



TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIÓN

FECHA: 29 DE NOVIEMBRE DE 2017.

HORA: 08:00 AM.

MAGISTRADO PONENTE: DR LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

RADICACIÓN: 13-001-23-33-000-2017-00040-00.

CLASE DE ACCIÓN: EJECUTIVA.

DEMANDANTE: ASEO URBANO DE LA COSTA

DEMANDADO: DISTRITO DE CARTAGENA

ESCRITO DE TRASLADO: EXCEPCIONES, PRESENTADAS POR LA PARTE ACCIONADA DISTRITO DE CARTAGENA.

OBJETO: TRASLADO EXCEPCIÓN

FOLIOS: 122-128

Las anteriores excepciones presentada por las parte accionada- DISTRITO DE CARTAGENA- , se le da traslado legal por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011; Hoy, Veintinueve (29) de Noviembre de Dos Mil Diecisiete (2017) a las 8:00 am.

EMPIEZA EL TRASLADO: TREINTA (30) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017), A LAS 08:00 AM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

VENCE EL TRASLADO: CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017), A LAS 05:00 PM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

123

- 1.- **Se celebró un contrato en forma directa, sin procedimiento alguno de Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 para la limpieza de los canales del sistema de drenajes pluviales de la ciudad.**

El día 6 de Mayo de 2015, entre la empresa Ejecutante y la entidad Demandada se celebró un contrato que denominaron "CONTRATO PARA ENCOMENDAR ACTIVIDADES DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO EN LAS ÁREAS PÚBLICAS DE LOS CANALES DE AGUAS PLUVIALES DEL DISTRITO DE CARTAGENA"; para su celebración se expidieron los certificados de disponibilidad presupuestal No. 181 y 72 de 20 de Abril de 2015, que cubrirían lo que debía ejecutarse con esos recursos y conforme a la necesidad identificada como la limpieza de canales dentro del sistema de drenajes pluviales de la ciudad.

Por tanto exceder el monto de las disponibilidades presupuestales constituye una situación de hecho que no es posible superar en un acta de liquidación.

De otra arista, el Artículo 32 de la ley 80 de 1993 señala que son contratos de obra aquellos *"que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago"*

La actividad a desarrollar por el contratista Ejecutante consistió precisamente en la construcción de un trabajo material sobre bienes inmuebles, así las cosas el contrato celebrado en realidad fue de OBRA y no el de servicio especial de aseo.

Tan cierto es que lo contratado fue un contrato de obra que en la cláusula Cuarta expresamente se estableció: *"(...) En aquellos canales que se encuentran tapados con placas de concreto, se incluye la ejecución de obras de demolición y reposición de aquellas placas de concreto deterioradas que se necesario intervenirlas para poder realizar las actividades de limpieza."*

En virtud del principio de transparencia, y con fundamento en lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2474 de 2008, la convocatoria pública, a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, constituye la regla general para la escogencia de contratistas. De forma excepcional, el ordenamiento jurídico permite que, en los casos expresamente señalados por el legislador, las entidades estatales no acudan a la regla general sino, por el contrario, a la contratación directa, de carácter especial y, por ende, de aplicación restrictiva, que se circunscribe únicamente a las causales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

24

En el asunto bajo estudio se contrató como si se tratase de un servicio público especial de aseo cuando en verdad lo celebrado era un contrato de obra, tal como se explicó con antelación, lo cual se hizo con el pretexto de evadir la convocatoria pública que ameritaba el contrato de obra y el valor estimado del mismo (\$3.000.000.000), afectándose así el principio de transparencia.

2.- El Contrato Estatal y Acta de Liquidación del mismo están viciados de Nulidad Absoluta.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, *"la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"*. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe *"edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración"*. Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa *"sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés"* Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.¹

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, Sentencia, treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).

Es importante advertir que los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez están viciados de nulidad absoluta, tal como ocurrió en el contrato que dio lugar al Acta de Liquidación que se pretende ejecutar, como quiera que se omitió adelantar por licitación pública un asunto que debía contratarse de esa manera, de tal manera que tanto el contrato como el acta de liquidación mismo están revestido de Nulidad Absoluta, por cuanto fueron celebrados contra expresa prohibición legal, contenida en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual, *“las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”*

3.- Reconocimiento de situaciones de hecho cuando debía celebrarse o bien un nuevo contrato o un contrato adicional según el caso.

Si bien el vencimiento del citado contrato se le señaló el día 31 de Diciembre de 2015, y se estableció además que la supervisión estaría a cargo de la Secretaria General del Distrito de Cartagena y el grupo de trabajo que esta asigne para tal fin (Cláusula Octava y Decima Octava), no le es dable a las partes, cuando se agota el valor respaldado por las disponibilidades presupuestales citadas en el numeral primero, seguir adelante con la ejecución de un contrato sin soporte presupuestal y sin contrato alguno. La simple vigencia del contrato no es razón legal suficiente para seguir ordenado los servicios contratados.

Bajo esa comprensión, el Consejo de Estado ha indicado que cuando se agota el precio del contrato, y surjan necesidades del servicio contratado, constituye un verdadero adicional cuya ejecución en términos de precio, objeto y cantidades debe estar acordado en el respectivo contrato adicional si fuere del caso o en nuevo contrato.

