



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO DE CONTESTACION DE LA DEMANDA –
EXCEPCIONES ART. 175 C.P.A.CA.

SGC

Cartagena de Indias, 20 de marzo de 2015

HORA: 8:00 A.M.

Magistrada Ponente: HIRINA MEZA RHENALS
Medio de control: REPARACION DIRECTA – CONTROVERSIA CONTRACTUALES
Radicación: 13001-23-33-000-2013-00143-00
Demandante/Accionante: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SOCIEDAD AGUAS DE
CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR S.A. E.S.P.-
Demandado/Accionado: SOCIEDADES INTEGRANTES DEL CONSORCIO EDT; HALCROW
GROUP LIMITED Y OTROS

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a la parte demandante de las excepciones formuladas en el escrito de contestación de la demanda presentada el 5 de mayo de 2014, por el señor apoderado del CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, visible a folios 1383-1386 Y 1387-1500 del expediente (Cuaderno No. 2).

EMPIEZA EL TRASLADO: 20 DE MARZO DE 2015, A LAS 8:00 A.M.

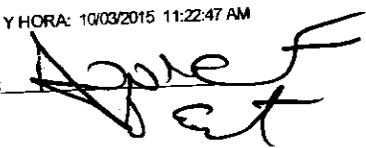

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
Secretario General

VENCE TRASLADO: 25 DE MARZO DE 2015, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
Secretario General

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718

FIRMA:



13

1303

Cartagena de Indias

10 de marzo del 2015

Honorables Magistrados
Tribunal Administrativo de Bolivar (Oraliá
Atención: Magistrada: Irina Meza Rhenals
Cartagena de Indias**Referencia: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Aguas de Cartagena contra Halcrow Group Limited, Consorcio EDTMC y OTM SAS.****Expediente: 130012333000-201300143**

Luis Enrique Cuervo Pontón, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, en ejercicio del poder especial que me fuera conferido por el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, sin perjuicio de la falta de jurisdicción planteada mediante la contestación radicada en esta fecha, como al revisar el expediente en la secretaría advierto que la demanda fue presentada de manera extemporánea como lo acreditan las constancias secretariales y judiciales que reposan en el expediente, me permito adicionar a la contestación de la demanda radicada en esta fecha ante su despacho la excepción de **CADUDICAD** de la acción.

Dispone al artículo 164.2 de la ley 1437 del 2011 el término dentro del cual debe presentarse la demanda para que no opere la **caducidad**. Tanto para la acción de reparación directa como para la acción contractual, la ley contempla que la demanda debe presentarse dentro de los **dos años**.

En el caso de la acción de reparación directa el término de dos años se cuenta desde que el demandante tuvo conocimiento de los hechos. En este caso los demandantes se refieren a los **hechos ocurridos el 2 de diciembre del 2010**. El mismo incidente de esa fecha es el que sirve de sustento a los demandantes respecto de sus pretensiones de origen contractual, aunque el término del contrato había vencido con anterioridad.

Está probado dentro del expediente que la demanda no fue oportunamente presentada en tiempo dentro de los dos años siguientes al incidente del 2 de diciembre del 2010.

El 25 de abril del 2013 mediante auto que aparece a folio 194 del expediente la magistrada Claudia Patricia Peñuela dejó constancia de que

“NO OBRA CONSTANCIA DE LA FECHA EN QUE SE PRESENTO” la demanda en la OFICINA JUDICIAL DE CARTAGENA, por lo que el mencionado auto requirió a la secretaria para que aportara la información correspondiente.

1384

Esta providencia judicial es de particular relevancia ya que para el 25 de abril del 2013 no constaba en la demanda radicada ante el tribunal fecha en la que se hubiera radicado la demanda.

Adicionalmente, el auto de fecha 25 de abril del 2013 dejó constancia de que en su momento **no se aportaron las pruebas indicadas**. Se afirma específicamente: “con la demanda no se presentaron las pruebas ya que en su momento no se aportó la USB” (folio 202). Por todo lo anterior la honorable magistrada del Tribunal inadmitió la demanda.

A folio 192 del expediente aparece la constancia de recibo por parte del Tribunal Administrativo de Bolivar con fecha **5 de marzo del 2013** y el reparto realizado el día 12 de marzo del mismo año.

De conformidad con un informe secretarial de fecha **22 de marzo del 2013** se da cuenta del recibo de la demanda, de los poderes y de los decretos 228 del 2009 y 133 del 2012. La constancia secretarial nada dice respecto de que se hubiera presentado prueba alguna. (folio 193).

En su afán por tratar de curar lo insalvable, el apoderado del Distrito y Acuar presento un escrito a mano dirigido a la personeria distrital (folio 756)

Un oficio de fecha 11 de marzo del 2013 de la personeria distrital de Cartagena afirma que como los despachos judiciales se encuentran en paro y por eso “NO SE PUDO PRESENTAR LA DOCUMENTACION.” No precisa el oficio si se trata de las pruebas que nunca fueron acompañadas con la presentación inicial de la demanda.

Aspectos que debe tener en cuenta el Tribunal al decidir este tema:

1. El Tribunal Administrativo nunca estuvo en paro judicial y los terminos ante el mismo corrieron siempre normalmente.
2. Quienes radicaron demandas durante el paro judicial lo hicieron ante organismos como la Defensoria del Pueblo o la Procuraduria, dejándose expresa constancia de la fecha de presentación y oficios de las fechas correspondientes mediante los cuales las entidades receptoras acreditaban qué se recibía y en cuántos folios.

3. Para el 1 de diciembre del 2012 no se presentó la demanda por parte de los demandantes Distrito y Acuacar.

4. La **constancia de recibo de la demanda por parte del Tribunal es de fecha 5 de marzo del 2013** (folio 192)

1385

5. El acta de reparto de la demanda es de fecha 12 de marzo del 2013.

6. Para el **25 de abril del 2013** como la acredita el auto de la magistrada Claudia Patricia Peñuela no **se habían aportado las pruebas relacionadas en la demanda**. El artículo 162 de la ley 1437 del 2011 ordena al demandante para que sea posible admitir la demanda "aportar todas las pruebas documentales que se encuentren en su poder", lo que ratifica el artículo 166 al establecer los anexos que debe tener toda demanda. Por esa razón el honorable Tribunal inadmitió la demanda al verificar que carecía de los requisitos indispensables para su admisión.

Son las constancias secretariales y judiciales las que permiten determinar la fecha en que se presenta una acción. Mal puede determinar la fecha de presentación de una demanda un documento aportado por el mismo demandante.

En este caso esas constancias secretariales y judiciales permiten probar que para el 25 de abril del 2013 no se habían cumplido los requisitos exigidos por la ley para la presentación válida de una demanda. Está acreditado plenamente que para esa fecha NO SE HABIAN APORTADO LAS PRUEBAS que el demandante pretendía hacer valer y por eso la demanda fue inadmitida.

Está establecido que las pruebas se presentan únicamente el 8 de mayo del 2013 (folio 204). Es sólo hasta el 9 de mayo del 2013 cuando el demandante se preocupa por acreditar la supuesta fecha en que se presentó la demanda (folio 752), fecha ya para la cuál la demanda inicial había sido inadmitida.

Como está plenamente acreditado que para la fecha del 25 de abril del 2013, no en virtud de lo afirmado por nosotros, sino conforme al contenido del auto de la magistrada Claudia Patricia Peñuela, no se había presentado una demanda con los requisitos legales necesarios, operó el fenómeno de la CADUCIDAD.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 169 de la ley 1437 del 2011 al advertir la caducidad lo que correspondía era el rechazo de la demanda y cualquier trámite posterior estará viciado.

Los hechos relacionados con la construcción del emisario submarino y lo ocurrido el 2 de diciembre del 2010 fueron hechos notorios ampliamente conocidos. Resulta inconcebible que si el consorcio EDTMC, como lo pretenden los demandantes, hubiera incumplido sus obligaciones contractuales, el Distrito y Acuacar no hubieron presentado la demanda con la debida anticipación antes del 2 de diciembre del 2012.

1386

Un tema de esta importancia mal puede depender de escritos hechos a mano fuera del tiempo o de sellos impresos por una entidad ligada al Distrito que actúa como demandante.

Las constancias secretariales y judiciales que obran en el expediente mismo son suficientes para comprobar que la en ningún caso se presentó dentro de los 2 años ordenados por la ley una demanda en forma que pudiera ser admitida por lo que operó la CADUCIDAD.

De los honorables magistrados atentamente,



Luis Enrique Cuervo Pontón
T.P. 47.872 CSJ

Cartagena de Indias
Marzo 10 del 2015

Honorables Magistrados
Tribunal Administrativo de Bolivar (Oralidad)
Cartagena de Indias
Magistrada Irina Meza Renals
Expediente: 130012333000-201300143

SECRETARIA TRIBUNAL ADM

TIPO: CONTESTACION DE DEMANDA Y PODER CONSORCIO EDT

REMITENTE: LUIS ENRIQUE CUERVO PONTON

DESTINATARIO: HIRINA MEZARHENALS

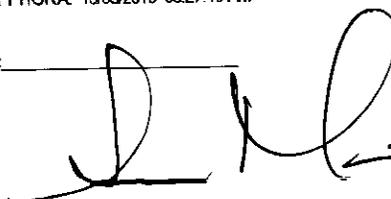
CONSECUTIVO: 20150313648

Nº FOLIOS: 114 — Nº CUADERNOS: 0

RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM

FECHA Y HORA: 10/03/2015 08:27:10 AM

FIRMA:


2013-143

Referencia: Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias y Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. contra Consorcio EDTMC, Halcrow Group Ltd. y Operaciones Técnicas Marinas O.T.M. S.A.S.

Luis Enrique Cuervo Pontón, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, en ejercicio del poder especial que me fuera conferido para el efecto por el **CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL** (en adelante EDTMC) el día 14 de enero del 2015 y que me permito acompañar como anexo, en los términos del artículo 175 de la ley 1437 del 2011, por este medio doy respuesta a la demanda interpuesta en su contra por el Distrito Turístico de Cartagena de Indias (en adelante "el Distrito") y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. (en adelante "Acuacar"), así:

El honorable Tribunal Administrativo de Bolivar **carece de jurisdicción** para pronunciarse sobre la demanda interpuesta por el Distrito y Acuacar, y todas las pretensiones planteadas por la misma, ya que en todos los contratos celebrados por el Distrito para el proyecto del emisario submarino se acordaron cláusulas especiales de solución de controversias y se pactaron tribunales arbitrales. No todas las partes de este proceso son partes de los contratos celebrados y Aguas de Cartagena actuó en todos como agente o mandatario del Distrito por lo que carece de acciones independientes. Como se trata de contratos distintos que vinculan a partes diferentes, la solución de controversias bajo cada uno de ellos corresponde a lo específicamente pactado contractualmente. Carece el Tribunal Administrativo de Bolivar de jurisdicción y competencia para pronunciarse sobre los hechos del 2 de diciembre del 2010 como pretenderían los demandantes cuando el Distrito celebró tres contratos en los que en todos acordó una cláusula compromisoria. Carece de jurisdicción el honorable tribunal para pronunciarse sobre una supuesta controversia que se originaría en la ejecución de un contrato de transporte entre particulares. La jurisdicción de lo contencioso administrativo **carece de jurisdicción para conocer demandas contra PARTICULARES que NO EJERCIERON**

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. Ninguno de los demandados es **NI AUTORIDAD PUBLICA O ADMINISTRATIVA, ni como particular fue ENCARGADO DE EJERCER FUNCION ADMINISTRATIVA ALGUNA.** Por lo anterior, la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuya naturaleza es la de revisar los procesos que surjan en virtud del artículo 90 de la Constitución para determinar si el Estado es o no responsable por fallas del servicio, carece de jurisdicción y competencia para pronunciarse y **cualquier actuación estaría viciada de nulidad.**

1388

La jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de jurisdicción y competencia para pronunciarse sobre pretensiones planteadas por una empresa de servicios públicos, como Acuacar, que **por ley se somete a las normas del derecho privado.** Al resolver este tema el honorable Tribunal deberá hacer efectivo lo recordado por la propia Acuacar al contestar una carta de EDTMC el 2 de marzo del 2011¹ y en la que se afirmó lo siguiente:

“El contratante es Acuacar **en representación del Distrito de Cartagena,** en virtud de una serie de contratos y convenios que parten de un préstamo otorgado por el Banco Mundial. En Colombia la ley faculta para que se ejecuten esos créditos **por el régimen privado** y en especial los créditos otorgados por el Banco Mundial. Tanto el contrato de préstamo como **todos los demás contratos se rigen por el Derecho Privado y no por normas de carácter administrativo. El contrato de obra con el consorcio es de Derecho Privado y el régimen de contratación de Acuacar es de derecho privado.**”²

Confirma de manera contundente esta prueba, la falta de jurisdicción del honorable tribunal y como al someterse al régimen del Banco Mundial, en los contratos celebrados se acordó que se aplicara el derecho privado y se pactaron cláusulas de solución de controversias. De igual importancia es que Acuacar confirme que como empresa de servicios públicos se encuentra bajo el REGIMEN DE DERECHO PRIVADO.

Como el conocimiento de las pretensiones planteadas por la demanda correspondería a diferentes autoridades, de conformidad con lo expresamente pactado en los contratos, hay además indebida acumulación de pretensiones. El 14 de febrero del 2011 el Distrito formuló reclamo contra Acuacar con

¹ Ver carta de Aguas de Cartagena identificada como GER-ACT-04448 del 2 de marzo del 2011 suscrita por Francisco Perez Tena, apartes de la cual se aportan como anexo.

² Ver carta GER-ACT-04448 de Aguas de Cartagena de fecha 2 de marzo del 2011 que curiosamente no aportaron los demandantes.

ocasión de los hechos del 2 de diciembre del 2010 y recordó que las partes habían acordado resolver sus diferencias mediante un Tribunal de Arbitramento. El 17 de febrero del 2011 el Distrito y Acuacar al evaluar los hechos del 2 de diciembre del 2010 y la conducta de Acuacar como Jefe de Obra y agente del Distrito, **celebraron una transacción**³ que hizo tránsito a cosa juzgada y mediante la cual el Distrito dispuso de sus acciones con ocasión de esos hechos. Mal pueden las partes de ese contrato de transacción mediante el que se resolvieron las diferencias relacionadas con los hechos del 2 de diciembre del 2010 y el contrato de obra ACL-01-BM-2008 plantear una controversia incompatible con dicha transacción y sus consecuencias.

1389

Se contesta la demanda interpuesta por el Distrito y Acuacar oponiéndose a la misma y a sus pretensiones así:

I. Demandado

El demandado es el **CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**, constituido en Limasol, Chipre desde el 7 de julio del 2007, siendo su representante legal el señor Michael Peleg. El CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL ("**EDTMC**") y el señor Peleg tienen su domicilio en la ciudad de Limasol, Chipre.

II. Pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos

EDTMC suscribió un contrato con el Distrito y en el mismo se acordó un mecanismo específico de solución de conflictos. Por eso para EDTMC **el honorable Tribunal Administrativo carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los aspectos sustanciales de la controversia y cualquier proceso que se adelante estaría viciado de nulidad.**

Como el artículo 175 de la ley 1437 del 2011 se refiere al contenido de la contestación de la demanda y en el procedimiento colombiano no se contempla la posibilidad de hacer una aparición limitada al proceso que cuestione exclusivamente la jurisdicción, EDTMC realiza planteamientos sobre aspectos de fondo dejando específica constancia de que lo hace sin perjuicio de su cuestionamiento a la jurisdicción del Tribunal. El Distrito acordó un mecanismo específico para tratar las diferencias con EDTMC y EDTMC tiene derecho a que se respete ese acuerdo contractual.

³ Ver Acuerdo de Arreglo Directo suscrito entre el Distrito y Acuacar el 17 de febrero del 2011, tres días después del reclamo presentado por el Distrito a Acuacar el 14 de febrero del mismo año. Se adjunta como anexo copia del mismo.

EDTMC niega y se opone a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la demanda y se opone también a la descripción de los hechos como se plantean por los demandantes, así:

1390

II.1.1. Se niega. El Distrito en virtud del Acuerdo de Arreglo Directo suscrito con Aguas de Cartagena el 17 de febrero del 2011 le puso fin a cualquier controversia relacionada con el contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008 mediante transacción que hizo tránsito a cosa juzgada. Como se trata de convenios y contratos celebrados en el marco de contrataciones internacionales con el Banco Mundial y se pactó expresamente una cláusula de solución de conflictos no es el juez administrativo el competente para conocer de esta pretensión. El Acuerdo de Arreglo Directo suscrito entre el Distrito y Acuacar se debió al reclamo presentado por el Distrito contra Acuacar el 14 de febrero del 2011 por incumplimiento de sus obligaciones como ejecutor del proyecto de construcción del emisario submarino y agente del Distrito.⁴ Si Acuacar consideraba que un tercero era responsable de esos hechos, mal podía celebrar una transacción con el Distrito. Si Acuacar no actuó con negligencia no tenía nada que transar. Bajo el Contrato de Obra Civil celebrado por el Distrito con EDTMC Acuacar actuó en todo momento como mandatario del Distrito. Si Acuacar fue negligente, incumplió obligaciones propias del Jefe de Obra o se equivocó, esa conducta como agente vinculó al Distrito. En virtud del Acuerdo de Arreglo Directo el Distrito declaró a Acuacar, el ejecutor del proyecto “a paz y salvo **CON OCASIÓN DE TODOS LOS HECHOS RELACIONADOS O VINCULADOS CON LAS OBRAS DE CONSTRUCCION DEL EMISARIO SUBMARINO Y EL INCIDENTE DEL 2 DE DICIEMBRE DEL 2010.**”⁵ Así, el Distrito dispuso de las acciones que tenía relacionadas con los hechos del 2 de diciembre del 2010 y celebró un acuerdo en virtud del cual declaró al JEFE DE OBRA, Acuacar, a paz y salvo. Por eso, si el Distrito tenía una reclamación contra Acuacar por incumplimiento de sus obligaciones como ejecutor las consecuencias de la conducta de Acuacar como Jefe de Obra sólo podían afectar los intereses del mandante, el propio Distrito. Como en virtud del Acuerdo de Arreglo Directo se “garantizó la indemnidad patrimonial del Distrito”⁶ éste no sufrió perjuicio alguno y carece de acción y legitimidad para

⁴ Dice el numeral 3 de los Antecedentes Generales del Acuerdo: “En virtud de las obligaciones y desarrollando el orden establecido en los contratos anteriormente descritos, se suscribió entre las partes, Distrito y Acuacar el Convenio donde se establece la obligación de Acuacar de ejecutar el proyecto y la interventoría (supervision of works) cumpliendo con todas las obligaciones previstas en el Convenio del Proyecto.”. Ver Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación del Distrito con ocasión del incidente del emisario submarino.

⁵ Ver cláusula quinta del Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación del Distrito con ocasión del incidente del emisario submarino, celebrado el 17 de febrero del 2011.

⁶ Ver cláusula cuarta del Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación del Distrito con ocasión del incidente del emisario submarino. (“para efectos de garantizar la indemnidad patrimonial del Distrito”)

presentar reclamo alguno contra EDTMC. Del Acuerdo de Arreglo Directo se desprenden dos consecuencias fundamentales: 1. El ejercicio de las acciones que podía tener el Distrito relacionadas con los hechos del 2 de diciembre del 2010 y 2. La falta de daños o perjuicios contra el patrimonio del Distrito. Por eso el Distrito carece de acción para actuar y celebró una transacción que hizo tránsito a cosa juzgada. Resulta completamente contradictorio que el 17 de febrero el Distrito celebre un Acuerdo de Arreglo Directo en virtud del cual se garantiza su total indemnidad y que posteriormente pretenda reclamar perjuicios por los mismos hechos. Quien es mandatario o agente carece de acciones propias y si el mandante dispuso de las acciones derivadas de los hechos del 2 de diciembre del 2010, el agente sigue la suerte del mandante. El Distrito no puede celebrar una transacción que hace tránsito a cosa juzgada en la que se declara que su patrimonio está indemne y no sufrió perjuicio alguno derivado de los hechos del 2 de diciembre del 2010 (dice la transacción: "**para efectos de garantizar la indemnidad patrimonial del Distrito** y sus funcionarios con ocasión de la terminación de las obras objeto del Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008") y luego pretender reclamo de perjuicios con ocasión de esos mismos hechos.

