo, así como los primeros 400 metros de la aducción por captación superficial".*

Por otro lado, la reformulación No. 2 del contrato de obra N° PAF-ATF-105-2014 fue avalada por el consultor CHS S.A., en donde, los costos de las obras de protección aumentaron notoriamente teniendo como valor inicial para las obras de protección contempladas en la suma de $718.613.603,9 y el valor de la protección en la reformulación No. 2 fue de $11.243.813.072,80 donde se evidencia un aumento evidente que no se justifica, si se hubieran realizado los estudios necesarios para el diseño de la protección.

Deducido entonces en los términos de referencia y el informe de las obras de protección, deberían estar contempladas en el presupuesto del proyecto que, aunque fueron tenidas en cuenta como se evidencia anteriormente, los costos aumentaron muy notoriamente. De otra parte, el señor Jaime Logreira Arrazola como representante legal de la firma CHS S.A. avaló las obras de protección contempladas por el consorcio aguas de Yopal, confirmando con dicho aval y sin oposición alguna a las mismas, que las obras diseñadas inicialmente no cumplían las especificaciones necesarias para dicha protección.

Los ajustes al diseño de las obras de protección en la captación superficial, se originaron de las deficiencias en los diseños por parte del consultor, esto llevó a generar reformulaciones al diseño original trayendo consigo la necesidad de mayores recursos para el cumplimiento del objeto contractual.

En lo que refiere el Consultor, cuando enuncia que las obras de protección, no fallaron ya que aún no se habían construido, no es cierto, teniendo en cuenta que los eventos de fuertes lluvias en época de invierno evidencian que las obras de protección diseñadas para la bocatoma no cumplirían con las condiciones necesarias para garantizar la estabilidad de la obra, es por ello que se requirió de ajuste al diseño original conllevando a una reformulación de proyecto y la aprobación de nuevas obras de protección, lo que ocasionó disminución en el alcance de proyecto por la necesidad de mayores recursos económicos y retrasos en el cronograma de obra.

La afectación en el sector de la Bocatoma, en el talud izquierdo aguas abajo, donde existía un enrocado para protección de la ribera del rio, construida por la empresa Equión y de características superiores a las diseñadas inicialmente en la consultoría para la protección de la bocatoma, fueron destruidas por la fuerza del río, lo que demuestra que las futuras obras diseñadas en la consultoría no cumplirían con las especificaciones técnicas para la protección de la bocatoma, llevando consigo la necesidad de realizar un rediseño a las mismas.

El incumplimiento no se establece por la afectación al talud izquierdo aguas abajo en el sector de la bocatoma, el incumplimiento está en la calidad del diseño, pues al considerar unas obras de protección de especificaciones técnicas menores a las requeridas, fue necesario que en la etapa de ejecución del proyecto, el contratista e interventoría de obra realizaran los estudios, diseños, memorias de cálculo, planos, especificaciones técnicas, solicitadas para este tipo de obras que garantizaran la estabilidad de las mismas.

Reposición 21: Se sustenta en señalar que:

> *Que la audiencia fue reanudada por la Asesora Jurídica de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAY EICE ESP, doctora Etelvina Briceño Chiriví, delegada para presidir la audiencia mediante la Resolución Núm. 0915 del 19 de octubre del 2016, suscrita por la Agente Especial Luz Amanda Camacho Sánchez, para dar continuidad a la audiencia que fue suspendida el 19 de octubre de 2016, y recepcionar las pruebas testimoniales decretadas; en dicha audiencia se recepcionan los testimonios de los señores FABIÁN HOYOS PATIÑO y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ SANCHEZ, a quienes se les interrogó de los pormenores del contrato de consultoría Núm. 0014 de 2013, por parte del ingeniero Fabián Fajardo Restrepo, Director Técnico de la EAAY EICE ESP, e Hilbert Laverde, profesional de apoyo Dirección Técnica de la EAAAY EICE ESP, en relación con el testimonio que sería rendido por el señor LUIS FERNANDO GONZALEZ AGUIRRE, el mismo no concurrió a la audiencia, ni quien lo solicitó como prueba allegó excusa alguna de su no comparecencia, el despacho lo estimó como desistido.*

"En lo trascrito no se tienen en cuenta los testimonios de los ingenieros Hoyos y Gómez, pues simplemente se menciona que fueron interrogados por los funcionarios de la EAAAY. Por otra parte, la calidad del audio del CD número 04, mencionado en la Resolución, no permite hacer uso del testimonio de los mencionados ingenieros."