²En los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011)

requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso. (...) Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

En este orden se violan normas orgánicas de presupuesto como el artículo 71 del decreto extraordinario 111 de 1996; Ley 80 de 1993 artículo 40 inciso segundo del parágrafo; Ley 1150 de 2007 artículo 23 en lo pertinente al requisito de ejecución de todo contrato como son la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

4. **No se aportó el informe final de ejecución del contrato expedido por el supervisor del mismo, donde se evidencien las actividades ejecutadas.**

Muy a pesar de lo que viene expuesto, y en gracia de discusión de que se pudiera liquidar el contrato reconociendo una suma de dinero que no corresponde al contrato celebrado, tenemos que sobre el particular el Art. 60 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación y así mismo establece que "*También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar*", de modo que "*En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo*".

Es decir que la liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación cuya finalidad es la de establecer el resultado final de la ejecución, y del balance de las prestaciones a cargo de las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, mas no de un asunto de hecho y por fuera del contrato. En este orden, se define en últimas, quién le debe a quién

y cuánto, por cuánto es en ese momento cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de sus mutuas reclamaciones derivadas de la ejecución contractual, es decir de lo pactado y conforme a las disponibilidades presupuestales y registros presupuestales que respalden las obligaciones económicas insolutas.

Es necesario que el interventor o supervisor de un contrato participe de la liquidación del contrato, sobre todo si se establece tal condición. Pues en nuestro caso concreto al efectuarse la Liquidación Anticipada del Contrato Estatal, la entidad Demandada, de consuno con la Ejecutante, expresamente acordaron en la cláusula Sexta y Octava:

“SEXTO: Que las partes han decidido dar por terminado el contrato anticipadamente por mutuo acuerdo, teniendo en cuenta el informe final de ejecución del contrato expedido por el supervisor del mismo, donde se evidencian las actividades ejecutadas: (...)” (el subrayado y resaltado es nuestro).

“OCTAVO: De acuerdo con el informe de supervisión, tal como consta en el documento adjunto y que hace parte integral de la presente acta, LA EMPRESA ejecutó las actividades objeto del Contrato Especial para Encomendar Actividades del Servicio Público Domiciliario de Aseo en las Áreas Públicas de los Canales de Aguas Pluviales del Distrito de Cartagena, hasta el día 29 de Diciembre de 2015, decidiendo las partes adelantar los trámites de terminación anticipada por mutuo acuerdo y liquidación del mismo.” (el subrayado y resaltado es nuestro).

Nótese que la parte Demandante omitió adjuntar junto con el Acta de Terminación y Liquidación anticipada del Contrato, el informe final de ejecución del contrato expedido por el supervisor del mismo, donde se evidencien las actividades ejecutadas, siendo tal informe parte integral de la referida acta. En tales circunstancias el Acta de Terminación y Liquidación anticipada del Contrato presentada como título de Ejecución, carece de validez porque está incompleta, sobre todo porque la falencia recae sobre el informe que acredita que efectivamente se realizaron las actividades que se pretenden pagar en virtud de la liquidación.

4.- No se anexó el acto administrativo que ordena el pago.

Examinada el Acta de Terminación y Liquidación anticipada del Contrato aducida como título de Ejecución, en la que se reconoció una obligación dineraria a favor de la Ejecutante y a cargo de la entidad Demandada, encontramos que dicha obligación fue condicionada a expedición del acto administrativo que disponga el respectivo pago. En efecto en el acta se estableció, en lo referente a lo acordado, lo siguiente:

“SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, las partes acuerdan LIQUIDAR EN FORMA ANTICIPADA DE COMUN ACUERDO el Contrato Especial para Encomendar Actividades del Servicio Público Domiciliario de Aseo en las Áreas Públicas de los Canales de Aguas Pluviales del Distrito de Cartagena, con un saldo a favor LA EMPRESA de SIETE MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLLONES CIENTO SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (\$7.173.106.900.88) que corresponde a los servicios públicos y cuyo pago serán cubiertos con cargo al presupuesto de la vigencia 2016, conforme al acto administrativo que ordene el pago.” (el subrayado y resaltado es nuestro).

Así entonces, la parte Ejecutante no acreditó que se hubiese cumplido la condición del acto administrativo que disponga el respectivo pago, además de los certificados de disponibilidad presupuestal y de registro presupuestal propios de dicho acto, falencia esta que le resta mérito ejecutivo al Acta de Terminación y Liquidación anticipada del Contrato presentada como sustento de la Ejecución, es decir, que la obligación dineraria reconocida en el acta no es exigible, por no haberse cumplido con la condición en comento.

II.- PRUEBAS Y ANEXOS:

Con el objeto de corroborar los fundamentos fácticos de esta excepción pretendo hacer valer las siguientes pruebas:

1. **INTERROGATORIO DE PARTE.-** Que le formularé verbalmente en audiencia sobre los hechos de la demanda y de las excepciones, especialmente sobre la prestación real de los servicios reclamados.
2. **DOCUMENTALES.-** Téngase como pruebas las documentales aportadas con la Demanda y la actuación vertida en el expediente

III.- PETICIONES:

En virtud de lo expuesto, solicito a esa Judicatura, **DECLARAR PROBADA LA EXPCPCION DE MERITO** formulada por la parte Ejecutada. En consecuencia, **ABSTÉNGANSE DE SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN**, ordenando la terminación del proceso y el archivo del expediente, con la condigna condena en costas a cargo de la Ejecutante fallida.

Respetuosamente,


JORGE ANAYA CABRALES
C.C. 73.145.720
T.P. 70.828

Cartagena, D. T y C., 26 de Abril de 2.017.-