1391

II.1.2. Se niega. En su condición de mandatario del Distrito, Acuacar carece de acciones independientes. El distrito dispuso de sus acciones en la transacción celebrada con Acuacar. No es el juez administrativo el competente para conocer de esta pretensión. Acuacar debe asumir las consecuencias de su propia negligencia como Jefe de Obra. Como Jefe de Obra Acuacar tenía importantísimas obligaciones durante la ejecución del proyecto particularmente si llegare a considerar que la obra no avanzaba de conformidad con lo pactado. Si ante la acción por incumplimiento de sus obligaciones como ejecutor del proyecto planteada por el Distrito en lugar de cuestionar su validez Acuacar decidió celebrar una transacción con el Distrito es exclusivamente responsable de las consecuencias de dicha transacción que hizo tránsito a cosa juzgada y mediante las cuales el Distrito ejerció las acciones derivadas de los hechos del 2 de diciembre del 2010 y acordó transarlas mediante acuerdo con su mandatario (quien era además también el Jefe de Obra). Al celebrar dicho Acuerdo el Distrito **reconoce las faltas de Acuacar como Jefe de Obra** y éste último se obliga a mantener al Distrito indemne. Por lo tanto no hay perjuicios que compensar y no hay acciones que puedan ejercerse de las que únicamente era y podía ser titular el Distrito al ser éste exclusivamente quien es parte del contrato con EDTMC. Al celebrar el Acuerdo de Arreglo Directo con el Distrito Acuacar acepta sus propias responsabilidades como Jefe de Obra y asume con independencia y autonomía

obligaciones patrimoniales y por las cuales debe ser el único responsable. Al celebrar una transacción con el Distrito Acuacar reconoce su negligencia y su culpabilidad como Jefe de Obra. Nadie puede beneficiarse de su propia culpa. Quien celebra una transacción cuando se cuestiona la culpabilidad o responsabilidad atribuible a ciertos hechos, en este caso los del 2 de diciembre del 2010 (como claramente lo indica el Acuerdo de Arreglo Directo) carece de legitimidad para cuestionar cualquier culpabilidad relacionada con esos mismos hechos. El Distrito le presentó el 14 de febrero del 2011 un reclamo al Jefe de Obra con ocasión de los hechos ocurridos el 2 de diciembre del 2010. Si Acuacar como Jefe de Obra consideraba que había cumplido con sus obligaciones o que un tercero debía responder, no ha debido celebrar transacción alguna. Si el Distrito le reclamó a Acuacar y ésta consideraba que su conducta como Jefe de Obra había sido diligente, no tenía nada que transar con el Distrito. Sin embargo, no fue así. Al celebrar la transacción Acuacar **reconoció el incumplimiento de sus obligaciones y aceptó responsabilidades propias**. Si el Jefe de Obra incumplió obligaciones, siendo bajo el contrato entre el Distrito y EDTMC agente del Distrito, esa negligencia sólo podía afectar a su mandante el Distrito. Mal puede Acuacar ahora asumir una conducta totalmente incompatible con la naturaleza de su rol como agente del Distrito y Jefe de Obra y más aún contraria a la transacción celebrada en la que Distrito y Acuacar evaluaron los hechos del 2 de diciembre del 2010 y adoptaron conclusiones jurídicas respecto de los mismos.

1392

II.1.3. Se niega. Como lo han declarado los propios representantes de Acuacar, EDTMC cumplió con sus obligaciones bajo el contrato y por eso Acuacar realizó los pagos correspondientes. La celebración de un Acuerdo de Arreglo Directo entre el Distrito y Acuacar, basado en el incumplimiento de las obligaciones que como ejecutor tenía el Jefe de Obra, que era su agente y mandatario, le impide al Distrito alegar incumplimiento de contrato por parte de EDTMC. Todo lo realizado por Acuacar como ejecutor del contrato en virtud del contrato entre el Distrito y EDTMC se realizaba en su calidad de mandatario, a nombre y por cuenta del Distrito. Así, las faltas e incumplimientos de Acuacar sólo podían afectar al propio Distrito por lo que resulta incompatible responsabilizar a su agente y luego pretender responsabilizar al contratista.

II.1.4. Se niega. Como lo comprueba el Acuerdo de Arreglo Directo suscrito entre el Distrito y Aguas de Cartagena el 17 de febrero del 2011 **el Distrito declara no haber sufrido perjuicio alguno** y mediante el mencionado acuerdo le puso fin a cualquier controversia relacionada con el contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008 mediante transacción que hace tránsito a cosa juzgada.

Por lo anterior, si se otorgan plenos efectos al Acuerdo de Arreglo Directo el Distrito carece de acción ya que dispuso de las mismas mediante una transacción con su agente, transacción que hizo tránsito a cosa juzgada.

1393

II.1.5. Se niega. Acuacar suscribió el Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 en su condición de **mandatario del Distrito**, por eso **no es parte del mismo** ya que el contrato sólo produce efectos entre sus partes, es decir entre el Distrito y EDTMC. Si Acuacar decidió celebrar una transacción con el Distrito en virtud de la cual aceptó sus obligaciones y responsabilidades como ejecutor, aceptando sus responsabilidades como JEFE DE OBRA, no puede trasladar esas responsabilidades a otros. Su negligencia e incumplimiento como agente del Distrito vincula los intereses de su mandante, el propio Distrito. Acuacar actuó dentro del contrato entre el Distrito y EDTMC como agente del Distrito y sus incumplimientos como Jefe de Obra únicamente podían afectar al Distrito y a su patrimonio, su mandante. Si el Distrito celebra una transacción en la que declara que su patrimonio no sufrió perjuicio alguno con ocasión de los hechos del 2 de diciembre del 2010, quien actuó como agente del Distrito mal puede adoptar una posición contraria y contradictoria.

II.1.6. Se niega. Acuacar, en su condición de Jefe de Obra, reconoció el cumplimiento de las principales obligaciones del contrato por parte del consorcio EDTMC y por eso realizó en su oportunidad los pagos correspondientes. Acuacar debe asumir las consecuencias de su propia negligencia en su conducta como Jefe de Obra. Resulta incompatible que Acuacar acepte el incumplimiento de sus obligaciones como ejecutor del proyecto y al mismo tiempo pretenda responsabilizar a otro de hechos por los que con autonomía e independencia asumió responsabilidad mediante transacción que hizo tránsito a cosa juzgada. Acuacar habría podido no realizar pago alguno en favor de EDTMC sin embargo actuando como JEFE DE OBRA, con autonomía e independencia constató los avances de obra y realizó los pagos. Si el Distrito la responsabilizó por esto y Acuacar celebró una transacción, es exclusivamente responsable por las consecuencias de su conducta como agente del Distrito. En derecho nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

II.1.7. Se niega. No le consta a EDTMC. En todo caso Halcrow no es parte del contrato celebrado entre el Distrito y EDTMC y por eso cualquier controversia entre el Distrito y Halcrow corresponde a un proceso diferente. Se trata de una pretensión respecto de la cual no tiene competencia el juez administrativo. Adicionalmente al parecer las partes de dicho contrato sostuvieron un proceso arbitral que hizo tránsito a cosa juzgada. Debe advertirse también que Halcrow

fue contratada para actuar a nombre de Acuacar quien a su vez actuaba a nombre del Distrito. Así, si Halcrow se equivocó su conducta resulta vinculante tanto para Acuacar como para el Distrito quienes deben asumir las consecuencias de los errores y negligencias de sus mandatarios.

1394

II.1.8. Se niega. No le consta a EDTMC. En todo caso Halcrow no es parte del contrato celebrado entre el Distrito y EDTMC y por eso cualquier controversia entre el Distrito y Halcrow corresponde a un proceso diferente. Se trata de una pretensión respecto de la cual no tiene competencia el juez administrativo. Adicionalmente al parecer las partes de dicho contrato sostuvieron un proceso arbitral que hizo tránsito a cosa juzgada. Si un agente le causa perjuicios al mandante, un tercero no tiene porqué verse afectado por la negligencia del mandatario. Una vez más, si el Distrito celebra un Acuerdo de Acuerdo Directo en el que se declara indemne por los hechos del 2 de diciembre del 2010 carece de acción alguna para reclamar perjuicios.

II.1.9. Se niega. No le consta a EDTMC. Acuacar no es parte del contrato celebrado entre el Distrito y Halcrow y en su condición de mandatario carece de acción propia alguna. Si Halcrow como agente de Acuacar fue negligente, las consecuencias de esa negligencia afectan al mandante.

II.1.10. Se niega. No le consta a EDTMC. En todo caso Halcrow no es parte del contrato celebrado entre el Distrito y EDTMC y por eso cualquier controversia entre el Distrito y Halcrow corresponde a un proceso diferente. Se trata de una pretensión respecto de la cual no tiene competencia el juez administrativo. Adicionalmente al parecer las partes de dicho contrato sostuvieron un proceso arbitral que hizo tránsito a cosa juzgada.

II.1.11. Se niega. El Distrito en virtud del Acuerdo de Arreglo Directo suscrito con Aguas de Cartagena el 17 de febrero del 2011 le puso fin a cualquier controversia relacionada con el contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008 mediante transacción que hace tránsito a cosa juzgada. No es el juez administrativo el competente para conocer de esta pretensión. El Distrito en virtud del Acuerdo de Arreglo Directo se declaró indemne y dispuso de sus acciones relacionadas con los hechos del 2 de diciembre del 2010 mediante transacción que hizo tránsito a cosa juzgada.

II.1.12. Se niega. Acuacar actuó en todo momento como mandatario y carece de acciones propias. Un contrato sólo produce efectos entre sus partes. El juez administrativo carece de jurisdicción y competencia para conocer de la controversia que pueda surgir de un contrato de transporte marítimo entre

particulares, como sería un contrato entre EDTMC y OTM. No hay daños que indemnizar al Distrito.

1395
II.1.13. Se niega. Acuacar, en su condición de Jefe de Obra, y Halcrow como interventor reconocieron el cumplimiento de las principales obligaciones del contrato por parte del consorcio EDTMC y por eso en su oportunidad se realizaron los pagos correspondientes luego de verificar avances de obra. En virtud de lo dispuesto por la cláusula 50 de las Condiciones Generales del contrato, si EDTMC luego de conocer la posición del Jefe de Obra no elevaba la controversia al conciliador ni iniciaba arbitraje **“todo proceso de reclamación ante cualquier instancia será entonces improcedente”**. Esta pretensión demuestra la conducta indebida por parte del Jefe de Obra quien desconociendo lo acordado contractualmente pretendió hacerse justicia por mano propia imponiendo multas improcedentes. Puede acaso válidamente meses después pretender legitimar multas que nunca se impusieron durante la vigencia y ejecución del contrato?

II.1.14. Se niega. Acuacar, en su condición de Jefe de Obra actuó en todo momento como mandatario y en esa calidad no podía sufrir perjuicio alguno. Acuacar debe asumir las consecuencias de su negligencia como Jefe de Obra. Si la negligencia de Acuacar como JEFE DE OBRA y agente del Distrito le causó perjuicios al Distrito, el Distrito carecía de acción contra el contratista. Al transar “con ocasión de todos los hechos relacionados con el incidente del 2 de diciembre del 2010” y declararse indemne, el Distrito dispuso de sus acciones mediante contrato que hizo tránsito a cosa juzgada. Si para el Distrito su agente fue responsable, ese agente no puede invocar su propia culpa para pretender pago alguno de terceros.

II.1.15. Se niega. Si hubo costos adicionales se debió a la conducta negligente de tanto el Distrito como Acuacar.

II.1.16. Se niega. Como no hay lugar a ordenar indemnización alguna consecuencia lógica es que no hay obligación alguna que indexar.

II.1.17. Se niega. Debe condenarse en costas y agencias en derecho a los demandantes.

A las denominadas pretensiones subsidiarias:

II.2.1. Se niega. El Distrito en virtud del Acuerdo de Arreglo Directo suscrito con Aguas de Cartagena el 17 de febrero del 2011 le puso fin a cualquier controversia relacionada con el contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008

mediante transacción que hizo tránsito a cosa juzgada. No es el juez administrativo el competente para conocer de esta pretensión pues como se ha explicado en virtud de los contratos celebrados las partes acordaron mecanismos de solución de controversias que excluyeron la competencia y jurisdicción de los jueces administrativos. 1396

II.2.2. Se niega. Acuacar en su condición de mandatario no fue parte del contrato y carece de acción alguna para reclamar perjuicios. Al celebrar el Acuerdo de Arreglo Directo suscrito entre Aguas de Cartagena y el Distrito el 17 de febrero del 2011 Acuacar se hizo responsable por el incumplimiento de sus obligaciones como ejecutor del proyecto y Jefe de Obra. No puede ahora invocar su propia culpa para pretender responsabilizar a un tercero, máxime cuando su actuación durante la ejecución del contrato fue la de ir aprobando los pagos al comprobar el progreso en la ejecución de los trabajos.

II.2.3. Se niega. Acuacar es exclusivamente responsable de su negligencia como Jefe de Obra. Si en virtud de un Acuerdo de Arreglo Directo con el Distrito, Acuacar como Jefe de Obra reconoció su responsabilidad y se obligó a realizar ciertas obligaciones mal puede pretender trasladar lo que es consecuencia de su acuerdo de voluntades a un tercero.

II.2.4. Se niega. Acuacar es exclusivamente responsable de su negligencia como Jefe de Obra. Si Halcrow fue negligente, como quiera que Halcrow actuó como agente de Acuacar y del Distrito, esa negligencia solo podría predicarse de éstos. Si en virtud de un Acuerdo de Arreglo Directo con el Distrito, Acuacar como Jefe de Obra reconoció su responsabilidad y se obligó a realizar ciertas obligaciones mal puede pretender trasladar lo que es consecuencia de su acuerdo de voluntades a un tercero.

III. Hechos de la defensa

1. Son partes del Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 únicamente el Distrito y EDTMC. El Distrito como parte designó a Aguas de Cartagena como JEFE DE OBRA y para actuar en su nombre y representación.⁷

2. Bajo el Contrato de Obra Civil mencionado, en su calidad de JEFE DE OBRA y actuando a nombre y en representación del Distrito, AGUAS DE CARTAGENA tenía múltiples **obligaciones esenciales como ejecutor del proyecto:**

⁷ Ver cláusula 2 de las Condiciones Generales (El Jefe de Obra es la persona física o jurídica que, por su competencia técnica, ha sido encargada por el Contratante de dirigir y supervisar la ejecución de las obras y de proponer su recepción y pago; si es una persona jurídica, la expresión designa asimismo a la persona física que es la única autorizada para representarla, entre otras cosas, para firmar las órdenes de ejecución) y cláusula 1.3. de las Condiciones Especiales (Jefe de Obra: Aguas de Cartagena).

1397

- elaborar y firmar las "órdenes de ejecución"⁸
- dirigir y supervisar la ejecución de las obras.⁹
- proponer la recepción y PAGO de las obras.¹⁰
- verificar los trabajos efectuados¹¹ y elaborar un Acta de Certificación.¹²
- evaluar las estimaciones de cuentas mensuales¹³ y modificarla si es preciso.¹⁴
- preparar la estimación de la cuenta general.¹⁵
- permitir la modificación de plazos y sustitución de obras.¹⁶
- imponer multas por retrasos.¹⁷
- tomar decisiones en materia de pruebas o ensayos.¹⁸
- decidir si los materiales de construcción pueden o no ser utilizados.¹⁹
- aprobar el programa de ejecución de los trabajos y hacer las exigencias necesarias si no considera que corresponde a lo aprobado.²⁰
- ordenar cambios cuando detecte defecto de construcción.²¹

3. En virtud del contrato celebrado entre el Distrito y Acuacar de fecha 29 de noviembre de 1999, Acuacar adquirió importantísimas obligaciones con el Distrito, incluyendo: "**ejecutar el proyecto y la interventoría** cumpliendo con las obligaciones del Convenio del Proyecto",²² "**realizar la coordinación general del proyecto y desarrollar sus operaciones**"²³, "adquirir y mantener con aseguradoras responsables las pólizas de seguros que ofrezcan protección contra riesgos en los montos correspondientes a las debidas prácticas"²⁴, "preparar un informe de gestión del proyecto".²⁵

4. El Distrito y Acuacar acordaron expresamente "que en el evento en que surjan diferencias entre ellas por razón o con ocasión del presente contrato, las

⁸ Ver cláusulas 2.1. y 5.7.1. de las Condiciones Generales del Contrato.
⁹ Ver cláusula 2.1. de las Condiciones Generales.
¹⁰ Ver cláusula 2.1. de las Condiciones Generales.
¹¹ Ver cláusula 12.2 de las Condiciones Generales
¹² Ver cláusula 12.4. de las Condiciones Generales.
¹³ Ver cláusula 13.1.3. de las Condiciones Generales.
¹⁴ Ver cláusula 13.2.2. de las Condiciones Generales
¹⁵ Ver cláusula 13.4.1. de las Condiciones Generales.
¹⁶ Ver cláusula 19.1.1. de las Condiciones Generales.
¹⁷ Ver cláusula 20.1. de las Condiciones Generales.
¹⁸ Ver cláusula 24.3. de las Condiciones Generales.
¹⁹ Ver cláusula 24.3. de las Condiciones Generales.
²⁰ Ver cláusula 28.2. de las Condiciones Generales.
²¹ Ver cláusula 39.1. de las Condiciones Generales.
²² Ver Cláusula Tercera del Convenio de Préstamo Subsidiario entre el Distrito y Acuacar, documento aportado por los demandantes (folio 000017)
²³ Ver Cláusula Tercera B.2. del Convenio de Préstamo Subsidiario entre el Distrito y Acuacar, documento aportado por los demandantes (folio 000018)
²⁴ Ver Cláusula Tercera B.4. del Convenio de Préstamo Subsidiario entre el Distrito y Acuacar, documento aportado por los demandantes (folio 000018)
²⁵ Ver Cláusula Tercera B.12 del Convenio de Préstamo Subsidiario entre el Distrito y Acuacar, documento aportado por los demandantes (folio 000019)

mismas buscarán mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa, la amigable composición o la conciliación. ..En el evento de que no se llegue a una solución de las diferencias, éstas se someterán a la decisión de un **Tribunal de Arbitramento.**²⁶ Así, **por su acuerdo de voluntades sustrajeron del conocimiento de los jueces Colombianos hechos como los ocurridos el 2 de diciembre del 2010.**

1398

5. Las partes del contrato de Consultoría Consul No. 02-BM-2008 son exclusivamente el Distrito y Halcrow Group Limited. En virtud del contrato de servicios de consultoría celebrado entre el Distrito y Halcrow,²⁷ Aguas de Cartagena actuó como **MANDATARIO del Distrito**²⁸ y **Halcrow actuó como “asesor legal del Contratante** (el Distrito) y en todo momento deberá proteger y defender los intereses legítimos del Contratante en los acuerdos a que llegue con el subconsultor o con terceros.²⁹ Y específicamente dispuso la cláusula 2.1. del Apéndice IV del mismo contrato lo siguiente: “La interventoría del proyecto de Construcción emisario submarino de Cartagena **tiene el objeto de REPRESENTAR A AGUAS DE CARTAGENA,** supervisar, controlar las actividades del contratista para asegurar que el proyecto sea ejecutado de acuerdo con las especificaciones.

6. Durante un plazo superior a los dieciocho meses EDTMC estuvo en Cartagena ejecutando la obra contratada de conformidad con las INSTRUCCIONES DEL JEFE DE OBRA y bajo la supervisión del interventor Halcrow.

7. Entre junio del 2009 y el 29 Octubre del 2010 Aguas de Cartagena, en cumplimiento de sus obligaciones como JEFE DE OBRA, luego de **supervisar la obra ejecutada y recibir la aprobación del interventor** como su representante y por ende actuando a nombre del Distrito, aprobó y realizó pagos que únicamente confirman el cumplimiento de obligaciones por parte de EDTMC.³⁰ En la parte izquierda de las correspondientes Actas de Pago elaboradas con autonomía e independencia por AGUAS DE CARTAGENA y aprobadas y supervisadas por HALCROW se describen en detalle las características de la obra ejecutada³¹ sin la cuál no habría sido posible realizar pago alguno.

²⁶ Ver Cláusula Quinta del Convenio de Préstamo Subsidiario entre el Distrito y Acuacar, documento aportado por los demandantes (folio 000020)

²⁷ Ver Contrato No. CONSUL-02-BM-2008.

²⁸ Dispone el encabezado del contrato: “Aguas de Cartagena ..que para todos los efectos del presente contrato, actúa en nombre y representación del Distrito”.