De los testimonios rendidos por los profesionales FABIÁN HOYOS PATIÑO y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ SÁNCHEZ, en cuanto a los interrogantes planteados por la EAAAY EICE ESP, sólo hicieron mención a lo que fue entregado por la consultoría, sin resolver de fondo las inquietudes presentadas en los diseños de las obras de protección ribereña, de tal manera que, a la fecha se adelanta la reformulación No. 3, donde se evidencia la necesidad de ajustes a los diseños planteados, generando mayores cantidades de obra, demora en el cronograma de ejecución de obras y el requerimiento de obtención de mayores recursos para la ejecución final del proyecto.

Reposición 22: Se sustenta en señalar que:

Que mediante oficio de comunicación oficial recibida con radicado Núm. 5805.16, del 01 de noviembre de 2016, el señor JAIME LOGREIRA ARRAZOLA, representante legal de CIVIL HIDRAULICA Y SANITARÍA, CHS S.A., envía un concepto técnico informando el aval de los respectivos ajustes complementarios a los diseños definitivos del proyecto de Construcción Sistema de Abastecimiento y Tratamiento de Agua Potable para el Casco Urbano de Yopal-Casanare (fl.470).

"En relación con lo trascrito, se aclara que el aval mencionado se aplica solamente al cálculo de las protecciones ribereñas de la bocatoma y parte de la línea de aducción, y no en general a los diseños definitivos.

Dichas protecciones fueron definidas a partir de la actualización de los estudios de gestión del riesgo, hecho por CHS S.A. para cumplir con lo estipulado en el Decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014. Dichas protecciones reemplazaron a las definidas originalmente por CHS S.A. dentro de la consultoría."

Lo anterior confirma que los diseños debieron ser modificados de tal manera que generaron un nuevo diseño de obras de protección ribereña, trayendo consigo la necesidad de mayores cantidades de obra, incremento en el presupuesto y demoras en el cronograma de ejecución de actividades.

Se reitera nuevamente, que el acta de terminación suscrita se efectuó el día 10 de noviembre del 2014, dentro de la cual se indicó que las actividades finalizaron el día 30 de septiembre de 2014.

De otra parte, la emisión del Decreto 1807 fue el 19 de septiembre del 2014, es decir, que dicho decreto se debió tener en cuenta para el resultado final de la consultoría y no someter el proyecto a reformulaciones por la deficiencia en los diseños.

Reposición 23: Se sustenta en señalar que:

Que mediante oficio Núm. 2017EE0050948 del 30 de mayo del 2017, el doctor César Tulio Moreno Vélez, Subdirector de Proyectos del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, remite un oficio donde informa sobre la tercera reformulación al proyecto de *"Construcción Sistema de Abastecimiento y Tratamiento de Agua Potable para el casco Urbano de Yopal – Casanare (Construcción de la Captación, Aducción, Planta de Tratamiento de Agua Potable y Conducción hasta las redes del casco urbano de Yopal)"*, manifestando que el 17 de mayo de 2017, recibió de Findeter la solicitud para la tercera reformulación del proyecto referido, manifestando entre otros lo siguiente *"... Dados los cambios propuestos en la reformulación, requerimos que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.I.C.E. ESP, y el diseñador se pronuncien al respecto, considerando que este ministerio no aceptará cambios al proyecto a menos que se trate de fallas de diseño o deficiencias que afecten su funcionabilidad."*, oficio que fue remitido a la Agente Especial de la EAAAY EICE ESP, a través de correo electrónico (fl.508).

"Este es el tema más importante de los que se han tratado en la Resolución 01031 de la EAAAY, pues recoge los aspectos que han sido objeto de consideración especial para determinar la aceptación o no de los cambios propuestos por el Consorcio Aguas de Yopal en la Reformulación 3. Los cambios propuestos consisten

en ajuste a los diseños originales del proyecto desde el punto de vista de los aspectos constructivos. Muestra de lo dicho es que en la Resolución se le asignó una sección especial denominada "CONSIDERACIONES DEL DESPACHO", a la cual se refiere el numeral siguiente.

Se aclara que los originales de las comunicaciones de CHS S.A. mencionados en este numeral fueron enviados a la EAAAY, en las fechas indicadas en cada una de ellas."