²⁹ Ver Cláusula 3.1. de las Condiciones Generales del Contrato No. CONSUL-02-BM-2008

³⁰ Ver 13 actas de pago aportadas por los demandantes

³¹ Entre otras de conformidad con lo relacionado en dichas actas de pago, se confirma la ejecución de las siguientes obras: “Fabricar, entregar y almacenar tubería PEAD y piezas de 2,000 mm diámetro nominal externo; Fabricar, entregar y almacenar tubería PEAD y piezas de 21000 mm diámetro nominal externo; Fabricar, entregar y almacenar accesorios marítimos; construcción y remoción de camino temporal de acceso en zona de playa; instalación de tablestacas y excavación del suelo en la estación KID en zona de playa; fabricar y probar el lastre tipo A; fabricar y probar el lastre tipo B; fabricar y probar el lastre tipo C; trabajos de ensamble de los segmentos de

8. El 29 de octubre del 2010 Luis Alfonso Pinzón, gerente de proyectos de Aguas de Cartagena, y Gregorio Otero, jefe de interventoría de Aguas de Cartagena, al firmar y aprobar el acta de pago No. 13 certifican un avance físico de la obra en un 79.7%.

1399

9. El 29 de octubre del 2010, Manuel Pérez, representante de Halcrow quién actúa como representante de Aguas de Cartagena (Jefe de Obra) y por ende en representación del Distrito, confirma mediante la suscripción del Acta de Pago No 13 que la obra se había ejecutado conforme a las especificaciones e instrucciones del jefe de obra.

10. En trece oportunidades Luis Alfonso Pinzón, gerente de proyectos de Aguas de Cartagena, José Cabrales, subgerente de proyectos cofinanciados de Aguas de Cartagena, Gregorio Otero, jefe de interventoría de Aguas de Cartagena, y Manuel Pérez (representante de Halcrow quién actúa como representante de Aguas de Cartagena (Jefe de Obra) y por ende en representación del Distrito) al firmar y aprobar las acta de pago verificaron y certificaron el cumplimiento del contrato por parte de EDTMC.

11. Cuando actuando a nombre del Distrito Acuacar realizó pagos a la interventoría Halcrow, únicamente pudo hacerlo válidamente al concluir que ésta cumplía con sus obligaciones como interventor del contrato.³²

12. Mediante el acta de pago número 2 Acuacar realizó el pago de la tubería transportada a la ciudad de Cartagena y los pagos de aranceles, impuestos, gastos de aduana y documentos de nacionalización correspondientes. Este pago se verificó de conformidad con la modificación acordada entre el DISTRITO y EDTMC el 3 de marzo del 2009 en la que textualmente se afirma lo siguiente:

“El contratista ha solicitado el cambio en la forma de pago del contrato renunciando al anticipo previsto en el contrato y solicitando se realicen los pagos a medida en que se vaya (sic) facturando los distintos ítems que conforman el contrato, previo recibo a satisfacción por parte del interventor del contrato. El pago de la tubería a ser instalada para el emisario submarino, será igualmente pagada a su arribo a Cartagena (sic), una vez sea recibida a satisfacción por la interventoría y AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. previo cumplimiento de los requisitos de legalización de la tubería.”³³

tubería; instalación de lastres tipo A; instalación de lastres tipo B; instalación e lastres tipo C; excavar y mantener la trinchera para tubería PEAD; preparar el lecho marino a lo largo de la ruta de la tubería; transportar e instalar tubería PEAD de 2000 mmm de diámetro nominal con lastres desde la estación KID hasta estación KID 3-813”

³² Ver actas de pago a Halcrow aportadas por los demandantes.

³³ Ver Contrato Modificatorio No. 1 al Contrato de Obra Civil No. ALC-01-Bm-2008 suscrito el 3 de marzo del 2009 y que los demandantes presentan como prueba.

13. Acordaron el Distrito y EDTMC en virtud de la cláusula 41.8 de las Condiciones Generales del Contrato dos modalidades de recepción, una provisional y otra definitiva. Dispone textualmente la cláusula 41.8 de las condiciones generales:

1400

“41.8. La recepción provisional implica la transferencia de la propiedad y de los riesgos al Contratante

14. De conformidad con lo pactado en el contrato, a la llegada de la tubería a Cartagena Acuacar y Halcrow verificaran las siguientes condiciones: llegada del tubo a Cartagena, RECIBO A SATISFACCION POR LA INTERVENTORIA³⁴, RECIBO A SATISFACCION POR AGUAS DE CARTAGENA, LEGALIZACION DE LA TUBERIA, y por eso se aprobó y realizó el pago correspondiente a EDTMC.

15. EDTMC cumplió estrictamente con los diseños y las especificaciones de la sociedad Hazen & Sawyer contratada para realizar el diseño del emisario³⁵.

16. El 26 de noviembre del 2010, a pocos días del traslado de la tubería y luego de meses de trabajo por parte de EDTMC, la posición de Aguas de Cartagena no era la de reprochar por incumplimiento alguno. Por el contrario, luego de presentado el plan para el traslado de la tubería ante representantes de Aguas de Cartagena, de la interventoría y de la Capitanía de Puerto, Luis Alfonso Pinzón Corcho, gerente de proyectos de Aguas de Cartagena recordó que “la interventoría no señaló ningún impedimento ni problema, ni hizo ninguna o No Conformidad que la tubería presentaba problemas o riesgos, o que faltaban de acuerdo al contrato documentos, o que faltaban documentos técnicos o memorias de cálculo o pruebas o que había pendientes, ni solicitó la suspensión de las maniobras de transporte, lanzamiento e instalación del emisario”³⁶. Es más Luis Alfonso Pinzón le envió un correo electrónico a EDTMC en el que expresamente dijo:

“Apreciado Tamir:

Felicitaciones a Usted y a Miki por una presentación fabulosa. Miki me dijo que le pidiera que me envíen la presentación. Le agradezco si me la envía lo más pronto posible.

Luis Pinzón”³⁷

³⁴ El 16 de julio del 2009, Halcrow Group Limited, en su calidad de interventor y actuando a nombre del Distrito certificó la llegada de la tubería a Cartagena de conformidad con las especificaciones acordadas.

³⁵ En declaración ante la Contraloría Distrital Luis Alfonso Pinzón Gerente de proyectos de Acuacar reconoció que el diseño del proyecto fue realizado por Hazen & Sawyer. Ver declaración de fecha 15 de octubre del 2011.

³⁶ Ver declaración de Luis Alfonso Pinzón ante la Contraloría Distrital de fecha 15 de octubre del 2011.

³⁷ El texto del correo electrónico enviado fue el siguiente:

“From: Luis Alfonso Pinzón Corcho [mailto:LPINZON@acuacar.com]

Sent: Friday, November 26, 2010 8:29 AM

17. Durante las labores de traslado de la tubería se requirió la asistencia del remolcador Sea Trout pero hubo problemas para que la capitania de puerto autorizara la operación y salida del mismo.³⁸

1401

18. El 14 de febrero del 2011 el Distrito le presentó un reclamo a Aguas de Cartagena por el incumplimiento de sus obligaciones como ejecutor del proyecto.

19. El Distrito y Acuacar, que contractualmente acordaron resolver sus diferencias de conformidad con la cláusula correspondiente de su contrato, y en la que pactaron TRIBUNAL ARBITRAL, en aplicación de su contrato, el 17 de febrero del 2011 celebraron un Acuerdo de Arreglo Directo en virtud del cual el **Distrito dispuso de sus acciones relacionadas con los hechos del 2 de diciembre del 2010 mediante una transacción que hizo tránsito a cosa juzgada.**

20. Para el 2 de marzo del 2011 Aguas de Cartagena reconoció que las causas del incidente del 2 de diciembre del 2010 no habían podido ser determinadas. Afirmó en la comunicación GER ACT 04448 “ustedes anotan que es de suma importancia conocer las causas del accidente, LO CUAL ES CIERTO”.³⁹ Así, Aguas de Cartagena reconoció que desconocía las causas del accidente y que el mismo podía atribuirse a circunstancias de fuerza mayor. En esa misma correspondencia Acuacar reconoce que el contrato es un contrato de derecho privado que se somete a las normas del derecho privado.⁴⁰

21. Declarando ante la Contraloría Distrital de Cartagena el 15 de octubre del 2011 Luis Alfonso Pinzón se refirió a las presentaciones realizadas los días 24, 25 y 26 de noviembre en el hotel Almirante Estelar de Cartagena a la que según él “asistieron todas las partes interesadas” y de la cuál concluyó: “Quiero destacar que durante las reuniones de los días 24, 25 y 26 de noviembre, la interventoría no señaló ningún impedimento ni problema, NO HIZO NINGUNA OBJECION o NO CONFORMIDAD, o que la tubería presentaba problemas o

To: Tamir Frydenrych

Cc: Miki Peleg

Subject: Request

Dear Tamir,

Congratulations to you and Miki for a superb presentation. Miki told me to ask you please to forward the presentation, I certainly appreciate if you send it to me as soon as possible.

Regards,

Luis A. Pinzon

Project and Works Manager

Aguas de Cartagena

57 5 6622727 ext 650”

³⁸ Ver declaración de Luis Alfonso Pinzón ante la Contraloría Distrital de fecha 15 de octubre del 2011.

³⁹ Ver Carta de Aguas de Cartagena a EDTMC de fecha 2 de marzo del 2011 identificada como GER-ACT-04448

⁴⁰ Ver Carta de Aguas de Cartagena a EDTMC de fecha 2 de marzo del 2011 identificada como GER-ACT-04448.

riesgos, o que faltaban de acuerdo al contrato documentos, o que faltaban documentos técnicos o memorias de cálculo o pruebas o que había pendientes, ni solicitó la suspensión de las maniobras de transporte, lanzamiento e instalación del emisario."⁴¹

1402

22. Aguas de Cartagena, en su condición de Jefe de Obra, con autonomía e independencia resolvió realizar de manera directa labores de salvamento por las que es exclusivamente responsable.

23. El 25 de octubre del 2011 Francisco Pérez gerente de Aguas de Cartagena declaró: "Al momento de ocurrencia del incidente, se habían realizado desembolsos por 75% del valor total, en razón a que LA OBRA SE ENCONTRABA AVANZADA HASTA ESE PUNTO".⁴² Esto confirma el cumplimiento de obligaciones por parte de EDTMC.

24. El 15 de octubre del 2011 Luis Alfonso Pinzón, representante de Aguas de Cartagena declaró "los pagos de las cuentas se efectuaban según las estipulaciones del contrato estándar establecido por el Banco, que **establecía un esquema de pagos parciales por avances de obra de acuerdo a los trabajos realizados y las cantidades verificadas por la interventoría.** En este sentido, remito para mayor precisión a las cláusulas de las Condiciones Generales del Contrato que establecen y regulan claramente el tema de **los pagos basados en las actas de obra parciales que se tenían a nivel mensual.** Teniendo en cuenta lo anterior en cuanto a la realización de pagos por avances de obra, es que **al momento de ocurrencia del grave incidente, es que se explica que los pagos realizados hasta esa fecha correspondían a los avances de obra y actas parciales que correspondían a lo que se había avanzado para ese momento y era más del 70%.** Cabe señalar que **las verificaciones relativas a los trabajos y las cantidades de obra y actividades realizadas se llevaban a cabo por parte de la interventoría.** Para **Acuacar como parte contratante debía realizar los pagos por avance de obra ejecutada y cantidades de obra y los trabajos realizados una vez verificados y certificados por la interventoría.**"⁴³

25. El 31 de octubre del 2011 otro representante legal de Aguas de Cartagena, Gustavo Robledo Villegas, confirmó que los pagos únicamente se realizaron

⁴¹ Ver declaración de Luis Pinzón de fecha 15 de octubre del 2011 ante la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

⁴² Ver Declaración de Francisco Pérez de fecha 25 de Octubre del 2011 ante la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias. (página 3 de la declaración)

⁴³ Ver Declaración en versión libre y espontánea de Luis Alfonso Pinzón de fecha 15 de octubre del 2011 ante la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias (página 5 de la declaración que se adjunta como Anexo 16).

porque se había verificado el correspondiente AVANCE DE OBRA, es decir el cumplimiento de obligaciones por parte de EDTMC: "Lo que si puedo decir es que las actas que se pagaban estaban siempre justificadas y revisadas por la interventoría especializada de Halcrow, cumpliendo con lo establecido en los procedimientos de pago fijados en el contrato con la metodología exigida por el Banco Mundial. Las cuales eran de avance de obra, avanzado el proyecto se pagaba proporcionalmente de acuerdo a lo establecido en el contrato."⁴⁴

1403

IV. Excepciones

4.1. Falta de Jurisdicción

Disponen el artículo 100.1. del Código General del Proceso que el demandado puede alegar como excepción previa la falta de jurisdicción.

El Distrito y Acuacar interpusieron demanda por controversias contractuales relacionadas con dos contratos distintos, como se relaciona en los poderes otorgados por los dos demandantes, el Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 y el contrato de interventoría CONSUL-02-BM-2008. Aunque las partes de los dos contratos, las relaciones que surgen de las mismas y sus objetos son distintos, en cada uno de esos contratos se acordó someter las diferencias relacionadas con los mismos al mecanismo de solución de conflictos en ellos establecido.

4.1.1. Lo acordado en el Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008

El Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 se celebró entre el Distrito y EDTMC. La sociedad Acuacar no es parte de ese contrato y actúa como mandatario del Distrito, en su nombre y representación.⁴⁵

Dispuso la cláusula 50 de las Condiciones Generales del contrato lo acordado por las partes en materia de solución de controversias. Las normas acordadas entre las partes contemplan la posibilidad de controversias entre el Jefe de Obra (Acuacar) y el contratista (EDTMC) y disponen la **intervención de un CONCILIADOR** y el **Arbitraje**.⁴⁶ Las Condiciones Especiales del Contrato, en

⁴⁴ Ver Declaración en versión libre y espontánea de Gustavo Robledo de fecha 31 de octubre del 2011 ante la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias (páginas 1-2 de la declaración que se aporta como Anexo 18).

⁴⁵ Esto lo confirma el texto mismo de la demanda cuando dice: "El Distrito ha sido **representado por** la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. Acuacar **Acuacar ha actuado como representante del Distrito** en su condición de ejecutor del proyecto" ... "Acuacar en nombre y representación del Distrito suscribió todos los contratos de obra que demandaba el proyecto" (ver página 2 de la demanda).

⁴⁶ Ver Cláusula 50 de las Condiciones Generales del Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008.

su cláusula 24 determinaron la autoridad encargada de designar el conciliador y el centro arbitral que podría conocer de las controversias.

Como en virtud del contrato celebrado entre el Distrito y EDTMC se acordó expresamente el mecanismo de solución de controversias contractuales excluyendo que dichas diferencias se ventilaran ante los jueces locales, el Tribunal Administrativo de Bolívar carece de jurisdicción para conocer de la presente controversia.

Como lo indica la demanda, los contratos celebrados fueron el producto de un crédito otorgado por el Banco Mundial y por ello se sometían a un régimen especial propio del Banco⁴⁷. En ese tipo de contratación el país receptor acuerda someter los contratos celebrados a un régimen favorable a la inversión internacional que contempla la solución de controversias ante tribunales arbitrales y de conformidad con lo expresamente acordado por las partes del contrato. Es preciso que el Tribunal tenga presente que no se trató de contratos administrativos celebrados en el marco de las normas colombianas de la contratación propia de los entes estatales. Ni siquiera las relaciones entre el Distrito y Acuar de las que habría podido conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo se sometieron a esa jurisdicción y expresamente las partes acordaron resolver sus diferencias mediante un tribunal arbitral.⁴⁸ Todos los contratos celebrados a nombre del Distrito se sometieron a las normas del derecho privado y la solución de controversias a mecanismos alternos de solución de conflictos que expresamente excluyeron el conocimiento por parte de jueces colombianos, precisamente para atraer inversionistas extranjeros.

Es evidente que el propósito de la cláusula 50 de las Condiciones Generales del Contrato era someter las diferencias a un foro diferente al de los jueces y tribunales de Colombia. El Anexo 1 del Convenio del Proyecto correspondiente al Préstamo 4507-CO suscrito entre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. el 10 de diciembre de 1999⁴⁹ establece que los bienes y obras serán adquiridos de conformidad con las "Pautas para Adquisiciones según las normas de los préstamos del BIRF y los créditos de la AFI publicados por el Banco en enero de 1995, revisadas en

⁴⁷ Dice la demanda: "las obras del emisor submarino y la interventoría debían contratarse de acuerdo con procedimientos especiales establecidos por el Banco" (ver página 13 de la demanda)

⁴⁸ Ver Convenio de Préstamo Subsidiario entre el Distrito y Acuar. Cláusula Quinta. Documento aportado por los demandantes y donde se pactó cláusula arbitral (tribunal de arbitramento).

⁴⁹ Documento que se relaciona como prueba aportada por los demandantes

enero y agosto de 1996, septiembre de 1997 y enero de 1999, conocidas como "las Pautas". (The Guidelines)

1405

Dispone la sección 2.42 de las pautas que obligatoriamente deben cumplir las entidades que solicitan un préstamo al Banco Mundial lo siguiente:

"Leyes aplicables y arreglo de diferencias"

2.42 En las condiciones del contrato deberán incluirse estipulaciones acerca de las leyes aplicables y del foro para el arreglo de diferencias. El arbitraje comercial internacional puede tener ventajas prácticas respecto a otros métodos para el arreglo de diferencias. Por lo tanto, se recomienda a los Prestatarios que estipulen esta modalidad de arbitraje en los contratos para la adquisición de bienes y construcción de obras. No deberá nombrarse al Banco como árbitro ni pedírsele que designe uno. En el caso de los contratos de obras, de suministro de bienes e instalaciones, así como en el de contratos llave en mano, las disposiciones relativas al arreglo de diferencias comprenderán también mecanismos tales como juntas de examinadores de diferencias o conciliadores, a quienes se designa con el objeto de permitir una solución más rápida de las diferencias.⁵⁰

Por eso el Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 contempló específicamente una cláusula compromisoria por lo que **el conocimiento de las controversias planteadas en la demanda se excluyó del conocimiento de los tribunales colombianos.**

Lo acordado en el Contrato refleja el cumplimiento del requisito exigido por el Banco Mundial y permite concluir que **no son los jueces colombianos quienes tienen competencia para conocer cualquier diferencia relacionada con el contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008** ya que las partes contemplaron expresamente un mecanismo para la solución de controversias.

4.1.2. Lo acordado en el Contrato de Servicios de Consultoría celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Halcrow Group Ltd.

De conformidad con la prueba aportada por los demandantes, el 5 de noviembre del 2008 se suscribió un contrato de consultoría entre el Distrito y Halcrow.⁵¹ En dicho contrato se acordó que **Acuacar actúa a nombre y por cuenta del Distrito.**⁵² Debe advertirse que **EDTMC no es parte de este contrato.** Así, dentro de un proceso de naturaleza contractual cuyo objeto fuera analizar si el Distrito y EDTMC cumplieron o no con sus obligaciones, **no serían, ni podrían ser partes ni Acuacar ni Halcrow.** Estas dos sociedades intervinieron en su condición de representantes o agentes del Distrito. Por esa

⁵⁰ Se adjunta como anexo para ser tenido como prueba copia de la sección 2.42 de las Normas del BIRF.

⁵¹ Prueba aportada por los demandantes y designada con el número de folio 002945.

⁵² "Que ACUACAR actúa para todos los efectos del presente contrato en nombre y representación del Distrito" ver página 1 del contrato CONSUL-02-BM-2008

razón, si el Distrito considera que Halcrow incumplió sus obligaciones, ese debate es propio y exclusivo del contrato que vincula al Distrito con Halcrow y en el mismo nada tiene que ver EDTMC.

1406

La cláusula 7. de las Condiciones Generales del contrato de consultoría entre el Distrito y Halcrow contempló **normas especiales en materia de solución de controversias.** La cláusula 7.2 de las Condiciones Especiales de ese contrato dispuso:

“Se utilizarán los **procedimientos de arbitraje** del Centro de Arbitraje y Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena.”⁵³

Se advierte que aunque la cláusula de solución de controversias acordada entre el Distrito y Halcrow es de un contenido muy distinto a la acordada entre el Distrito y el Consorcio EDTMC, lo que si existe en común es que en los dos casos, **cumpliendo con las pautas del Banco Mundial, se acordó un foro especial y un mecanismo especial para la solución de controversias, excluyendo del conocimiento a los jueces colombianos.**

Por lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativo carece de jurisdicción para conocer la controversia planteada por el Distrito y Acuacar ya que el primero **expresamente acordó excluir de su conocimiento a los jueces colombianos.**

-Falta de jurisdicción y falta de competencia de los jueces administrativos.

La demanda plantea una acción que denomina de “reparación directa” con el fin de reclamar indemnización de perjuicios extracontractuales contra EDTMC, Halcrow y OTM con ocasión del incidente del 2 de diciembre del 2010⁵⁴. Como la acción de reparación directa **únicamente permite reclamar perjuicios por la actividad ilícita de la administración, de sus agentes o de particulares que ejercen función pública,** no es el juez administrativo el competente para conocer de una acción de responsabilidad civil extracontractual propia del conocimiento de los jueces ordinarios.

La acción consagrada en el artículo 140 de la ley 1437 del 2011 permite reclamar perjuicios causados por **la acción u omisión de los AGENTES DEL ESTADO. Ni EDTMC, ni Halcrow, ni OTM son AGENTES DEL ESTADO y**

⁵³ Ver Cláusula 7.2. Condiciones Especiales del Contrato Consul-02-BM-2008. Página 16.

⁵⁴ Ver la segunda pretensión bajo el párrafo II.1.2.

nunca actuaron a nombre del Estado ni en ejercicio de funciones administrativas.

1407

De las acciones de reparación directa, por tratarse de daños atribuibles al Estado conocen los jueces administrativos. No es el caso de una acción impropia denominada de "reparación directa" que se ejerce contra un particular contratado para realizar una obra y que no actúa a nombre del estado ni en ejercicio de función pública alguna.

La acción de reparación directa es el mecanismo que en el derecho Colombiano hace efectivo lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución.⁵⁵ Se trata de las acciones para que **EL ESTADO** responda de las conductas que generen responsabilidad extracontractual. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido que procede la acción de reparación directa cuando el "perjuicio **tuvo origen en una actividad ilícita de la administración**"⁵⁶ Los presupuestos indispensables de la acción de reparación directa son: 1. La existencia de un daño antijurídico, 2. **Que ese daño le sea imputable a una ENTIDAD PUBLICA** y 3. Que exista relación de causalidad.⁵⁷ La acción de reparación directa se utiliza para controlar HECHOS y OMISIONES ADMINISTRATIVAS.

La naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la de determinar si existe o no **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO** con ocasión de **actos o hechos administrativos**.⁵⁸

Lo ha reiterado el Consejo de Estado: "En relación con la acción de reparación directa, si bien inicialmente se estructuró bajo la idea de la responsabilidad por el "hecho administrativo" la jurisprudencia se construyó sobre la del derecho a la reparación del daño causado **por la actividad del Estado.**"

El artículo 2 de la ley 1437 del 2011 lo confirma cuando dispone que sus disposiciones se aplican a los órganos del Estado y excepcionalmente a los particulares **"CUANDO CUMPLAN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS."** Lo reitera el parágrafo del artículo 175 cuando exige que "la entidad pública

⁵⁵ "ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

⁵⁶ Ver Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia 16421 del 8 de marzo del 2007. Ponente Ruth Stella Correa y sentencia del 17 de noviembre de 1967.

⁵⁷ Ver Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 12 de mayo del 2011. Ponente Hernán Andrade Rincón. Radicación 19001-23-31-000-1997-01042 (19835). Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995. Ver también Corte Constitucional sentencias C-644/11; C-333/96; C-100/2001 y C-892/2001.

⁵⁸ Ver Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 6 de marzo del 2008. Expediente 16075.

demandada o EL PARTICULAR QUE EJERZA FUNCIONES ADMINISTRATIVAS demandado” allegue los antecedentes de la actuación.

1408

Todo lo anterior se confirma mediante el artículo 104 cuando dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer controversias originadas en contratos, hechos y omisiones **ADMINISTRATIVOS** en los que estén involucradas las ENTIDADES PUBLICAS o los particulares **CUANDO EJERZAN FUNCION ADMINISTRATIVA.**

NINGUNO DE LOS CONTRATOS INVOLUCRADOS tiene la naturaleza de un contrato administrativo. **Ni EDTMC, ni Halcrow Group Ltd, ni OTM son entidades estatales. Ni el Consorcio EDTMC, ni Halcrow ni OTM ejercieron en este caso función administrativa alguna.** En caso de que alguno de ellos causara perjuicios a otro de naturaleza extracontractual, el juez competente para conocer y tramitar esos procesos es el juez ordinario. Por eso el artículo 28 del Código General del Proceso establece el factor territorial de competencia del **juez civil** como el del lugar donde ocurrió el hecho.⁵⁹

Así, cuando una sociedad como Aguas de Cartagena plantea como pretensión principal que se condene a EDTMC, a Halcrow y a OTM a indemnizar los perjuicios sufridos por Acuacar con ocasión del incidente del 2 de diciembre del 2010 se trata del ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual que no es del conocimiento de los jueces administrativos sino por el contrario correspondería a los jueces ordinarios. En el caso de EDTMC, como se mencionó anteriormente las partes acordaron una cláusula especial aplicable a la solución de sus controversias.

Expresamente consagra el artículo 105 de la ley 1437 del 2011 que “la jurisdicción de lo contencioso administrativo NO CONOCERA DE LOS SIGUIENTES ASUNTOS: **LAS CONTROVERSIAS RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**”.

El juez administrativo carece de competencia para conocer una acción de responsabilidad extracontractual como la que plantea Aguas de Cartagena cuando se ejerce contra particulares que no ejercieron función administrativa alguna.

Si el hecho de que el demandante sea una entidad pública determinara la naturaleza del proceso, carecería totalmente de sentido lo dispuesto por los artículos 28.9 y 28.10 del Código General del Proceso en virtud del cual son de

⁵⁹ Ver artículo 28.6 del Código General del Proceso.

competencia del juez civil los procesos en los que la nación sea demandante y en los cuales una entidad descentralizada por servicios⁶⁰ (como es el caso de Acuacar) sea parte. Dispone la norma: "conocerá en forma privativa el juez" refiriéndose al juez civil.

1409

No es la calidad de las partes la que determina la competencia de los jueces sino por el contrario la naturaleza del proceso. Cuando se reclama indemnización de perjuicios de un particular mediante una acción extracontractual como la que pretende entablar Aguas de Cartagena, la jurisdicción y competencia no corresponde a los jueces contencioso administrativos sino a los jueces ordinarios, y una vez más siempre que las partes no hayan acordado un mecanismo de solución de controversias.

● **-Falta de jurisdicción para conocer sobre diferencias que surjan de un contrato entre particulares.**

En su demanda, el Distrito y Aguas de Cartagena afirman plantear acciones de "reparación directa y controversias contractuales" "con ocasión de la ejecución del contrato celebrado entre el consorcio chipriota EDTMC y Operaciones Técnicas Marinas OTM S.A.S para el traslado del tubo emisario submarino"⁶¹

Si EDTMC celebró o no un contrato de transporte con la empresa O.T.M. se trataría de una cuestión propia de un contrato comercial de derecho privado de naturaleza marítima entre particulares, es decir sujetos de derecho privado.⁶² Si hubo incumplimiento de obligaciones bajo ese contrato con ocasión de su ejecución únicamente correspondería decidirlo al juez del contrato si las partes contemplaron cláusula arbitral y a los jueces ordinarios si no lo hicieron. Nada tiene que ver un juez administrativo revisando si existe o no un contrato de naturaleza privada, entre empresas privadas.

● En ningún caso y bajo ninguna circunstancia un juez de lo contencioso administrativo tendría competencia para conocer sobre un debate de naturaleza contractual cuando las partes de ese contrato son dos sociedades comerciales de naturaleza privada y el contrato en cuestión es un contrato comercial que se rige por la legislación comercial.

⁶⁰ Ver artículos 28.9 y 28.10 del Código General del Proceso

⁶¹ Ver página I de la demanda.

⁶² Son las normas del Código de Comercio las que regulan todo lo relacionado con los contratos de transporte marítimo.

-Falta de Jurisdicción

1410
Como lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia, el primer análisis que debe hacer el juez "debe ser el de jurisdicción para establecer con precisión si el asunto sometido a su consideración es de aquellos que la ley ha asignado expresamente al conocimiento de la estructura jurisdiccional a la cual pertenece el mismo".⁶³ De igual manera, el Consejo de Estado ha recordado que así se hubiera admitido la demanda, esa deficiencia debe ser corregida **INCLUSO DE OFICIO** por parte del juez cuando se **AFECTEN DE FORMA CLARA Y DIRECTA EL PROCESO Y SU CONTINUACION** por **FALTA DE JURISDICCION**.⁶⁴ En ese mismo proceso el Consejo de Estado recordó que para determinar si existe o no jurisdicción "se impone estudiar la naturaleza del acto acusado y si la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la facultad de ejercer control sobre el mismo."⁶⁵ Recordó el Consejo de Estado que en virtud del artículo 104 de la ley 1437 del 2011 la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer de los **actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones SUJETOS AL DERECHO ADMINISTRATIVO**, en los que estén involucradas las entidades públicas o los **particulares CUANDO EJERZAN FUNCION ADMINISTRATIVA**.⁶⁶

Como lo establece de manera reiterada el Consejo de Estado "la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa surge del hecho de que una controversia **REVISTA CARÁCTER ADMINISTRATIVO**", es decir que surja de potestades inherentes del Estado, proviene del ejercicio de facultades propias del Estado, "circunstancia que podrá presentarse cuando en el proceso sea parte una entidad pública o una persona privada que desempeñe funciones públicas."⁶⁷

Ha recordado en múltiples oportunidades el Consejo de Estado que en esta materia para determinar si el litigio es o no administrativo **SE ABANDONO EL CRITERIO ORGANICO** y en cambio se acogió un criterio material que hace indispensable analizar la naturaleza **DE LA FUNCION QUE ORIGINO EL**

⁶³ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia 17062 del 24 de abril del 2008.

⁶⁴ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 2012-0216, Auto del 6 de noviembre del 2013.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ver Consejo de Estado, sección tercera, auto de fecha 8 de febrero del 2007, expediente 30903, radicación 05001-23-31-000-1997-02637-01

LITIGIO, FUNCION QUE DEBE REVISTIR UNA NATURALEZA PUBLICA. Dijo textualmente el Consejo de Estado:

1411

“De ello se desprende que, cuando la ley se refiere a los litigios administrativos, está abandonando el criterio orgánico para definirlos; no de otra forma se podría entender que la norma exija solamente que la controversia tenga tal naturaleza, sin que importe que la misma se presente con una entidad pública o con una persona privada que desempeñe función pública. Así, el legislador acogió un criterio material que hace menester analizar la naturaleza de la función que originó el litigio, función que debe revestir naturaleza pública.”⁶⁸

Por lo anterior, el Consejo de Estado ha concluido que las controversias de las que es parte una empresa de servicios públicos como Acuar, son propias del conocimiento de los jueces ordinarios. Al analizar este aspecto debe recordarse que la ley 1107 del 2006 fue expresamente derogada por el artículo 309 del CPACA.

Debemos recordar que en virtud del artículo 154 de la ley 1437 del 2011 los jueces administrativos son competentes para conocer de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios **EN LOS CUALES SE INCLUYAN CLAUSULAS EXORBITANTES.** Al respecto deben recordarse dos aspectos: 1. Acuar no es parte de los contratos en los cuales se basa la demanda ya que actuó como mandatario o agente del Distrito y en su representación. Así en virtud de los principios en materia de representación el mandatario no es parte del contrato. 2. En los contratos a los que se refiere el demandante NO SE PACTARON CLAUSULAS EXORBITANTES.⁶⁹ Dichos **contratos no tienen cláusula de caducidad, ni de interpretación o modificación unilaterales** y como se explicó anteriormente la solución de controversias se sometió a disposiciones especiales que excluyeron del conocimiento a los jueces colombianos.

Es evidente que tratándose de responsabilidad extracontractual, como podría ser la eventual responsabilidad de demandados como EDTMC, Halcrow y OTM, por ser éstos personas de derecho privado, que en ningún momento ejercían función pública, en ningún caso el conocimiento de esas pretensiones correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa.

⁶⁸ Ver Consejo de Estado, sección tercera, auto de fecha 8 de febrero del 2007, expediente 30903, radicación 05001-23-31-000-1997-02637-01.

⁶⁹ Los artículos 15 a 18 de la ley 80 de 1993 consagran las denominadas cláusulas exorbitantes que comprenden la interpretación, la modificación y la terminación unilateral o caducidad. Basta revisar el texto del contrato de obra civil celebrado con EDTMC para confirmar que carece de éstas cláusulas y que Acuar, por actuar a nombre y representación del Distrito no es parte.

Cuando se revisa el contenido del artículo 104 de la ley 1437 del 2011 **no se encuentra disposición alguna que le atribuya a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de procesos de responsabilidad extracontractual de particulares que no ejercieron función administrativa alguna.**

1412

Poco importa en este caso la composición accionara de Acuacar ya que para que la jurisdicción contencioso administrativa pudiera conocer de un proceso de RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL sería indispensable que los particulares involucrados ejercieran una FUNCION ADMINISTRATIVA por mandato expreso del artículo 104 de la ley 1437 del 2011.

En este caso, EDTMC, Halcrow y OTM actuaron como sociedades comerciales de derecho privado.

La naturaleza de la acción de reparación directa, como también lo ha explicado el Consejo de Estado es la de que se declare "la responsabilidad administrativa de una entidad pública, con el fin de que asuma los daños patrimoniales causados por hechos u omisiones perjudiciales, debido a las fallas en el servicio. De lo anterior se concluye que la administración pública es el sujeto pasivo de esta acción, en la medida de que la actuación es desplegada por personas o entidades que ejercen FUNCIONES ADMINISTRATIVAS o judiciales, razón por la cual dicha acción tiene uso, cuando se ocasiona un daño, CUYA CAUSA SEA UNA OMISION, HECHOS U OPERACIONES DE LA ADMINISTRACION."⁷⁰

Basta comprobar que en este caso se demanda a sujetos de derecho privado para concluir que no se trata de una verdadera acción de reparación directa y que por lo tanto no corresponde su conocimiento a los jueces administrativos.

Por supuesto que cuando el artículo 140 se refiere a la posibilidad de que entidades públicas se vean afectadas por la actuación de un particular se refiere exclusivamente a los casos en los cuales los particulares actúan en ejercicio de funciones públicas.

Debe recordarse además que Acuacar es una empresa de servicios públicos domiciliarios y que en virtud del artículo 32 de la ley 142 de 1994 estas

⁷⁰ Ver Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria Sentencia 2013-03055 del 11 de diciembre del 2013. Radicación 11001010200020130305500/2154C

empresas se rigen **EXCLUSIVAMENTE POR LAS REGLAS DEL DERECHO PRIVADO**.⁷¹ La propia Acuacar, el 2 de marzo del 2011 afirmó lo siguiente:

1413

“El contratante es Acuacar en representación del Distrito de Cartagena, en virtud de una serie de contratos y convenios que parten de un préstamo otorgado por el Banco Mundial. En Colombia la ley faculta para que se ejecuten esos créditos por el régimen privado y en especial los créditos otorgados por el Banco Mundial. Tanto el contrato de préstamo como **todos los demás contratos se rigen por el Derecho Privado y no por normas de carácter administrativo. El contrato de obra con el consorcio es de Derecho Privado y el régimen de contratación de Acuacar es de derecho privado.**”⁷²

Adicionalmente, debe recordarse que la demanda solicita que se revise la forma como se ejecutó el supuesto contrato de transporte marítimo entre EDTMC y OTM.⁷³ Si en ejecución de un contrato comercial celebrado entre sociedades comerciales pudieron causarse perjuicios es tema exclusivo del conocimiento de los jueces ordinarios y en ningún caso de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es ostensible que en este caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de jurisdicción y cualquier actuación adelantada estará viciada de NULIDAD.

Es tan claro lo anterior que a esta conclusión ya había llegado el honorable Tribunal en auto de fecha 28 de mayo del 2013.

4.2. Compromiso o cláusula compromisoria

Dispone el artículo 100.2. del Código General del Proceso que el demandado puede alegar como excepción previa el compromiso o cláusula compromisoria.

⁷¹ Dispuso el Artículo 32 de la ley 142 de 1994: “Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, **se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.**”

⁷² Ver carta GER-ACT-04448 de Aguas de Cartagena de fecha 2 de marzo del 2011 que curiosamente no aportaron los demandantes.

⁷³ Ver página 1 de la demanda y pretensiones décimo-primera y décimo-segunda.

4.2.1. Cláusula Compromisoria acordada dentro del Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008

1414

El Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 celebrado entre el Distrito y el Consorcio EDTMC contempló en la cláusula 50 de las Condiciones Generales el mecanismo contractual para la solución de controversias.

La cláusula en mención comprende las controversias entre el Jefe de Obra y el Contratista. La cláusula 1.3 de las Condiciones Especiales del contrato estableció que el Jefe de Obra es Aguas de Cartagena.

Las cláusulas 50 de las Condiciones Generales y 24 de las Condiciones Especiales consagraron una cláusula compromisoria. Resulta de particular importancia destacar dos aspectos: 1. Que Aguas de Cartagena celebró el contrato "a nombre y en representación del Distrito"⁷⁴. Eso significa que Aguas de Cartagena actuó en calidad de agente o mandatario y que cualquier conducta de su parte sólo vincula al Distrito. 2. Que el contrato designó a Aguas de Cartagena como ejecutor de las obras en calidad de Jefe de Obra⁷⁵ y contempló que las diferencias que pudieran presentarse entre el contratista (consorcio EDTMC) y el Jefe de Obra (Aguas de Cartagena) debieran resolverse mediante el mecanismo de solución de controversias contractualmente acordado, mecanismo que incluye una cláusula compromisoria.

Dispuso la cláusula 50.3.1. de las Condiciones Generales del contrato:

"Si dentro de un plazo de 30 días a partir de la fecha de presentación de la controversia al Conciliador, éste no hubiera comunicado ninguna decisión al Contratista y al Contratante, o si una de las partes no aceptara la decisión notificada por el Conciliador, la controversia será resuelta por medio de arbitraje, de conformidad con el procedimiento establecido en las Condiciones Especiales del Contrato."

Estableció también la cláusula 50.3.2.:

"Si en el plazo de seis (6) meses a partir de la fecha de notificación al Contratista de la decisión tomada de conformidad con la subcláusula 50.1. sobre reclamaciones a que haya dado lugar la estimación de la cuenta general del Contrato, el Contratista no hubiera iniciado el procedimiento de arbitraje previsto en la subcláusula 50.3.1. precedente, se considerará que ha aceptado definitivamente dicha decisión, **y todo**

⁷⁴ Ver Considerando 2 del Contratp de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008.

⁷⁵ Ver Definición de Jefe de Obra bajo las Condiciones Generales, cláusula 2.1.

procedimiento arbitral o de reclamación ante cualquier instancia será entonces improcedente.

1415

Dispuso la Cláusula 24 de las Condiciones Especiales:

“Toda controversia que se derive del presente Contrato será resuelta definitivamente de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, Colombia, por uno o varios árbitros nombrados de acuerdo a dicho Reglamento.”

Las cláusulas 50 de las Condiciones Generales y 24 de las Condiciones Especiales confirman que las partes acordaron una cláusula compromisoria por lo que deberá declararse probada esta excepción previa.

4.2.2. Cláusula Compromisoria acordada bajo el contrato de Servicios de Consultoría entre Aguas de Cartagena S.A. ESP y Halcrow Group S.A.

Las cláusulas 7.2. de las Condiciones Generales del contrato y 7.2 de las Condiciones Especiales consagran lo acordado entre Aguas de Cartagena y Halcrow en materia de solución de controversias contractuales.

Es necesario recordar que en virtud de lo que establece dicho contrato Aguas de Cartagena **actuó “a nombre y en representación del Distrito”**.⁷⁶ Esta condición la reconoce expresamente el demandante cuando afirma: “El Distrito ha sido representado por la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.-Acuacar” y **“Acuacar, en nombre y representación del Distrito suscribió todos los contratos de obra que demandaba el proyecto”**⁷⁷ y “esta representación se origina en ...el mismo Contrato de Obra, ... en donde se recoge el esquema del mandato cuando contempla que Acuacar actúa en nombre y representación del Distrito.”⁷⁸. Debe también recordarse que el objeto del contrato de Consultoría era el de “representar a Aguas de Cartagena, supervisar y controlar las actividades del contratista” ejerciendo la “interventoría integral”.