Se ha de tener en cuenta, que una vez verificado lo remitido por Findeter por la parte técnica de la EAAAY EICE ESP, se consideró necesario llevar a cabo mesas de trabajo a fin de resolver lo planteado, en las cuales se requería la presencia de Findeter, MVCT, CHS S.A. e interventoría, las cuales se efectuaron durante los días 25 al 28 de julio de 2017 en la ciudad de Medellín, consistente en la *"Revisión de propuesta para la presentación de la reformulación 3 en cuanto a "ajustes, correcciones y complementaciones requeridas en los diseños originales para la construcción de la planta de tratamiento de agua potable para la ciudad de Yopal".*

Llevadas a cabo las mesas respectivas, se tuvieron como conclusiones y compromisos generales los expuestos en el Acta No. 01 Mesa de Trabajo del 28 de julio de 2017, conforme se encuentra suscrita por todos los que en ella participaron, allí se plantearon una serie de actividades a ejecutar, entre ellas, la expuesta el literal *"D) Se debe ajustar los planos y editarlos en los rótulos aquí acordados para ser firmados por el contratista de obra, la interventoría y avalados por el diseñador"* y el *"F) Se estima que estas actividades podrán durar un mes y 15 días"*, situación que a la fecha no ha sido resuelta, ni se ha dado cumplimiento a lo requerido por la EAAAY EICE ESP en el oficio No. 08888.17, del 16 de agosto de 2017, en donde se requirió que todos los ajustes y/o modificaciones que se efectúen en relación con los diseños de la consultoría, deberían ser remitidos prioritariamente a ésta empresa, a fin de que se realizara el estudio, verificación y aprobación de nuestra parte.

Finalmente, el recurrente en reposición hace alusión a unas consideraciones relacionados con los siguientes aspectos:

Conclusión definitiva sobre los aspectos técnicos de la Resolución:

En relación a este acápite indica que los diseños originales ejecutados por CHS S.A. en la reunión que se llevó a cabo durante los días 25 al 28 de julio de 2017, no se discutió, ni se tuvo en cuenta la existencia de incumplimiento, ni de presuntas o posibles falencias, ni errores en los diseños originales ejecutados por CHS S.A. en el contrato de consultoría 0014 de 2013 que fue suscrito con la EAAAY EICE ESP.

Indica además que no se identificaron deficiencias funcionales de ninguno de los componentes y procesos unitarios que hacen parte del alcance del contrato.

Finalmente aduce que el VASB en revisión que hizo de los diseños originales efectuados por CHS S.A. viabilizó lo exigido en los términos de la invitación, que posteriormente fueron base de la EAAAY para la contratación con dicha entidad.

En dicha reunión realizada en la ciudad de Medellín los días 25 al 28 de junio del 2017, no se tocaron los temas en cuanto a los ítems ya reformulados como lo fueron las obras de protección de la bocatoma y la franja inicial de la aducción, pues se trataron solo los ítems que conllevaron a la reformulación 3.

En la misma, se concluyó a través del acta denominada *"revisión de propuesta para la presentación de la reformulación 3 en cuanto a "ajustes, correcciones y complementaciones requeridas en los diseños originales para la construcción de la planta de tratamiento de agua potable para la ciudad de Yopal"* literal D) de los compromisos, lo siguiente: que se debe ajustar los planos y editarlos en los rótulos aquí acordados para ser firmados por el contratista de obra, la

interventoría y avalados por el diseñador; y en el literal F) se estiman que estas actividades podrán durar un (1) mes y quince (15) días. Lo anterior, se firmó el día 28 de julio de 2017, compromisos que a la fecha no se han cumplido.

Considera que se incurrió por parte de la EAAAY EICE ESP en las siguientes excepciones:

Falta de competencia: Hace alusión a lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en el sentido de indicar que dicha normatividad es exclusiva de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, situación que excluiría de su aplicabilidad a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en el entendido, que dichas empresas por su propia naturaleza se rigen en materia contractual de un régimen especial, conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

Concluye luego de hacer alusión a lo expuesto por la doctrina y aportes de jurisprudencia que la EAAAY EICE ESP no tendría competencia para adelantar el procedimiento que hoy se sigue, por encontrarse limitados los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, por lo que la actuación estaría viciada de Incompetencia.

Alude en determinar que aun y cuando la EAAAY EICE ESP estuviera sometida al régimen contractual establecido en la Ley 80 de 1993, la competencia para la declaratoria de incumplimiento del contrato expira con el acta de terminación y liquidación del contrato.

Considera además que la EAAAY EICE ESP no tendría competencia por razón de la materia en los asuntos relacionados con el proceso contractual seguida entre Findeter y el Viceministerio, al no haber sido parte de dicho acuerdo bilateral.