La cláusula 7.2. de las Condiciones Especiales dice:

⁷⁶ Ver Contrato No. Consul-02-BM-2008. Párrafo introductorio en la página 2 y Considerando a) “Que ACUACAR actúa para todos los efectos del presente contrato, en nombre y representación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en virtud del contrato de Préstamo No. 7404 CO suscrito entre el Distrito y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento para sufragar parcialmente el costo del proyecto de acueducto y alcantarillado y gestión ambiental de Cartagena

⁷⁷ Ver página 2 de la demanda.

⁷⁸ Ver página 3 de la demanda.

“Se utilizarán los procedimientos de arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena.”⁷⁹

1416

Está entonces también plenamente probado que tratándose de las diferencias que pudieran surgir entre el Distrito y Halcrow las partes acordaron someterse a lo pactado contractualmente y específicamente pactaron una cláusula compromisoria.

Como se trata de un doble mandato, de una parte Aguas de Cartagena actuando a nombre del Distrito y en virtud del contrato de Consultoría Halcrow actuando a nombre de Aguas de Cartagena cualquier controversia únicamente puede vincular al mandatario principal y no a quien actúa como agente. Así, como Aguas de Cartagena celebró el contrato en calidad de mandatario, no es verdadera parte del mismo y las acciones derivadas del contrato únicamente corresponden al mandante, el Distrito.

La cláusula 7.2. del contrato No. Consul-02-BM-2008 prueba que el Distrito y Halcrow acordaron someter a arbitramento cualquier diferencia relacionada con el contrato celebrado. Por eso mal puede tramitarse un proceso contencioso administrativo cuando las partes expresamente contemplaron un procedimiento y un foro distintos.

Al parecer un tribunal arbitral integrado en virtud de la mencionada cláusula ya emitió laudo arbitral, de ser así, además de lo anterior, se aplicaría la **excepción de COSA JUZGADA**. Para el efecto se solicita al honorable Tribunal que requiera a los demandantes para que presenten copia del correspondiente laudo y/o se oficie al centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena para que se sirva certificar si tramitó proceso arbitral entre Aguas de Cartagena y/o el Distrito y la sociedad Halcrow y si se expidió un laudo dentro del mismo.

La existencia de las cláusulas compromisorias es tan evidente que el honorable Tribunal mediante auto del 28 de mayo del 2013 ya declaró probados estos hechos y decretó la nulidad por falta de jurisdicción, haciendo efectivas las cláusulas que en virtud de los “acuerdos de voluntades” fueron acordadas en cada caso.

⁷⁹ Ver cláusula 7.2. de las Condiciones Especiales del contrato celebrado entre el Distrito y Halcrow.

4.3. Indebida Acumulación de Pretensiones

Dispone el artículo 100.5. del Código General del Proceso que el demandado puede alegar como excepción previa la indebida acumulación de pretensiones. 1417

Disponen los artículos 88 del Código General del Proceso y 165 de la ley 1437 del 2011 que el demandante puede acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.
2. Que las pretensiones no se excluyan entre si, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Como pasa a comprobarse, las pretensiones planteadas en la demanda presentada no reúnen los requisitos exigidos por la ley para una válida acumulación de pretensiones.

-Varios contratos celebrados entre distintas partes.

Lo primero que es indispensable destacar es que las relaciones contractuales que se establecieron son distintas y no vinculan a las mismas partes. Lo que es más importante, no existe una relación contractual que vincule a todos los demandantes (Distrito y Aguas de Cartagena) con todos los demandados (EDTMC, Halcrow Group Limited y Operaciones Técnicas Marinas).

Por esa razón, si de lo que se trata es del incumplimiento de un contrato, un proceso válido únicamente podría vincular a quienes sean parte de dicho contrato.

Es evidente que la demanda interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Bolívar tiene naturaleza contractual. Afirma el propio demandante:

“Para que se “declare el incumplimiento del Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008”; se declare el incumplimiento del Contrato de Interventoría No. Consul-02-BM-2008; se declare la causación de daños y perjuicios a los demandantes con ocasión de la ejecución del contrato celebrado entre el Consorcio EDTMC y Operaciones Técnicas Marinas O.T.M.”

Basta advertir que ni Aguas de Cartagena, ni Halcrow Group Limited ni Operaciones Técnicas Marinas O.T.M. son partes del Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 celebrado entre el Distrito y EDTMC, para confirmar la indebida acumulación de pretensiones. 148

4.3.1. Un mismo juez no es competente para conocer TODAS las pretensiones.

Un mismo Tribunal no es competente para tramitar todas las pretensiones. Como cada contrato contempló un mecanismo distinto e independiente de resolución de conflictos, un mismo tribunal no es competente para conocer de todas las controversias. Así, el tribunal arbitral acordado entre el Distrito y Halcrow no tiene competencia alguna para conocer controversias entre el Distrito y EDTMC, ni controversias relacionadas con el contrato de transporte marítimo entre EDTMC y O.T.M., ni controversias entre Aguas de Cartagena y O.T.M. Así, es clarísimo que un mismo juez no es competente para conocer todas las pretensiones planteadas por los demandantes.

Como se explicó anteriormente Aguas de Cartagena solicitó en la demanda que se declare a los demandados responsables por los supuestos perjuicios ocasionados por los hechos del 2 de diciembre del 2010.⁸⁰ Como se sabe Acucar es una empresa de servicios públicos domiciliarios sometida exclusivamente por ley a las normas del derecho privado y dirige esa pretensión contra personas de derecho privado Halcrow, EDTMC y OTM. Como Acucar no es parte del contrato celebrado entre el Distrito y EDTMC ni del contrato que vinculó al Distrito con Halcrow, ninguno de los jueces que tendría competencia para conocer de estas pretensiones es el mismo. La indebida acumulación de pretensiones es evidente.

4.3.2. El Tribunal Administrativo no es competente para conocer de TODAS las pretensiones.

La debida acumulación de pretensiones, como lo indican los artículos 88 del Código General del Proceso y 165 de la ley 1437 del 2011 exige que el juez sea competente para conocer de TODAS las pretensiones.

⁸⁰ Ver pretensión II.1.2 de la demanda. Debe recordarse que Acucar con autonomía e independencia, para evitar un proceso arbitral decidió celebrar transacción con el Distrito mediante la cual aceptó obligaciones y responsabilidades derivadas de los hechos del 2 de diciembre del 2010. Si Acucar hubiera considerado que terceros eran responsables de las consecuencias de esos hechos lo último que ha debido hacer era celebrar una transacción con el Distrito en la que se compromete a mantener indemne su patrimonio y a cambio de que el Distrito declare a Acucar a paz y salvo.

En este caso no se verifica este requisito. En virtud del Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008, el Distrito y el EDTMC acordaron el mecanismo de solución de controversias aplicable y el foro ante el que podía exigirse excluyéndolo del conocimiento de los tribunales colombianos. Ni la sociedad OTM, ni la sociedad Halcrow son partes de ese contrato y por lo tanto no los vinculan esas cláusulas específicas de solución de controversias.

1419

La primera pretensión de la demanda solicita que se declare a los demandados solidariamente responsables por un incidente ocurrido el 2 de diciembre del 2010.⁸¹ Esta pretensión se dirige contra Halcrow y contra OTM. Como puede comprobarse fácilmente el Distrito acordó resolver cualquier diferencia con EDTMC relacionada con el Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 no ante los jueces contencioso administrativos sino de conformidad con el mecanismo contractualmente previsto que contempló conciliación y arbitraje en términos precisos.

Como ni OTM ni Halcrow son partes de ese contrato, no se verifica el requisito de que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones planteadas.

Así, en aras de discusión, si un juez administrativo pudiera ser competente para conocer una demanda de reparación directa y/o de controversias contractuales interpuesta por el Distrito contra OTM, es evidente que en virtud del Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 celebrado entre el Distrito y EDTMC, el juez administrativo no es competente para conocer las diferencias que pudieran surgir entre las partes de dicho contrato, nuevamente comprobándose la indebida acumulación de pretensiones.

Se comprueba que no se verifica el requisito exigido por el artículo 165 de la ley 1437 del 2011 que exige que el juez sea competente para conocer de **TODAS** las pretensiones.

Como se ha explicado Acucar no es parte del Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 del que son parte solamente el Distrito y EDTMC. Así, una demanda de indemnización de perjuicios extracontractuales interpuesta por Acucar contra EDTMC **sería del conocimiento de los jueces ordinarios**. Además, el Contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 contempla el

⁸¹ Una vez más si el Distrito y Acucar disputan quién puede tener responsabilidad con ocasión de los hechos del 2 de diciembre del 2010 lo último que han podido hacer es suscribir una transacción. Al hacerlo el Distrito reconoce que Acucar actuó con negligencia e incumplió sus obligaciones. Como Acucar era su agente, esa negligencia sólo podía afectar los intereses del mandante, el Distrito.

mecanismo de solución de controversias contractuales entre el Distrito y el Consorcio.

Resulta indebida la acumulación de pretensiones cuando de algunas de las pretensiones planteadas debería conocer el mecanismo de solución de controversias contemplado bajo el contrato entre el Distrito y EDTMC, de otras el tribunal arbitral acordado entre el Distrito y Halcrow, y de otras los jueces ordinarios.

4.3.3. No se pueden tramitar todas las pretensiones bajo el mismo procedimiento.

La demanda interpuesta por el Distrito y Acuacar plantea como pretensiones principales que se declare que EDTMC incumplió el Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008. Incluye también como pretensiones principales que se declare el incumplimiento del contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 por parte de Halcrow, y que se declare que Acuacar y el Distrito sufrieron daños con ocasión del contrato celebrado entre EDT y OTM.

El Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 entre el Distrito y EDTMC contempla un mecanismo de solución de controversias y una cláusula compromisoria que no le son aplicables a las relaciones entre el Distrito y Halcrow y que no vincula a la sociedad OTM. De otra parte el Contrato CONSUL—02-BM-2008 del que son partes el Distrito y Halcrow, NO VINCULA ni a EDTMC ni a OTM. Por eso, cualquier controversia entre el Distrito y Halcrow se debe resolver mediante el mecanismo de solución de controversias y la cláusula compromisoria acordada en ese contrato. Ni EDTMC ni OTM son partes de dicho contrato. Finalmente, los demandantes no aportaron el contrato entre el EDTMC y OTM. No obstante **tanto EDTMC como OTM son entidades privadas** cuyo contrato, de existir como lo sostiene el demandante⁸², sería un **contrato de transporte comercial, es decir un típico contrato de derecho privado que regularía las relaciones entre dos partes de naturaleza también privada y el conocimiento de cualquier controversia relacionada con el mismo correspondería a los jueces civiles ordinarios no la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** Los jueces contencioso administrativos no tienen competencia para conocer de controversias que surjan entre particulares en virtud de un contrato de naturaleza privada. Esas controversias se resolverían de conformidad con los mecanismos de solución de conflictos acordados entre esas partes de naturaleza privada y de no existir por los jueces ordinarios.

⁸² Ver página 24 de la demanda párrafo IV.24.

Así, se confirma también que **no todas las pretensiones planteadas por los demandantes pueden tramitarse por el mismo procedimiento** ya que en unos casos se trata de reparos contractuales propios del arbitraje que vincularía al Distrito con Halcrow, en otros se trata de aplicar el mecanismo de solución de controversias contractualmente pactado entre el Distrito y EDTMC. **Se trata de procesos distintos que únicamente pueden vincular a quienes sean parte dentro de esos contratos.**

1421

Un juez contencioso administrativo colombiano no es competente para conocer un proceso por los posibles perjuicios que surjan de un contrato de transporte entre sujetos de derecho privado y el procedimiento contemplado bajo la ley 1437 del 2011 tampoco sería el aplicable a esa controversia cuyo conocimiento sería propio de los jueces ordinarios.

Así, es claro que existe indebida acumulación de pretensiones y que el Tribunal Administrativo de Bolívar no es competente para conocer de todas las pretensiones ni a las mismas se aplica el mismo procedimiento.

4.3.4. Indebida Acumulación de Pretensiones pues las pretensiones principales se excluyen entre sí.

Establecen los artículos 88 de la ley 1564 del 2012 y 165.2 de la ley 1437 del 2011 que las pretensiones no deben excluirse entre sí salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

No puede olvidarse que Aguas de Cartagena suscribió el contrato de obra civil ALC-01-BM-2008 en calidad de MANDATARIO del Distrito y que toda su actuación como JEFE DE OBRA la hizo como **ejecutor o mandatario a nombre del Distrito**. Quiere eso decir que si se incumplieron obligaciones bajo el contrato de obra civil ALC-01-BM-2008 quien tendría legitimidad como parte para plantear esa controversia sería el Distrito. Lo que resulta improcedente por incompatible es que se solicite como pretensión principal que se condene a EDTMC a pagarle al Distrito por los “daños antijurídicos con ocasión de la ejecución del contrato de obra civil ALC-01-BM-2008”⁸³ y al mismo tiempo se solicite también como pretensión principal que se condene al Consorcio EDTMC a pagarle a Acuacar por “los daños antijurídicos con ocasión de la ejecución del contrato de obra civil ALC-01-BM-2008”⁸⁴.

⁸³ Ver pretensión Cuarta de la demanda, párrafo II.1.4.

⁸⁴ Ver pretensión Quinta de la demanda, párrafo II.1.5.

Como Acuacar actuó como MANDATARIO⁸⁵, los efectos del contrato se produjeron entre el Distrito y el Consorcio EDTMC. Por esa razón **Acuacar como MANDATARIO mal puede reclamar lo mismo que reclama su mandante el Distrito**. La indebida acumulación de pretensiones es evidente. Se excluyen entre sí las pretensiones mediante las cuales el Distrito y Acuacar piden lo mismo. Esa exclusión se presenta por varias razones. En primer lugar porque **si Acuacar actuó como agente del Distrito, carece de legitimidad para realizar un reclamo autónomo**. Si se incumplió el contrato quien puede plantear el incumplimiento es sólo quien es parte, es decir el Distrito. Quien actuó como agente, no puede reclamar con independencia y autonomía lo mismo que reclama su mandante. Al aplicar los efectos básicos derivados del contrato de mandato se concluye que cuando una parte celebra un contrato actuando por cuenta y en representación de otra, los efectos de dicho contrato recaen sobre el mandante y no sobre el mandatario. Por eso se excluye que en un mismo proceso se planteen como pretensiones principales el mismo reclamo de perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales tanto por el mandante (el Distrito) como por el mandatario (Aguas de Cartagena) confirmándose la indebida acumulación de pretensiones. Segundo, cuando se revisa el poder otorgado el 28 de noviembre del 2012 por Aguas de Cartagena se advierte que el mismo faculta al apoderado para actuar a nombre de Aguas de Cartagena como sociedad que hubiera sufrido perjuicios de manera independiente. Cuando se observa el poder otorgado el 26 de noviembre del 2012 por el Distrito se advierte que el mismo se otorga para que se represente al Distrito y se exijan los perjuicios causados al Distrito de manera independiente. La existencia de dos poderes distintos, cada uno conferido de manera independiente por cada uno de los demandantes, demuestra que dentro de este proceso se persiguen pretensiones individuales distintas y como se explicó anteriormente totalmente incompatibles con el agenciamiento que en todo momento realizó Acuacar actuando a nombre y en representación del Distrito.

Dice el demandante textualmente en la página 105 de la demanda lo siguiente:

“Lo que solicitan (sic) el Contratante es, en resumidas cuentas, que el contratista responda por su incumplimiento y que el juez del contrato – en este caso el honorable tribunal- le ordene resarcir los perjuicios que causó. Asimismo, en lo que respecta a Acuacar, se solicita que EDT le

⁸⁵ Dice el considerando 2 del contrato de obra civil ALC-01-BM-2008: ACUACAR actúa para los efectos del presente contrato EN NOMBRE Y REPRESENTACION DEL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS en virtud del contrato de préstamo 7404-CO.

resarza los perjuicios que le causó, como mandatario del contrato (y que para este evento la responsabilidad de EDT ya no está dentro del marco contractual sino en el extracontractual).⁸⁶

1423

Varias consecuencias importantes se desprenden del planteamiento del demandante:

1. Que la acción de Acuacar se fundamenta **en su condición de agente o mandatario** (en palabras de los demandantes: "como mandatario del contrato"). Este reconocimiento **de por sí excluye el derecho a cualquier indemnización** ya que los efectos de un contrato en virtud de lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil producen efecto sólo entre sus partes.⁸⁷ Y como lo disponen los artículo 2142 del mismo código y el 833 del Código de Comercio lo que realiza el mandatario lo hace "por cuenta y riesgo del mandante"⁸⁸ y producen efectos para el representado.⁸⁹
2. Que en desconocimiento de lo dispuesto bajo la cláusula 50 de las Condiciones Generales del contrato, de manera incorrecta se afirma que el "juez del contrato es el honorable tribunal" cuando si se revisa la cláusula en mención se confirma que no es así.
3. Que se interponen todas como principales acciones de naturaleza contractual y extracontractual excluyentes.

Es entonces evidente que en la demanda presentada tanto el mandante como el mandatario reclaman perjuicios con ocasión de los mismos hechos, lo que resulta completamente excluyente y configura una indebida acumulación de pretensiones.

Se excluye entre sí que el mandante y el mandatario ambos reclamen lo mismo, perjuicios por incumplimiento contractual, cuando precisamente los efectos del posible incumplimiento del contrato únicamente podrían producirse respecto de quien es parte.

Lo mismo ocurre cuando se plantean como pretensiones principales que se condene a Halcrow al pago de perjuicios al Distrito "con ocasión de la ejecución

⁸⁶ Ver página 105 de la demanda.

⁸⁷ ART. 1602.—Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

⁸⁸ ART. 2142.—El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

⁸⁹ ART. 833.—Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste.

del contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008⁹⁰ y al mismo tiempo se solicita se condene a Halcrow al pago de perjuicios a Acuacar "con ocasión de la ejecución del contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008"⁹¹. En el contrato del que únicamente son partes el Distrito y Halcrow se dispuso: "**que Acuacar actúa para los efectos del presente contrato, en nombre y representación del Distrito**"⁹²

1424

En aplicación de las disposiciones en materia de representación y mandato, no pueden el mandante y el mandatario reclamar al mismo tiempo por supuesto incumplimiento contractual. O reclama el mandante (Distrito) directamente o lo hace el mandatario (Acuacar) a nombre del mandante. Se excluyen y resultan incompatibles entre si pretensiones en virtud de las cuales se solicita por el mandante y por el mandatario lo mismo (indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones del contrato).

Por lo anterior también debe declararse probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones.

Como lo confirma reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia plantear como principales acciones de indemnización de perjuicios extracontractuales cuando a la vez se pretende el incumplimiento de un contrato resulta incompatible pues no pueden vincularse en una misma relación jurídica las responsabilidades aquiliana y contractual.⁹³ La Corte Suprema de manera reiterada ha concluido que plantear simultáneamente pretensiones de naturaleza contractual y de naturaleza extracontractual es inadmisibles pues se verifica una indebida acumulación de pretensiones debido a la diferente naturaleza de las mismas y a que plantear la pretensión extracontractual cuando existe un contrato que regula las relaciones es inadmisibles ya que en el mismo pudo contemplarse el tema de la responsabilidad y la regulación de las indemnizaciones.⁹⁴ En este caso Acuacar asumió obligaciones como ejecutor del proyecto y mandatario del Distrito en el marco de relaciones contractuales con EDTMC y Halcrow. Un agente, que representa al mandante, no puede desconocer las normas contractuales acordadas por el mandante en materia de solución de controversias

⁹⁰ Ver pretensión Octava de la demanda, párrafo II.1.8.

⁹¹ Ver pretensión Novena de la demanda, párrafo II.1.9.

⁹² Ver Considerando del contrato CONSUL-02-BM-2008.

⁹³ Ver Corte Suprema de Justicia. Casación del 15 de mayo de 1946, LX, 437. Ha dicho la corte al distinguir las responsabilidades contractual y extracontractual: Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico, ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio". Corte Suprema de Justicia. Casación, 21 de febrero de 1947 LXI, 770.

⁹⁴ Ver Corte Suprema de Justicia. Casación del 29 de agosto de 1947, LXII, 837.

contractuales, de lo contrario cualquiera celebraría un contrato a través de un agente para luego incumplir sus disposiciones.⁹⁵

4.3.5. Indebida acumulación de pretensiones al plantear como si se tratara de diferentes pretensiones la que sólo podría ser una sola y de la que únicamente puede ser titular una persona.

1425

La jurisprudencia ha reiterado que una de las obligaciones del juez es la de “desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda”, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“(…) se ha recalcado, y nuevamente se enfatiza, que el juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afinca en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente, enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e ineludiblemente deba atenerse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante. Otro tanto ocurrirá en la hipótesis antagónica (…) en fin, lo que aquí se quiere significar es que cuando el actor ha explicitado de manera unívoca y contundente la especie de responsabilidad que quiere hacer valer contra el demandado, no le es dado al fallador desdeñar esa elección ni alterar a su gusto, sin importar los móviles que lo alienten, la clara y expresa decisión del demandante”.⁹⁶

Cuando se revisa la demanda interpuesta se advierte que en realidad todas las pretensiones tienen naturaleza contractual, se citan a continuación apartes de la demanda:

⁹⁵ Ver Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2004-00270 de diciembre 16 de 2010, Sala de Casación Civil. Referencia: 54001-3103-002-2004-00270-01. La Corte ha reiterado que cuando las partes han contemplado que sus relaciones se regulen en virtud de un contrato las pretensiones de responsabilidad civil extracontractual son incompatibles.

⁹⁶ Ver Corte Suprema de Justicia sentencia 71 del 16 de junio del 2008. Ver también Corte Suprema de Justicia, sentencia 2005-00265 del 4 de mayo del 2010, Expediente 1100131030132005-00265-01

-“se declare el incumplimiento del contrato de obra civil ALC-01-BM-2008⁹⁷

-“daños antijurídicos con ocasión de la ejecución del contrato de obra civil ALC-01-BM-2008.”⁹⁸

“el 11 de febrero del 2009 el contratante Acuacar suscribió con el Consorcio EDT el contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008.”⁹⁹

Todos los supuestos hechos en los que se sustenta la demanda **se refieren a la forma como se ejecutó el mencionado contrato**, ya que el traslado de la tubería era parte del mismo y los hechos ocurridos el 2 de diciembre del 2010 se circunscriben a dicho traslado. No hay hecho alguno que no tenga relación con dicho contrato.

Todos los argumentos planteados en la demanda se basan en supuestos incumplimientos de EDTMC de sus obligaciones bajo el contrato.

Lo anterior confirma que si de lo que se trata es de reclamar por el supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales únicamente hay una parte legitimada para hacerlo, se trataría de quien sea parte del contrato, el Distrito, y el mecanismo para plantear esas diferencias sería el acordado contractualmente.

Por lo anterior, por no ser verdaderas pretensiones autónomas, sino basadas exclusivamente en los mismos hechos se presenta una indebida acumulación de pretensiones al plantear como principales las pretensiones II.1.1, II.1.2., II.1.3., II.1.4, II.1.5. y II.1.6. todas estas pretensiones que se plantean como si se tratara de pretensiones autónomas e independientes no pueden serlo ya que se basan en hechos todos ocurridos con ocasión de la ejecución de un contrato entre el Distrito y EDTMC. Si la supuesta ruptura de la tubería el 2 de diciembre del 2010 se debió al incumplimiento de obligaciones contractuales, mal pueden reclamarse a la vez perjuicios de naturaleza contractual y extracontractual que se fundamentan en la misma y única situación fáctica. Se reclama en la demanda no dos veces lo mismo sino seis veces lo mismo.

Lo que es más grave y no puede permitirse, como quiera que el contrato entre EDTMC y el Distrito contempló unas normas específicas en materia de solución de controversias, al pretender desnaturalizar como de naturaleza

⁹⁷ Ver páginas 1 y 7 de la demanda (pretensión II.1.3).

⁹⁸ Ver pretensión II.1.4., página 7 de la demanda.

⁹⁹ Ver página 15 de la demanda, hecho IV.6

1426

extracontractual las que son controversias de naturaleza contractual lo que se busca es desconocer lo acordado por las partes como mecanismo para resolver sus diferencias y se incumple el contrato que es ley para las partes. Nadie puede desconocer el derecho y al hacerlo pretender obtener beneficio alguno.

1427

4.4. Inobservancia del requisito de procedibilidad

Ordena el artículo 161 de la ley 1437 del 2011 que cuando se formulen pretensiones de “reparación directa y controversias contractuales” el trámite de la conciliación extrajudicial constituye **requisito de procedibilidad de toda demanda**. Es la norma especial aplicable a las demandas que se tramitan ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El demandante, con el pretexto de no cumplir con ese requisito, menciona el artículo 613 del Código General del Proceso. El artículo 613 del Código General del Proceso no derogó el artículo 161 de la ley 1437 del 2011. Precisamente el artículo 613 del Código General del Proceso se refiere a la “audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos” y la norma exige que se acredite “la entrega de copia a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica de la Nación” (requisito con el que en ningún momento cumplió el demandante).

El segundo párrafo se aplica a procesos ejecutivos y excluye el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos. Mal puede pretender aplicarse una norma propia de los procesos ejecutivos como si tuviera el efecto de derogar una disposición especial propia del Código Contencioso Administrativo que exige que cuando se formulen pretensiones de “reparación directa y controversias contractuales” sea indispensable realizar el trámite de conciliación extrajudicial.

En este caso, no se ha celebrado conciliación extrajudicial en la que hayan comparecido el demandante Distrito de Cartagena y de la que también hayan sido parte todos los demandados EDTMC, Operaciones Técnicas Marinas OTM y Halcrow Group Limited.

La Constancia de fecha 9 de agosto del 2011 del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio demuestra que el intento de conciliación realizado por Aguas de Cartagena no vinculó a las mismas partes y que las pretensiones de la misma eran distintas. En esa oportunidad la solicitud se

presentó por Aguas de Cartagena¹⁰⁰ y se convocó a Operaciones Técnicas Marinas O.T.M. a la sociedad Mapfre Seguros Generales de Colombia y a EDTMC. **Es muy importante advertir que ni el Distrito de Cartagena ni Halcrow Group, ni OTM fueron parte de dicha conciliación.** Es también muy importante advertir que en esa solicitud de conciliación no se planteó en contra de EDTMC controversia alguna de naturaleza extracontractual. Por eso resulta equivocado pretender que mediante una citación defectuosa a conciliación por quien no fue parte del contrato se verificó el requisito de procedibilidad establecido por la ley.

Entre el Distrito y el Consorcio EDTMC no se ha verificado el requisito de conciliación previa exigido por la ley.

Es más entre el Distrito y EDTMC no se ha dado cumplimiento a lo acordado en el contrato en materia de solución de controversias contractuales. El contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 celebrado entre el Distrito y EDTMC y que vincula a Aguas de Cartagena como Jefe de Obra **contempló dentro del proceso acordado por las partes para resolver sus controversias la CONCILIACION.**

Dispuso expresamente la cláusula 50.2.3. "Nombre de la autoridad encargada de designar al Conciliador: El Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena.

Además, la cláusula 50.1. de la Condiciones Generales contempló cómo y cuándo era posible la conciliación en virtud del contrato cuando dispuso: "el Contratista podrá, dentro de un plazo de 15 días someter al Conciliador la controversia relativa a su reclamación o la respuesta dada por el Jefe de Obra."

Fácilmente puede comprobarse lo siguiente:

1. Que no se verificó la conciliación contemplada y acordada por las partes en el contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008.
2. Que las partes del contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 en ningún momento en aplicación de la cláusula 50.2.3. le solicitaron al Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena que designara conciliador.

¹⁰⁰ Ver solicitud de conciliación de fecha 1 de julio del 2011 aportada como prueba por los demandantes. En dicha solicitud puede comprobarse que Aguas de Cartagena no actuó como mandatario o representante del Distrito sino por sí misma y con autonomía.

El 1 de julio del 2011 **actuando directamente y no como representante del Distrito**, Acuacar solicitó conciliación ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena. Solicitó Acuacar que se citara a conciliación al consorcio EDTMC, a la empresa Operaciones Técnicas Marinas y sus aseguradores, a la aseguradora Mapfre Seguros y dijo “reservarse el derecho para convocar a Halcrow Group Limited”.

1429

Esa solicitud tenía múltiples defectos si pretendía constituir convocatoria de la conciliación acordada bajo el contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008. En primer lugar, las partes del contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 son el Distrito y EDTMC, Aguas de Cartagena no es parte del contrato y actuó como agente del Distrito. En segundo lugar el contrato de Obra Civil No. ALC-01-BM-2008 dispuso cuando era procedente la conciliación y quién fue designado como autoridad para nombrar el conciliador. En su momento a nombre de EDTMC se le dirigieron al centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena dos comunicaciones en las que se dejó constancia de las razones por las cuales no se trataba de una conciliación válida bajo el contrato.

Si un contrato vincula al Distrito con EDTMC no puede ser válida una conciliación convocada por una sociedad que no es parte del contrato, Aguas de Cartagena, y que vincula a otras sociedades que tampoco son partes del contrato como son Operaciones Técnicas Marinas y sus aseguradores, a la aseguradora Mapfre Seguros.

El Distrito que aparece como demandante en la demanda interpuesta el 30 de noviembre del 2012 ante el Tribunal Administrativo de Bolívar no ha cumplido con el requisito de procedibilidad indispensable y exigido por la ley para interponer una demanda válida ante lo contencioso administrativo. Ese mismo requisito tampoco se ha verificado respecto de las pretensiones distintas a las planteadas por Acuacar ante la Cámara de Comercio.

4.5. Cosa Juzgada

En virtud de la información presentada por los demandantes, Aguas de Cartagena planteó una demanda arbitral contra Halcrow relacionada con estos mismos hechos. Aparentemente el tribunal arbitral que se convocó expidió un laudo. Se solicita al Tribunal requerir a los demandantes con el fin de que aporten copia del correspondiente laudo arbitral. De confirmarse lo anterior debe declararse probada la excepción de cosa juzgada.

4.6. Transacción

El 14 de febrero del 2011 el Distrito presentó una reclamación contra Acuacar por el incumplimiento de sus obligaciones como JEFE DE OBRA y EJECUTOR DEL PROYECTO y a raíz de los hechos del 2 de diciembre del 2010. Tres días después, el 17 de febrero del 2011 el Distrito y Acuacar celebraron una transacción a la que denominaron Acuerdo de Arreglo Directo. Mediante esa transacción el Distrito realizó varias declaraciones importantes: 1. **Reconoció que su patrimonio no sufría perjuicio alguno** con ocasión de los **hechos del 2 de diciembre del 2010**. 2. Aceptó que **Acuacar había incumplido obligaciones como ejecutor del proyecto** y era responsable por las consecuencias patrimoniales de las mismas. 3. **Dispuso de sus acciones relacionadas con los hechos del 2 de diciembre del 2010**. El Distrito y Aguas olvidan o pretenden desconocer que entre ellos existía una relación de mandato. Acuacar como ejecutor del proyecto actuó en todo momento como agente, "a nombre y en representación del Distrito." Así, si Acuacar actuó de manera negligente al cumplir sus obligaciones como JEFE DE OBRA y EJECUTOR DEL PROYECTO, esa conducta sólo podía afectar los intereses del mandante, el Distrito. Si el Distrito mediante transacción resolvió ponerle fin a todas las diferencias ocasionadas con los hechos del 2 de diciembre del 2010 está disponiendo de sus acciones y está reconociendo las responsabilidades del Jefe de Obra. El efecto de la transacción es que las obligaciones se extinguen y hacen tránsito a cosa juzgada. El Distrito declaró al JEFE DE OBRA Acuacar a paz y salvo **CON OCASIÓN DE TODOS LOS HECHOS RELACIONADOS O VINCULADOS CON LAS OBRAS DE CONSTRUCCION DEL EMISARIO SUBMARINO.**" Así, si en aras de discusión Acuacar se equivocó al realizar un pago en favor de EDTMC, lo último que podía o debía hacer el Distrito era exonerar a su mandante de responsabilidad. Al actuar como lo hizo el Distrito asume como propias todas las conductas de Acuacar y todos los efectos de su negligencia. El Distrito le puso fin al ejercicio de cualquier acción relacionada con los hechos del 2 de diciembre del 2010 al celebrar una transacción en la que declara a paz y salvo a un JEFE DE OBRA que tenía importantísimas obligaciones como ejecutor del proyecto. El Distrito y Acuacar deben asumir las consecuencias que en derecho produce el contrato de transacción que celebraron particularmente ante las importantes obligaciones que como Jefe de Obra tenía Acuacar.

1430

4.7. Falta de legitimación en causa

Un agente no es parte de un contrato. Acuacar intervino en los contratos celebrados por el Distrito con EDTMC y Halcrow en calidad de agente y

actuando "en nombre y representación del Distrito". Cuando Acuacar cometió errores como JEFE DE OBRA, esos errores afectaron y obligaron al mandante. El agente carece de acciones propias para exigir perjuicio alguno derivado de un contrato del que no es parte. Al estar plenamente establecida la calidad con la que actúa en todo momento Aguas de Cartagena como agente del Distrito, debe declararse probada la excepción de falta de legitimación en causa. Si una parte actúa como agente, el agente y el mandante no tienen acciones propias e independientes, el único que es parte es el mandante y es el único que tiene acciones. Esas consecuencias básicas del mandato y la representación se han desconocido en este caso. 1431

Como el propio demandante reconoce, Acuacar no es parte de ninguno de los contratos mencionados en la demanda porque **actuó no a nombre propio sino a nombre y en representación del Distrito**. Como lo ha sostenido el Consejo de Estado "la legitimación en la causa se entiende como la "posición sustancial" que tiene el sujeto procesal "en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exoneran de las segundas. La legitimación en la causa, por lo tanto, permite reconocer al sujeto autorizado para intervenir en el proceso, formulando u oponiéndose a las pretensiones de la demanda (dependiendo de la calidad de sujeto activo o pasivo frente a la relación jurídica)."101

Así, si como lo afirma el demandante Aguas de Cartagena actuó como mandatario y a nombre y representación del Distrito, carece de legitimidad para plantear pretensiones que únicamente podría plantear el mandante. Todas las pretensiones planteadas por Aguas de Cartagena deben declararse infundadas por falta de legitimación en causa.

4.8. Caducidad.

El contrato entre el Distrito y EDTMC contempla normas específicas y vinculantes para resolver que surgieran con ocasión del mismo. La cláusula 50.3.2. del contrato dispuso el **plazo de 6 meses** para que el contratista (EDTMC) planteara demanda arbitral. Ese plazo venció sin que se verificaran los términos y condiciones pactados en el contrato. Cuando eso ocurre la cláusula pactada dispuso:

¹⁰¹ Ver Consejo de Estado sentencia del 23 de abril de 2008, Exp. 16271 y sentencia 1998-00386 del febrero 21 de 2011, Rad.: 76001-23-31-000-1998-00386-01(25458).

"TODO PROCEDIMIENTO ARBITRAL O DE RECLAMACION ANTE CUALQUIER INSTANCIA SERA ENTONCES IMPROCEDENTE."

1432

El planteamiento de una acción que desconoce lo acordado bajo el artículo 50 de las Condiciones Generales del contrato es inválido, extemporáneo e improcedente.

V. Pruebas

Solicito se tengan como pruebas los siguientes documentos:

1. Solicitud de conciliación de fecha 1 de julio del 2011 formulada por la sociedad Aguas de Cartagena.¹⁰²

2. Escrito de fecha 8 de agosto del 2011 presentado ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena explicando porqué la conciliación solicitada por Aguas de Cartagena no es válida bajo el contrato.

3. Escrito de fecha 19 de septiembre del 2011 presentado ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena explicando porqué la conciliación solicitada por Aguas de Cartagena no es válida bajo el contrato.

4. Se solicita al Tribunal requerir a los demandantes para que aporten las siguientes pruebas:

a. Reclamo presentado por el Distrito contra Aguas de Cartagena de fecha 14 de febrero del 2011 y mencionado en el Acuerdo de Arreglo Directo suscrito tres días después.

b. Copia del Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación entre el Distrito y Aguas de Cartagena del 17 de febrero del 2011 (se adjuntan como pruebas copias incompletas del mismo).

c. Copia de las actas de las sesiones de la junta directiva de Acuacar correspondientes a las sesiones celebradas entre el 2 de diciembre del 2010 y el 1 de marzo del 2011.

d. Laudo arbitral expedido por Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Cartagena dentro de un proceso planteado por Aguas de Cartagena contra Halcrow.

¹⁰² Documento que se afirma aportaron como prueba los propios demandantes.

5. Copia de la cláusula 2.42 de las Normas del BIRF (Banco Mundial) aplicables a sus procesos de contratación.
6. Copias de aparte de la declaración de Luis Alfonso Pinzón ante la Contraloría de fecha 15 de octubre del 2011.
7. Copias de aparte de la declaración de Francisco Pérez ante la Contraloría de fecha 25 de octubre del 2011.
8. Copias de aparte de la declaración de Gustavo Robledo ante la Contraloría de fecha 31 de octubre del 2011.
9. Copia del correo electrónico de fecha 26 de noviembre del 2010 enviado por Luis Alfonso Pinzón a EDTMC.
10. Copia de apartes de la carta de Aguas de Cartagena GER-ACT-0448 de fecha 2 de marzo del 2011 en la que Acuacar reconoce que el contrato se rige bajo las normas del derecho privado.

1433

VI. Dictámenes periciales

Como la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene competencia para conocer de una controversia que ya fue resuelta no hay necesidad de practicar dictamen pericial alguno.

VII. Fundamentación fáctica y jurídica de la defensa

La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene como propósito fundamental hacer efectivo el artículo 90 de la Constitución para que el Estado responda por las conductas de sus agentes. Es condición indispensable de una acción válida ante lo contencioso administrativo que el perjuicio lo ocasione un hecho y omisión de la ADMINISTRACION o de quien actúe en ejercicio de FUNCIONES PUBLICAS.

EDTMC es un particular contratado para realizar una obra y en ningún momento actuó en ejercicio de funciones públicas. Bajo el contrato celebrado entre EDTMC y el Distrito, EDTMC ni siquiera recibió pagos por concepto de anticipo y todos los pagos realizados correspondieron a la verificación de obras ejecutadas.

Como el proyecto del emisario submarino era de conocimiento notorio para la comunidad Cartagenera, cuando ocurrieron los lamentables hechos del 2 de

diciembre del 2010 el Distrito y Acuacar actuaron para justificarse ante la comunidad local y los medios. Sin embargo, al actuar como lo hicieron desconocieron las normas del contrato celebrado con EDTMC. Para el 2 de diciembre del 2010, según testimonios bajo juramento de los representantes de Acuacar las obras se encontraban avanzadas en un 79% y por eso se habían realizado los pagos.

1434

En derecho, el mandatario no es parte de un contrato y los efectos de su conducta se producen para el mandatario. Acuacar actuó como JEFE DE OBRA y ejecutor del proyecto a nombre del Distrito. Si Acuacar falló en sus responsabilidades como ejecutor, al no realizar la supervisión debida, si hizo pagos que no ha debido hacer, si aprobó trabajos que no debía aprobar, si aceptó las conclusiones del interventor, todas esas conclusiones, POR SU CONDICION DE AGENTE, vincularon al Distrito. Así, si el Distrito ejerció las acciones de las que disponía con ocasión del incidente del 2 de diciembre del 2010 para exonerar de toda responsabilidad al Jefe de Obra, quien actuó a su nombre, carece ahora de acción alguna para pretender responsabilidades de otros por los mismos hechos.

El Distrito al presentar una reclamación el 14 de febrero contra Acuacar reconoció los errores y negligencia de su JEFE DE OBRA. Esa negligencia afectaba los intereses del Distrito ya que Acuacar era su agente. Así, como nadie puede aprovecharse de su propia culpa, el Distrito no puede culpar a Acuacar y luego transar todas sus diferencias con el jefe de obra para luego pretender luego actuar con un contratista que se vió afectado por las conductas del Jefe de Obra.

La transacción pone fin a las obligaciones con carácter de cosa juzgada. Si Acuacar le hizo pagos a EDTMC y el Distrito se oponía o cuestionaba los mismos, lo último que podía o debía hacer el Distrito era celebrar una transacción con Acuacar en la que la declara a paz y salvo. Al actuar de esa manera el Distrito convalidó la conducta de Acuacar como Jefe de Obra y durante la ejecución del proyecto Acuacar como Jefe de Obra lo que hizo fue ir realizando pagos en la medida en que avanzaban las obras.

En aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 50 de las Condiciones Generales del contrato entre el Distrito y EDTMC y de la cláusula 24 de las Condiciones Especiales del mismo contrato, así como de los artículos 90 de la Constitución, 100.1. del Código General del Proceso y 2, 105, 140, y 165 de la ley 1437 del 2011 los jueces contencioso administrativos carecen de jurisdicción.