Prohibición de venir contra los actos propios. Violación del principio constitucional de la Buena Fe.

Indica que el contrato de consultoría, por primar lo intelectual sobre lo material, no le es posible exigírsele aspectos contractuales futuros, ni un incumplimiento que corresponde más por el cambio de diseño que realizó un tercero ajeno a la relación primaria y que no fue parte del contrato de consultoría.

Conforme a los argumentos esbozados en el escrito del recurso y la solicitud elevada de declaratoria de nulidad de lo actuado, la EAAAY EICE ESPS se permite desestimar los argumentos planteados por falta de competencia y violación del principio constitucional de buena fe, conforme lo manifestó en su tesis el Doctor Juan Erasmo Patarroyo, al considerar que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, pueden aplicar las disposiciones descritas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 bajo los siguientes preceptos:

> *"Es importante resaltar como el Consejo de Estado, ha identificado las funciones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en cuanto a que si bien pueden estar dentro del comercio y competir con los particulares, su identidad como organizaciones del sector público las convierte en entidades muy especiales y que obedecen a unos fines distintos a los de cualquier otra entidad u organización del estado, en este orden de ideas se indica que:*
>
> > *"Si bien es cierto, que a veces, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado realizan actividades idénticas a las que cumplen los particulares, ello no significa que el Estado al crearlas persiga las mismas finalidades. Teleológicamente Estado y Particulares pretenden la obtención de fines diferentes: El particular - persona natural o jurídica – busca la obtención de utilidades y el ánimo de Lucro; el Estado tiene una concepción bien diferente. La creación de este tipo de figuras jurídicas puede responder a un propósito de descentralización de servicios o a la necesidad de contribuir al bien común, emprendiendo actividades de naturaleza industrial y comercial indispensables para la comunidad y cuyo desarrollo no es adelantado por los particulares ya por carecer de suficiente capital de inversión, ya de tratarse de empresas improductivas"*

Ahora bien el profesor Penagos, indica que la actividad económica corresponde al elemento objetivo[1], de la Empresas Industriales Y Comerciales del Estado, postura tomada del profesor argentino José Roberto Dromi, llevando esto a que la actividad económica y por contera la industrial se convierte en un elemento de la naturaleza para la creación de estas entidades, no obstante, no pierde la función teleológica constituida dentro de los fines del estado.

***Con lo anterior se identifica que se les puede seguir dando su naturaleza como entidades del sector público y que por lo tanto deben en términos generales seguir normas, reglas y principios ligados a la actividad administrativa del estado**.*

Por otra parte y es lo que abre camino al siguiente tema, el cual hace referencia la posibilidad de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de aplicar procedimientos sancionatorios cuando sus contratistas en ejecución de un contrato presentan un grado de posible incumplimiento, téngase en cuenta que no se puede hablar de incumplimiento plenamente en virtud del principio constitucional de la presunción de inocencia y el cual a su vez crea la necesidad de crear procedimientos que permitan llegar a corroborar los incumplimientos, eso sí respetando el debido proceso y el derecho a la defensa.

*En cuanto a la aplicación del **artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**, el cual se encuentra dentro del título que previene y combate la corrupción en la contratación pública y que hace referencia a la facultad del estado cuando las entidades del estado, que se encuentran sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, para que puedan y en los casos que sea necesario adelanten procedimientos para "(...) declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal", se tratará entonces de determinar si la citada disposición legal es procedente dentro del régimen de contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en los casos en que una vez realizada la contratación los contratistas no cumplen o lo hace de manera parcial,.*

En este sentido es importante tener en cuenta lo dicho por la corte Constitucional en sentencia C-499 de 2015:

> ***"En un Estado Social y Democrático de Derecho la contratación estatal, en tanto modalidad de la gestión pública, está regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura[9]. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal."***

No obstante el principio que indica la regulación e igualdad frente a la regulación de la contratación pública, la misma sentencia ha indicado:

> *4.2.2. En el contexto de la contratación estatal, este tribunal ha fijado una serie de criterios para determinar el margen de configuración del legislador[11]: (i) el legislador puede regular esta materia en diversas normas, que conforman un estatuto general de la contratación, de tal suerte que no está obligado a dictar un estatuto único de contratación (art. 150.25 CP); (ii) dada la amplitud de su competencia, que le permite "expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración general"[12], el legislador tiene un amplio margen de configuración "para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender hacia el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho", dado que, como ya se advirtió, el contrato estatal "no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado"; (iii) dentro de este margen de configuración se puede regular "los aspectos más significativos de la contratación pública", entre los que se encuentran, por ejemplo, las cláusulas o potestades excepcionales, la clasificación de los contratos, los deberes y derechos de las partes, la competencia y la capacidad para contratar, los principios fundamentales, las nulidades, el control de la gestión contractual, la responsabilidad*

[1] Penagos, Gustavo. Empresas Estatales proyección al siglo XXI. Ediciones Doctrina y Ley , 200. Pg 28.

contractual, la liquidación del contrato, la solución de controversias, etc., "dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a parámetros constitucionales"

Por lo tanto y en concreto es una prerrogativa de la administración no desde el punto de vista de la excepción si no como el mecanismo para lograr que la contratación pública en Colombia se convierta en un hecho trasparente y con todas las garantías posibles para su cumplimiento, más aun en razón a que con la misma se apoya con el cumplimiento de los fines del estado y se evita el engorroso y largo camino de acudir a la jurisdicción para declarar incumplimientos que conlleven a multas, sanciones o caducidad de los contratos.

Así las cosas, la aplicación del artículo 86 se convierte en la posibilidad de cualquier entidad del sector público para que en su contratación, se aplique lo allí dispuesto en la norma.

Es de suma importancia agregar que la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no se puede hacer de forma separa de lo dispuesto en las demás normas del capítulo, y de los propios manuales de contratación. Lo anterior dado que es necesario crear los mecanismos mediante los cuales se supervisa y se le indica previamente al contratistas sus obligaciones de cara al contrato que suscribe, si bien las dos partes se encuentran obligadas, la administración asume una carga mayor frente al correcto uso de los recursos, por lo tanto se le imparte la obligación de realizar y tener los medios y mecanismos propios de supervisión y control, con el ánimo de no llegar a las imposiciones de sanciones multas y caducidades, toda vez que se convierten estas como en la última ratio, de la actividad contractual del estado, es necesario agotar todas las instancias previas antes de llegar a las consecuencias dadas en el artículo 86.

Y con esto se da el procedimiento que a la luz del mismo, puede ser aplicado por toda entidad de carácter público, no obstante el mismo ha indicado que aplicara para aquellas entidades sometidas al estatuto general de la contratación de la administración pública lo cual es una cortapisa que puede efectivamente saltar las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en virtud a que están desprovistas de mecanismos coercitivos para que los contratistas les cumplan". (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Corolario a lo anterior, bajo el principio constitucional de buena fe, la Corte Constitucional en precitadas Jurisprudencia ha señalado:

"La Corte ha indicado que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí."[2] *(Subrayado fuera de texto)*

Situación que se observó al momento de liquidar de forma bilateral el contrato de consultoría Núm. 0014 de marzo 04 de 2013, pero que no exime de responsabilidad al contratista por las falencias presentadas en los estudios y diseños al momento de iniciar la ejecución de la obra objeto del proceso consultor; además de ello, sobre los mismo existía una garantía constituida con la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A "CONFIANZA", amparada por "CALIDAD DEL SERVICIO", en la suma equivalente a QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($545.718.975) con cargo a la Garantía Única de Cumplimiento constituida mediante Póliza No. 05 GU096889 con certificado 05 GU183431, situación que obliga al contratista y aseguradora a responder por los perjuicios causados en la ejecución del precitado contrato de consultoría.

Por ende, se puede determinar que la acción adelantada bajo el precepto del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 del presente caso, se aplica en alcance a los principios de la Administración Pública (art. 209 C.P), los principios del control

[2] Sentencia C -527 de 2013, Expediente D-9485.

fiscal (art. 267 C.P), artículo 2° y 29 de la Constitución Nacional, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de contradicción y defensa.

Reiterando lo manifestado en la resolución objeto de recurso, sobre la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento, a la que hace referencia el Doctor Rodrigo Escobar Gil considerado la aplicación del privilegio de la decisión previa con el fin de ordenar la efectividad de las garantías en los siguientes términos:

> *"La entidad estatal tiene la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista, y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador, mediante la expedición del acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro. Es la proyección al campo de las garantías contractuales del privilegio de la decisión previa y ejecutoria que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas, y que le permite imponer derechos y obligaciones en tutela de el interés público, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, lo que le permite declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro"*[3].