Entre el Distrito y EDTMC se aplicó lo acordado bajo la cláusula 50.3.2 del contrato y como lo acordaron expresamente las partes "TODO PROCEDIMIENTO ARBITRAL O DE RECLAMACION ANTE CUALQUIER INSTANCIA SERA ENTONCES IMPROCEDENTE."¹⁰³

1435

7.1. Derecho aplicable

Las siguientes disposiciones son el fundamento de las excepciones planteadas por EDTMC:

Artículos 2, 104, 105, 175 parágrafo, 140, 154, 161, 165, 309 de la ley 1437 del 2011.

Artículos 28.9, 28.10, 88, 100.1, 100.2, 100.5 de la ley 1564 del 2012.

Artículo 32 de la ley 142 de 1994.

Artículos 1602, 2142 y siguientes, 2469 y siguientes del Código Civil. Artículo 833 del Código de Comercio. En el análisis de este tema resulta de particular importancia hacer efectivas las normas en materia de mandato y representación. Quien actúa como mandatario o agente no es parte de un contrato. Si se producen diferencias entre el mandante y el mandatario y la conducta del mandatario afecta a terceros, esa negligencia afecta al mandante. En ejecución del proyecto Halcrow y Acuacar actuaron a nombre y en representación del Distrito. Si fueron negligentes, incumplieron sus obligaciones y se equivocaron, esa conducta vincula al mandante.

Artículos 50 de las Condiciones Generales, 1.3. y 24 de las Condiciones Especiales y otras disposiciones del Contrato de Obra Civil entre el Distrito y EDTMC aquí citadas que se refieren a las importantes obligaciones del jefe de obra Acuacar.

Artículos 7.2. de las Condiciones Generales y 7.2. de las Condiciones Especiales del contrato de Consultoría entre el Distrito y Halcrow.

Artículo 5 del convenio de préstamo entre el Distrito y Acuacar.

¹⁰³ Ver cláusula 50.3.2. de las Condiciones Generales del contrato entre el Distrito y EDTMC.

VIII. Dirección para notificaciones

El Consorcio EDTMC recibe notificaciones en la siguiente dirección:

1436

228 Arch. Makariou III
Agios Pavlos Court,
Floor 4, Flat 411
3030 Limasol
Chipre

Como su apoderado judicial, recibo notificaciones en la siguiente dirección de correo electrónico: lec@rfirm.com

De los señores magistrados atentamente,



Luis Enrique Cuervo
T.P. 47872 C.S.J.

Anexos:

Se acompañan como anexos de la presente demanda los documentos que abajo se relacionan:

1. Poder otorgado por EDTMC el 14 de enero del 2015 y copia de documentos constitutivos del consorcio EDTMC.

Se solicita al honorable Tribunal, con el fin de fallar las excepciones previas planteadas tener como pruebas los siguientes documentos:

2. Copia parcial del Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación entre el Distrito y Aguas de Cartagena del 17 de febrero del 2011.

3. Sección 2.42 de las Normas del BIRF.

4. Escrito de fecha 8 de agosto del 2011 presentado ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena explicando porqué la conciliación solicitada por Aguas de Cartagena no es válida bajo el contrato.

5. Escrito de fecha 19 de septiembre del 2011 presentado ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena explicando porqué la conciliación solicitada por Aguas de Cartagena no es válida bajo el contrato.

1437

6. Copias de aparte de la declaración de Luis Alfonso Pinzón ante la Contraloría de fecha 15 de octubre del 2011.

7. Copias de aparte de la declaración de Francisco Pérez ante la Contraloría de fecha 25 de octubre del 2011.

8. Copias de aparte de la declaración de Gustavo Robledo ante la Contraloría de fecha 31 de octubre del 2011.

9. Copia del correo electrónico de fecha 26 de noviembre del 2010 enviado por Luis Alfonso Pinzón a EDTMC.

1438

14 de enero del 2015

Honorables Magistrados
Tribunal Administrativo de Bolivar
Atención: Dra. Claudia Patricia Peñuela Arce
E.S.D.

Radicación: Proceso 13001-23-33-000-2013-00143-00 entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., Halcrow Group Limited, Operaciones Técnicas Marinas O.T.M. SAS y el Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall.

Re: Poder especial

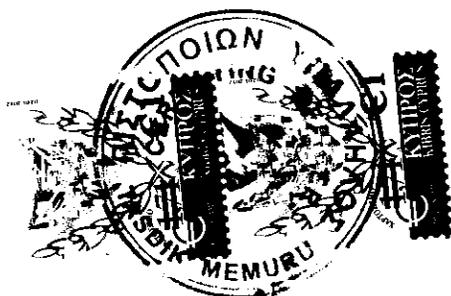
Por este medio el señor MICHAEL PELEG, identificado como aparece al pie de su firma, mayor de edad, ciudadano Israelí con residencia y domicilio en Limasol, Chipre, actuando en mi condición de representante legal del Consorcio **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**, constituido el 7 de julio del 2007 en ésta misma ciudad, otorgo **PODER ESPECIAL**, aunque amplio y suficiente, a los doctores MARIA TERESA GUTIERREZ NOGUERA, mayor de edad, abogada en ejercicio, titular de la Cédula de Ciudadanía número 32.678.225 de Barranquilla y la Tarjeta Profesional número 50.679 del C.S.J; YENNINA MARTINEZ ESQUIVIA identificada mediante la Cédula de Ciudadanía número 33.152.897 de Cartagena y Tarjeta Profesional número 31.786 del C.S.J; y LUIS ENRIQUE CUERVO PONTON, titular de la cédula de ciudadanía número 79.302.992 de la ciudad de Bogotá y la Tarjeta Profesional número 47.872 del C.S.J., con el fin de ejercer la defensa del consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL en el proceso de la referencia.

El presente poder incluye todas las facultades necesarias para ejercer la defensa de mi poderdante incluyendo las de sustitución y reasunción del mismo y las facultades descritas en el artículo 77 del Código General del Proceso.

Atentamente,



Michael Peleg
Pasaporte número 20542746



Signed (or sealed) this day in my presence by
Michael Peleg
As the Certifying Officer, I certify only the signature which appears on document and assume no responsibility for the content of this document. In testimony whereof, I have hereunto set my hand and official seal this January day of 20 2015
Niove G. Petrides
Certifying Officer

II TASDIAK MEMORI

100



100

1439



En la ciudad de Limasol, Chipre, a los 14 días del mes de enero del 2015, compareció personalmente ante mi N.G. Petrides el Funcionario de Certificación (Certifying Officer of Limassol, Cyprus), el señor MICHAEL PELEG, mayor de edad, quien se identifica mediante el pasaporte número 20542746 de Israel con residencia y domicilio en esta ciudad, y quien actúa en su condición de representante Legal del consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL. He tenido a la vista los documentos de fecha 7 de julio del 2007, cuya copia se adjunta, y que acreditan la existencia y representación legal del CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL, documentos que confirman la existencia de dicho consorcio y que el señor Peleg es su representante. Por este medio y mediante el poder adjunto el señor PELEG manifiesta que otorga PODER ESPECIAL, aunque amplio y suficiente, a los mandatarios allí designados con los fines que en el mismo se expresan.

El presente poder especial ha sido otorgado ante mi N.G. Petrides Funcionario de Certificación (Certifying Officer of Limassol, Cyprus), en la ciudad de Limasol, Chipre, hoy 14 de enero del 2015.


Michael Peleg
Pasaporte número 20542746

Firmado en el día que aquí se indica en mi presencia por Michael Peleg, a quien conozco personalmente. En testimonio de lo cual he aquí impuesto mi firma y sello oficial hoy 14 de enero del 2015.

N.G. Petrides
Funcionario de Certificación

Por este medio se certifica que la firma de N.G. Petrides que aparece arriba, es la firma de la señora N.G. Petrides, Funcionario de Certificación de Limasol, designado por el Ministro del Interior De la República de Chipre, bajo el capítulo 39 de la Ley de Funcionarios de Certificación, para certificar las firmas y sellos y que el sello opuesto a ficha firma es el del Funcionario de Certificación de Limasol. El Oficial de Distrito certifica solo la firma y el sello del Funcionario de Certificación y no asume responsabilidad por el contenido de este documento.

LIMASSOL, Chipre

Fecha: Enero 14 del 2015

OFICIAL DE DISTRITO DE LIMASSOL.



Signed (or sealed) this day in my presence by Michael Peleg
The Certifying Officer, I certify only the signature which appears on document and assume no responsibility for the content of this document. In testimony whereof I have hereto set my hand and official seal this 14 day of January, 2015
Fees €2.00
N.G. Petrides
Certifying Officer



This is to certify that the signature _____ NIOVE G. PETRIDES
 appearing above is the signature of Mr/Mrs _____ NIOVE G. PETRIDES
 a Certifying Officer of Limassol, appointed by the Minister
 of the Interior of the Republic of Cyprus, under the Certifying
 Officers Law, 165(1)2012, to certify signatures and seals and
 that the seal opposite the said signature is that of the
 Certifying Officer of Limassol. The District Officer certifies
 only the signature and the seal of the Certifying Officer and
 assumes no responsibility for the content of the document.
 LIMASSOL - CYPRUS

15 JAN 2015

ADONIS KYRIAKOU



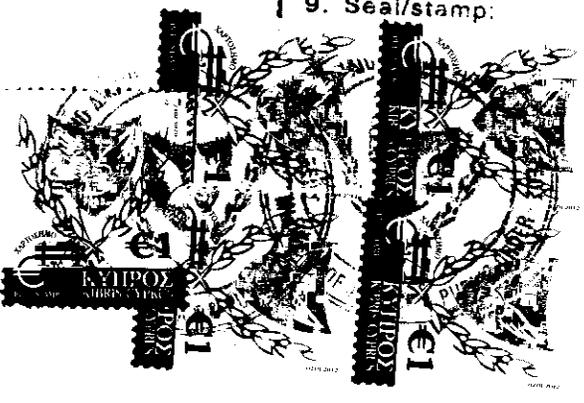
APOSTILLE
 (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)

1. Country **CYPRUS**.
 This public document
2. has been signed by _____ **ADONIS KYRIAKOU** _____
3. acting in the capacity of District Officer
4. bears the seal/stamp of the District Officer

Certified

5. at **Limassol** _____ on the _____ **15 JAN 2015** _____
7. by _____ **DESPO XENOFONTOS** _____
8. No. LM _____ **285315** _____
9. Seal/stamp: _____
10. Signature: _____

Permanent Secretary
 Ministry of Justice and Public Order





1440

January 14, 2015

Honorable Magistrates
Bolivar Administrative Tribunal
Attention: Dra. Claudia Patricia Peñuela Arce
E.S.D.

File Number: File 13001-23-33-000-2013-00143-00 between the District of Cartagena, Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., Halcrow Group Limited, Operaciones Técnicas Marinas O.T.M. SAS and Consortium EDT Marine Construction Cartagena Outfall.

Re: Special Power of Attorney

Hereby I, MICHAEL PELEG, identified as it appears beside my signature, of legal age, a citizen of Israel with residence and domicile in Limassol, Cyprus, acting in my condition as representative for Consortium **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**, formed on July 7, 2007 in this same city, as well as in my individual capacity, I hereby grant this **SPECIAL POWER OF ATTORNEY**, although broad and sufficient, to MARIA TERESA GUTIERREZ NOGUERA, of legal age, attorney at law, with I.D. number 32.678.225 from Barranquilla and Professional Card Number 50.679 from C.S.J; YENNINA MARTINEZ ESQUIVIA with I.D. number 33.152.897 from Cartagena and Professional Card number 31.786 from C.S.J; and LUIS ENRIQUE CUERVO PONTON, with I.D. number 79.302.992 from the city of Bogotá and Professional Card Number 47.872 from C.S.J., for them to defend Consortium EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL in the above referenced proceeding.

This power of attorney includes all necessary powers to defend the interests of the principal including those of assigning and re-assuming and the powers under article 77 of the Code of General Procedure.

Sincerely,



Michael Peleg
Passport number 20542746

Signed (or sealed) this day in my presence by

As the Certifying Officer, I certify only the signature which appears on this document and assume no responsibility for the content of this document. My testimony hereof is hereby set my hand and official seal this 14th day of January 2015.

N.G. Petrides
Certifying Officer

In the city of Limassol, Cyprus, on this 14th day of January 2015, personally appeared before me N.G. Petrides Certifying Officer of Limassol, Cyprus, Mr. MICHAEL PELEG, of legal age, identified with Passport number 20542746 from Israel with residence and

TASDIK
MEMORU



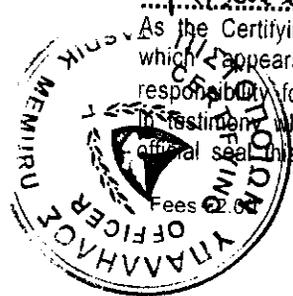
1441

domicile in this city and who acts personally in his own capacity and as legal representative for Consortium EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL. I have had before me the documents dated July 7, 2007, a copy of which is attached, and which evidence the existence and legal representation of CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL, documents that confirm the existence of said consortium and that Mr. Peleg is its representative. Hereby and through the attached power of attorney Mr. PELEG declares that he grants a **SPECIAL POWER OF ATTORNEY**, although broad and sufficient to the attorneys herein designated with the purposes therein stated.

This special power of attorney has been granted before me N.G. Petrides Certifying Officer of Limassol, Cyprus, today January 14, 2015.



Michael Peleg
Passport number 20542746

Signed (or sealed) this day in my presence by
Michael Peleg
.....
As the Certifying Officer, I certify only the signature which appears on document and assume no responsibility for the content of this document. In testimony whereof I have hereunto set my hand and official seal this 14 day of January 2015
Fees 2.00

Niove G. Petrides
Certifying Officer

1442



CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL

Entre los suscritos.

1. EDT Marine Construction, 124 Ayias Paraskevis Street, Yermasoya, P. O. Box 54548, Limassol, 3725, Cyprus, que en adelante se denomina como "EDT MC".
2. EDT Towage and Salvage, 124 Ayias Paraskevis Street, Germagoya, P. O. Box 54548, Limassol, 3725, Cyprus, que en adelante se denomina como "EDT TS".

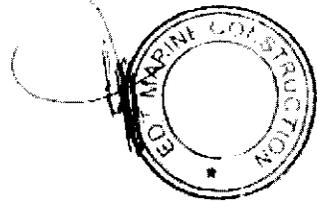
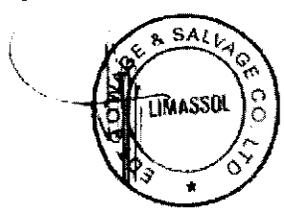
Actuando en nombre propio, que en adelante se denominarán como Consorcio "EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL", se ha celebrado el siguiente acuerdo que se rige por las siguientes cláusulas:

PRIMERA. Objeto del Consorcio. El Consorcio "EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL" se constituye entre los suscritos para presentar en forma conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato que resulte de la contratación directa CDT-ALC-01-BM-2007, abierta por ALCALDIA MAYOR DE CARTAGEN DE INDIAS D.T. Y C - AGUAS DE CARTEGENA S.A. E.S.P. en la ciudad de Cartagena, con el objeto de "CONSTRUCCION EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA", y que comprende la preparación y presentación de propuestas tendientes a la adjudicación del contrato, hasta la debida terminación y liquidación de éste, en todo de acuerdo con sus estipulaciones y a satisfacción de la entidad contratante.

SEGUNDA. Duración del Consorcio. De ser adjudicatario el consorcio, su duración irá desde la suscripción del presente acuerdo, hasta liquidación del contrato adjudicado.

TERCERA. Representante del Consorcio. De mutuo acuerdo, los miembros del Consorcio designan como representante de esta a la empresa EDT Towage and Salvage, quien está representado por Miki Peleg facultado y con poder especial y suficiente para llevar su representación con los fines previstos en la cláusula PRIMERA, en las etapas precontractual, contractual y postcontractual, ante ALCALDIA MAYOR DE CARTAGEN DE INDIAS D.T. Y C - AGUAS DE CARTEGENA S.A., en desarrollo del trámite precontractual y contractual.

CUARTA. Facultades del representante del Consorcio. El representante del Consorcio queda especialmente facultado para suscribir los actos relativos al contrato, tales como la propuesta y su corrección, y el contrato mismo; intervenir en las diligencias que ALCALDIA MAYOR DE CARTAGEN DE INDIAS D.T. Y C - AGUAS DE CARTEGENA S.A. señale para los fines de la adjudicación del contrato; objetar y hacer observaciones a los términos de referencia o al pliego de condiciones, para notificarse, a nombre del Consorcio de las decisiones que ALCALDIA MAYOR DE CARTAGEN DE INDIAS D.T. Y C - AGUAS DE CARTEGENA S.A. profiera por causa del contrato, para interponer los recursos legales contra las decisiones que juzgue contrarias a derecho y para representar al consorcio durante la ejecución y liquidación del contrato.





1443



QUINTA. *Obligación del representante del Consorcio.* El representante obra a nombre del Consorcio exclusivamente para los fines del contrato adjudicado. Por tal causa, ejercerá bien y cumplidamente a los demás miembros de los actos que ejecute o que ALCALDIA MAYOR DE CARTAGEN DE INDIAS D.T. Y C - AGUAS DE CARTEGENA S.A. profiera en desarrollo del procedimiento contractual

SEXTA. *Propuesta del Consorcio.* En la propuesta anunciará expresamente, que la presentación se hace a título del Consorcio.

SEPTIMA. *Régimen del Consorcio.* Los miembros del Consorcio declaran someterse íntegramente a lo acordado en el presente acuerdo, prometiendo cumplir el contrato objeto del mismo, a tomar decisiones relativas a la actividad del Consorcio, por unanimidad, a responder satisfactoriamente de los deberes del acuerdo, y a desatar las controversias que ocurran por mutuo consenso, sin requerir la intervención de un tercero par lograrlo.

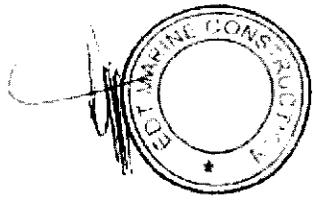
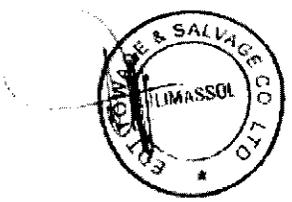
OCTAVA. *Revocación del mandato.* El mandato del representante convencional es esencialmente revocable; en consecuencia, los miembros del Consorcio podrán revocar el mandato cuando juzguen razonablemente que el designado no ejerce el cargo en debida forma. El representante del Consorcio debe ser informado por escrito de las decisiones tomadas por los miembros del Consorcio que afecten la posición del Representante del Consorcio. Toda decisión de los miembros del Consorcio que afecte la representación, deberá ser comunicada por escrito y en la debida oportunidad, a ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C - AGUAS DE CARTAGENA S.A., junto con la de la designación del nuevo representante, la cual requerirá ser aprobada previamente por Aguas de Cartagena SA, así como cualquier otra modificación que se haga en el acuerdo consorcial

NOVENA. *Responsabilidad solidaria.* Los miembros del Consorcio son solidariamente responsables de las obligaciones surgidas de la propuesta y del contrato que se suscriba por efecto de aquella. En consecuencia, los miembros del Consorcio se afectarán, tanto por acción como por omisión, por la actividad del consorcio y para los fines del contrato

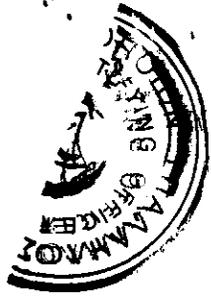
DÉCIMA. *Porcentaje de participación.* Sin perjuicio de la responsabilidad mancomunada y solidaria de que trata la cláusula anterior, los miembros del Consorcio tendrán, en el contrato adjudicado, una participación real de (50%) para "EDT MC" y (50%) para "EDT TS". El integrante principal principal será "EDT TS".

DECIMA PRIMERA. *Régimen tributario.* Para efectos impositivos, el Consorcio recibirá el mismo tratamiento de una sociedad constituida legalmente pero en ningún caso será sujeto de doble tributación.