En este orden de ideas, conviene precisar si la entidad estatal y en forma específica aquella que presta servicios públicos domiciliarios, puede en la celebración y ejecución de un contrato estatal con régimen preponderante de derecho privado, expedir actos administrativos que declaren el incumplimiento como tipificador del siniestro, para ser efectivas las garantías del contrato constituidas en su favor con el fin de precaver los riesgos del mismo, tales como el cumplimiento de las obligaciones del contratista, el debido manejo del anticipo, el pago de los salarios y prestaciones sociales del personal que utilice el contratista, la estabilidad de la obra, **la calidad del bien o servicio** y el correcto funcionamiento de los bienes adquiridos.

A nivel de doctrina se ha señalado que la Administración tiene en su poder la decisión unilateral y ejecutoría para ejercer las potestades otorgadas en la ley e imponer de esta manera su voluntad al contratista, pues su fin de interés general debe prevalecer por lo menos en primera instancia frente al interés particular y lícito del contratista:

> *"En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutorialmente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de estas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato,* ***la apropiación o la devolución final de la fianza.****" (La negrilla es nuestra)*[4].

Se puede observar en doctrina comparada que dentro de las prerrogativas que le permiten a la Administración decidir unilateralmente en forma previa, se reconoce la de apropiación de la fianza en razón de las finalidades del contrato de la Administración pública.

Si la Administración tiene como finalidad la satisfacción del servicio público que le ha sido encomendado, y utiliza el contrato como el mejor instrumento para el cumplimiento de este cometido, habría que señalar que la efectividad de las garantías mediante una declaración unilateral se enmarca en la mejor y más rápida satisfacción de la necesidad pública, pues no sería concordante con el interés general esperar a la decisión del juez competente para permitir que la Administración velara por la satisfacción de este interés. Ello no comporta protección a la arbitrariedad, sino como ya se ha mencionado, privilegio de la decisión previa, pues si la actuación administrativa es ilegal podrá ser controlada

[3] Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis 1999. Pág. 249

[4] Fernández Tomas Ramón y García de Enterría Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Civitas. 1995. Pág. 665; citado también en Consejo de Estado. Sección Tercera Sentencia del 9 de Agosto de 2009. C.P. Mauricio Fajardo. Exp 21432.

por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa incluido el restablecimiento del derecho a favor del particular y el pago de los perjuicios causados.

En mérito de lo expuesto, y de conformidad con los deberes que le asiste a la entidad, se

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER lo argumentado por la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. con Nit. 890914868-8, representada legalmente por el señor JAIME LOGREIRA ARRAZOLA y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA" con Nit. 860.070.374-9, a través de escrito radicado bajo el No. 6852.17 del 23 de octubre de 2017 en la EAAAY EICE ESP.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se declara en firme el Siniestro de "CALIDAD DEL SERVICIO" del Contrato de Consultoría Núm. 0014 de marzo 04 de 2013, suscrito con la empresa CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A, Nit. 890914868-8, Representado Legalmente por señor JAIME LOGREIRA ARRAZOLA, cuyo objeto correspondió a "*ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD, FACTIBILIDAD, ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA CAPTACIÓN, ADUCCIÓN, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCIÓN HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE*", por incumplimiento a sus obligaciones contractuales con imposición del pago del amparo de "CALIDAD DEL SERVICIO" a las partes CIVIL HIDRÁULICA Y SANITARIA CHS S.A. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA", en la suma equivalente a QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($545.718.975) con cargo a la Garantía Única de Cumplimiento constituida mediante Póliza No. 05GU096889 con certificado 05GU183431.

TERCERO: La presente decisión se entiende NOTIFICADA en estrados, en esta audiencia pública y contra ella no procede recurso alguno.

CUARTO: Por conducto de la Oficina Jurídica de la EAAAY EICE ESP, una vez ejecutoriada la presente resolución publíquese en la página web y cartelera de la Oficina Jurídica de la EAAAY EICE ESP, y comuníquese la decisión adoptada a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista con remisión de las copias de la presente decisión a la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General, para lo de su competencia.

COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Yopal a los siete (07) días del mes de febrero de 2018

LUZ AMANDA CAMACHO SÁNCHEZ
Agente Especial EAAAY EICE ESP

Proyectó componente técnico: Ing. Sonia Isabel Vargas Rodríguez/Profesional Unidad de Alcantarillado - PTAR

Proyectó componente técnico: Ing. Yuber Camilo Castillo Pineda/Topógrafo

Proyectó componente jurídico: Gabriel Heredia Tovar/Profesional de Apoyo Oficina Jurídica

Revisó: Etelvina Briceño Chiriví/Asesora Jurídica

Revisó componente técnico: Ing. Fabián Fajardo Restrepo/Director Técnico