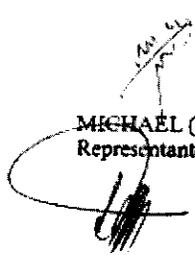
Para constancia, se suscribe en la ciudad de Limassol, Cyprus, a los siete días de Julio de 2007



ASDIK MEMURU



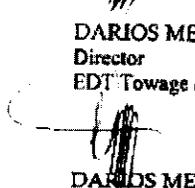
1444



 MICHAEL (MIKI) PELAGOS

 Representante del Consorcio



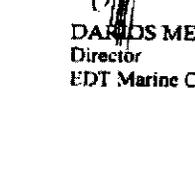


 DARIOS MELAS

 Director

 EDT Towage & Salvage





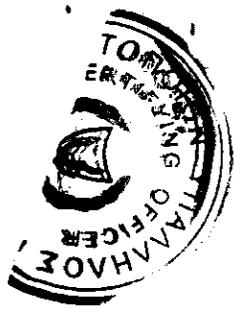
 DARIOS MELAS

 Director

 EDT Marine Construction Ltd.



SDIK MEMUR



1445



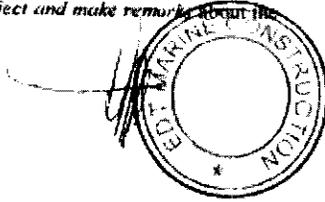
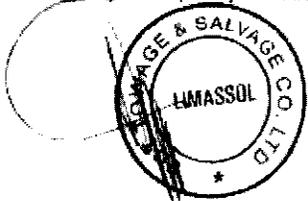
EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL

This *Joint Venture* agreement entered into between:

- 1. EDT Marine Construction, 124 Ayias Paraskevis Street, Germasoya, P. O. Box 54548, Hereinafter referred to as "EDT MC".
- 2. EDT Towage and Salvage, 124 Ayias Paraskevis Street, Germagoya, P. O. Box 54548, Hereinafter referred to as "EDT TS".

acting on their own behalf hereinafter are referred to in this contract as the *Joint Venture* "EDT Marine Construction Cartagena Outfall", have entered into an agreement that is determined by the following clauses:

- 1. *Objective of the Joint Venture.* The *Joint Venture* "EDT Marine Construction Cartagena Outfall" has been established to make a joint proposal for a contract "CONSTRUCCION EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA.", Number CDT-ALC-01-BM-2007., tendered by ALCALDIA MAYOR DE CARTAGEN DE INDIAS D.T. Y C AGUAS DE CARTEGENA S.A. E.S.P. in the city of Cartagena, with the object to CDT-ALC-01-BM-2007 construct the objet contract. The joint bid comprises of the preparation and submission of proposals referring to the awarding of the contract, and fulfillment of the contract requirements until such time that contract has been terminated or completed, according to the terms stipulated in the contract.
- 2. *Duration of this Agreement.* If the *Joint Venture* obtains the contract, the duration of this agreement will go from the date of undersigning of the present agreement, to the liquidation of the awarded contract.
- 3. *Contractual Representative.* By mutual agreement, the members of the *Joint Venture* appoint as a contractual representative of the proposal to the company EDT TOWAGE AND SALVAGE which is represented by Mr. MICHAEL (MIKI) PELEG, who is authorized to make its representation with the aims stated on the FIRST clause, at the pre-contractual, contractual and post-contractual stages, for CONSTRUCCION EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA, during the pre-contractual and contractual process.
- 4. *Faculties of the joint venture representative.* The representative of the *Joint Venture* will be specially authorized to sign necessary documents related to the agreement, such as the proposal, its proofreading, and the agreement itself, to *intervene* in the formalities that the ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS DT Y C AGUAS DE CARTAGENA S.A., determine necessary for the awarding of the principal contract; to *object and make remarks* about the



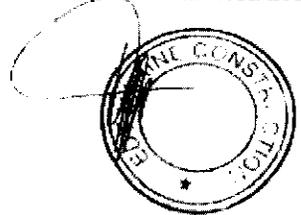
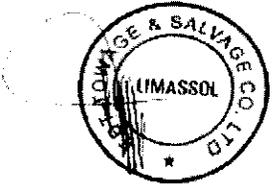
ASDIK MEMI



1446

terms and conditions, to audit to provide better service and, in general terms, to notify, on the behalf of *The Joint Venture*, the decisions made by the ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS DT Y C - AGUAS DE CARTAGENA S.A., because of the contract and to bring legal actions against the decisions he considers are contrary to law and to represent the joint venture during the execution and liquidation of the contract.

5. *Obligations of the Contractual Representative.* The contractual representative only acts on the behalf of the *Joint Venture* and for the exclusive purpose of the awarded contract. He will properly execute all the actions expressed by the CONSTRUCCION EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA relevant to the contractual proceedings.
6. *Joint Venture Proposal.* On the proposal, it will be stated clearly, that the proposal submission will be made in the name of the *Joint Venture*.
7. *Rules of the Joint Venture.* Each member of the *Joint Venture* agrees to comply with the terms in the present agreement, to make decisions unanimously regarding the activities of the *Joint Venture*, to satisfactorily fulfill his obligations; and to achieve mutual consensus in any dispute, without the need for third party involvement.
8. *Revocation of Power of the Contractual Representative:* the authority of the Contractual Representative is revocable. The members of the *Joint Venture* may revoke the authority of the Contractual Representative if they consider that he or she is not fulfilling the responsibilities of their position effectively. The Contractual Representative must be informed in writing of any decision made by the members of the *Joint Venture* that affects the position of the Contractual Representative. The ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS DT Y C - AGUAS DE CARTAGENA S.A., will also be notified in writing of the change in the position of the Contractual Representative, including the appointment of a new representative which will require to be previously approved by AGUAS DE CARTAGENA S.A., as well as any other modification to be made in the joint venture agreement.
9. *Joint Liability.* By operation of the law, the members of the *Joint Venture* are jointly liable for the obligations of the proposal and in the signed proposal contract. Consequently, the members of the *Joint Venture* will be responsible for their decisions and actions, either by omission or commission to the consortium management
10. *Percentage of Participation.* Without prejudice to the joint liability stated in Clause Nine, the members of the *Joint Venture* will have a real percentage of (50%) EDT Marine Construction Limited, (50%) EDT Towage and Salvage Limited according to the level of participation of each member on the awarded contract. The main contractor will be EDT TOWAGE & SALVAGE LTD. Who will perform also as the constructor.



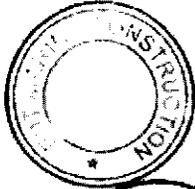
PIU TASYDİK MEMUR



1447

11. *Taxation.* For the purpose of taxation the *Joint Venture* will be considered to be a legally incorporated company but, in no case will it be subject to double taxation.

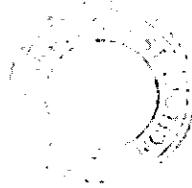
For the record, this document is signed at the city of Limassol, Cyprus on 7th July 2007
EDT Marine Construction Limited
124 Ayias Paraskevis Street,
Yermasoyia,
P. O. Box 34548
Limassol, 3725,
CYPRUS




MICHAEL PELEG
Joint Venture Rep.




DARIOS MELAS
Director
EDT Towage & Salvage Ltd.




DARIOS MELAS
Director
EDT Marine Construction Ltd



ACUERDO DE ARREGLO DIRECTO DE RECLAMACIÓN DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS CON OCASIÓN DEL INCIDENTE DEL EMISARIO SUBMARINO.

1448

Las partes del Convenio de Préstamo Subsidiario de fecha 25 de noviembre de 1996 suscrito entre el Distrito y la Empresa AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR, por lo que de una parte, JUDITH PINEDO FLÓREZ, en su condición de Alcaldesa Mayor de Cartagena de Indias, identificada como aparece al pie de su firma, actuando en nombre y representación del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, y de otra, FRANCISCO PEREZ TEMA, identificado como aparece al pie de su firma, en su condición de Gerente General de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR y actuando en representación de la misma, han determinado suscribir el presente acuerdo de ARREGLO DIRECTO con base en una Negociación Directa entre las partes, con el fin de definir la reclamación efectuada por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias a través de su Alcaldesa con ocasión del incidente del Emisario Submarino. Para tal fin y para efectos de este Acuerdo las partes son: El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en adelante el "Distrito" y AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR, en adelante "Acuacar". Una vez determinado el objeto general y las partes, se hace necesario pasar a realizar un recuento de los antecedentes generales y posteriormente a exponer el causulado pertinente al presente Acuerdo. Como Antecedentes Generales se transcribe literalmente la reclamación efectuada por el Distrito a Acuacar en fecha 14 de febrero de 2011.

I. RECLAMACION DEL DISTRITO

"ANTECEDENTES GENERALES

1. El Banco Mundial concedió el Préstamo por US\$ 65 millones al Distrito para financiar parcialmente el Proyecto de Acueducto, Abastecimiento y Gestión Ambiental de Cartagena.
2. El Préstamo con el Banco Mundial fundamenta la aprobación de los recursos del Préstamo con destino al proyecto, basada en el Project Appraisal Document presentado por el equipo del proyecto y que describe entre otras cosas, el objetivo del proyecto, la descripción, justificación, financiación, beneficios y riesgos. Asimismo presenta las condiciones del préstamo, el cumplimiento de los indicadores clave del Distrito y de Acuacar, y establece como requisito que Acuacar sea el ejecutor del proyecto e interventor de las obras (supervision of works).
3. En virtud de esas obligaciones y desarrollando el orden establecido en los contratos anteriormente descritos, se suscribió entre las partes, Distrito y Acuacar el Contrato donde se establece la obligación de Acuacar de ejecutar el proyecto y la Interventoría (supervision of works) cumpliendo con todas las obligaciones previstas en el Contrato del Proyecto.
4. Estos contratos coligados que tienen como objeto el desarrollo material de un crédito para ser invertidos en el Proyecto de Acueducto, Abastecimiento y Gestión Ambiental de Cartagena (Distrito) y tienen como ejecutor material a Acuacar. Con

A 10

- 1449
- restituir la integridad del tubo y los trabajos adicionales que permitan la instalación del mismo en las condiciones originalmente previstas.
4. Que el Distrito no invertirá ni puede invertir recurso alguno diferente a los inicialmente previstos para este componente y recogidos en el contrato de obra suscrito con el consorcio contratista, ya que ello conllevaría un detrimento patrimonial del Distrito.
 5. Que se debe perseguir por todos los medios legales al CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, quien por la naturaleza del Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008 es el responsable de la instalación del mismo.
 6. El Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008 prevé unas figuras de acción por parte del órgano ejecutor Acuar, con el fin de no poner en riesgo la continuidad de las obras ante el abandono del consorcio contratista.
 7. Mientras duran los procesos legales y sus aleos y contingencias el Proyecto no puede ni debe suspenderse debido a (i) que el componente faltante del "Tubo Emisario" corresponde a menos del 10% de las inversiones y obras totales contempladas en el Proyecto, (ii) las condiciones de vida de un sector desfavorecido de la ciudad se encuentran en riesgo debido a la no culminación de las obras, (iii) un riesgo inminente a la comunidad cartagenera debido al deterioro del medio ambiente al no entrar oportunamente en servicio este componente esencial.
 8. Las obras necesarias para restituir la integridad del "Tubo Emisario" y completar la totalidad de las obras que para tal fin sean necesarias y contempladas en el Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008, deben ser asumidas con recursos provenientes de Acuar, de su propio patrimonio y/o cualquier otra fuente de recursos, pero en todo caso no podrá el órgano ejecutor utilizar recursos distritales diferentes a los inicialmente previstos en el Préstamo o solicitar recursos del presupuesto distrital. Con los recursos inicialmente previstos y aquellos otros recursos que pudieren ser obtenidos deberá el órgano ejecutor cubrir la totalidad de las obligaciones y las contingencias contractuales derivadas del Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008.
 9. En virtud de los hechos narrados y las anteriores peticiones, solicito a usted que se suscriban los documentos correspondientes, en virtud de los cuales Acuar asume la culminación de las obras y garantiza la indemnidad patrimonial del Distrito y sus funcionarios con ocasión de la culminación de las obras previstas en el Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008".

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS GENERALES

De la cláusula quinta del Convenio de Préstamo Subsidiario suscrito entre el Distrito y Acuar, constata que no presentarse diferencias entre las partes con

de \$ 57.576.134.000,00. Si con el fin de terminar la obra fallida, se invierten dineros en mayor cuantía de la anotada, dichos valores serán atendidos en la forma prevista en la cláusula anterior.

1450
CLÁUSULA TERCERA: Al final de la ejecución de estas obras Acuacar presentará una rendición final de cuentas donde se relacionen las obras o trabajos realizados para restituir la integridad del Tubo Emisario Submarino y completar la totalidad de las obras necesarias a fin de cumplir el objeto del Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008, los costos y los dineros efectivamente invertidos, con sus fuentes. Una vez verificada y aceptada la misma se procederá a liquidar de mutuo acuerdo el Convenio. Sin perjuicio de lo anterior, Acuacar presentará al Distrito, a solicitud de éste, una rendición previa de cuentas en la cual se justifique el estado de los ingresos y gastos del contrato y las obligaciones atendidas con cargo al mismo.

CLÁUSULA CUARTA: Las partes convienen que la culminación de las obras se cumplirá en las condiciones anotadas en la cláusula primera, para efectos de garantizar la indemnidad patrimonial del Distrito y sus funcionarios con ocasión de la terminación de las obras objeto del Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008.

Por lo anterior, Acuacar defenderá sus intereses conjuntamente con los del Distrito en cualquier escenario y destinará para este fin los recursos necesarios para atenderlos de manera oportuna, diligente y profesional contratando, si fuere el caso, los profesionales que estime necesarios para cumplir adecuadamente con tal labor para lo cual el Distrito otorgará los poderes para la representación judicial cuando así se requiera. Lo anterior no obsta para que el Distrito opte en algunos casos por actuar de manera directa en tales procedimientos, pero estas actuaciones directas deberán realizarse en acuerdo con Acuacar, para mantener unidad de criterio y de defensa.

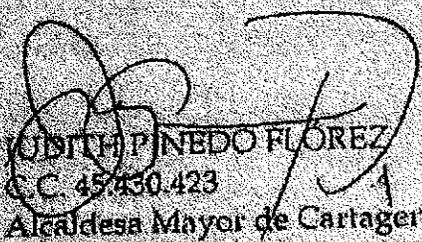
Para el cumplimiento de los objetivos del presente documento, el Distrito prestará toda su colaboración a Acuacar, suministrará los documentos que se encuentren en su poder y continuará, como lo viene haciendo, ejerciendo todas las acciones conducentes y de su competencia para consecución de recursos financieros. En todo caso, tomará o hará que se tomen todas las medidas necesarias o adecuadas para permitirle a ACUACAR desempeñar su gestión, y no tomará ni permitirá que se tomen acciones que impidan tal cumplimiento ni que interfieran con el mismo.

CLÁUSULA QUINTA: Con la suscripción de este Acuerdo las partes consideran resueltas las diferencias surgidas con ocasión de la reclamación presentada por el Distrito y con ocasión a la terminación de las obras necesarias para culminar el Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM - 2008, por tal razón, una vez cumplidas las obligaciones previstas del presente acuerdo, las partes se declaran a paz y salvo con

1451

ocasión de todos los hechos relacionados o vinculados con las obras de construcción del Emisario Submarino y el incidente del 02 de diciembre de 2010.

Para constancia, se firma en dos originales, el 17 de febrero de 2011.



JUAN PINEDO FLOREZ
C.C. 45.430.423
Alcalde(a) Mayor de Cartagena
DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE
CARTAGENA DE INDIAS



FRANCISCO PEREZ TENA
C.E. 380.456
Gerente General
AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.
"ACUACAR"

1452

**Normas
Adquisiciones
con Préstamos
del BIRF
y Créditos
de la AIF**

Enero de 1995
Edición revisada en enero y agosto de 1996,
septiembre de 1997 y enero de 1999

1453

**Normas
Adquisiciones
con Préstamos
del BIRF
y Créditos
de la AIF**

Banco Mundial
1818 H Street, N.W.
Washington, D.C. 20433

1455

Banco como árbitro ni pedirle que designe uno³⁰. En el caso de los contratos de obras, de suministro de bienes e instalaciones, así como en el de contratos llave en mano, las disposiciones relativas al arreglo de diferencias comprenderán también mecanismos tales como juntas de examinadores de diferencias o conciliadores, a quienes se designa con el objeto de permitir una solución más rápida de las diferencias.

C. Apertura y evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato

Plazo para la preparación de las ofertas

2.43 El plazo que se conceda para la preparación y presentación de las ofertas deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta las circunstancias especiales del proyecto y la magnitud y complejidad del contrato. En general, para las licitaciones internacionales dicho plazo no deberá ser inferior a seis semanas a partir de la fecha del llamado a licitación o, si fuere posterior, de la fecha en que estén disponibles los documentos de licitación. Cuando se trate de obras civiles de gran envergadura o de elementos de equipo complejo, el plazo normalmente no deberá ser menor de 12 semanas a fin de que los posibles licitantes puedan llevar a cabo sus investigaciones antes de presentar sus ofertas. En tales casos se recomienda al Prestatario que convoque a reuniones previas a las licitaciones y organice visitas al terreno. Se deberá permitir a los licitantes enviar ofertas por correo o entregarlas por mano. En el llamado a licitación se deberá especificar la fecha y hora límites y el lugar para la entrega de las ofertas.

Procedimientos para la apertura de las ofertas

2.44 La apertura de las ofertas deberá coincidir con la hora límite fijada para su entrega o efectuarse inmediatamente después de dicha hora límite³¹ y deberá anunciarse, junto con el lugar en que haya de efectuarse la apertura, en el llamado a licitación. El Prestatario deberá abrir todas las ofertas a la hora estipulada y en el lugar especificado. Las ofertas deberán abrirse en público, es decir, se deberá

³⁰ No obstante, se entiende que los funcionarios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en su calidad de tal, están libres para nombrar árbitros.

³¹ A fin de dejar tiempo suficiente para llevar las ofertas al lugar anunciado para su apertura pública.

1456



LUIS ENRIQUE CUERVO
Partner
Fowler, Rodriguez, Valdes-Fauli
1331 Lamar St. Suite 1560
Houston, TX
(713) 654 1560

Agosto 8 del 2011

Doctora
JULIA EVA PRETELT VARGAS
Centro de Arbitraje y Conciliación
Cámara de Comercio de Cartagena
Via email mdiaz@ccccartagena.org.co
jpretelt@ccccartagena.org.co
Fax (575) 6501126

Doctora Pretelt.

Luis Enrique Cuervo, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, en virtud del poder especial otorgado por el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, copia del cual oportunamente le hice llegar, con ocasión de la petición de conciliación radicada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena por la sociedad AGUAS DE CARTAGENA S.A., me permito explicar a Usted las razones por las que el CONSORCIO no se presentará al trámite convocado por el Centro que Usted dirige ya que éste carece de competencia para resolver controversias relativas al Contrato de Obra Civil Número ALC-01-BM-2008 por las razones que aquí adelante me permito exponer y que pueden resumirse así.

-La solicitud para resolver supuestas controversias relativas al contrato de Obra Civil Número ALC-01 BM 2008 se formula por quien no tiene la calidad de parte y contra quienes no son partes

El contrato de Obra Civil Número ALC-01 BM-2008 contempla la conciliación como prerrogativa exclusiva del contratista, es decir, del Consorcio EDT Marine, y en ningún caso del Jefe de Obra.

1457

-No se ha dado aplicación a lo previsto en el contrato en materia de entidad facultada para designar conciliador

-De conformidad con lo afirmado por Aguas de Cartagena, hay procesos jurídicos pendientes en curso para resolver muchas de las controversias planteadas en el escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación

A continuación se explica cada una de las razones por las que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena carece de competencia para tramitar una conciliación que pretenda resolver diferencias que surjan dentro del contrato de Obra Civil Número ALC-01·BM-2008

I. Petición radicada por quien no tiene calidad de parte, y que vincula a sociedades que tampoco son parte del contrato.

1 La sociedad AGUAS DE CARTAGENA S.A. ESP radicó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena una solicitud de conciliación de fecha 1 de julio del 2011 con el fin de conciliar diferencias relacionadas con el Contrato de Obra Civil Número ALC-01·BM·2008 Sin embargo, la solicitud vincula como partes convocadas a la sociedad OPERACIONES TECNICAS MARINAS OTM y sus ASEGURADORAS, a la ASEGURADORA MAPFRE SEGUROS, y a la sociedad HALCROW GROUP LIMITED Además, la petición manifiesta que "se reserva el derecho de convocar a cualquier otra persona natural o jurídica que pudiere ser solicitada en esta conciliación."

Mal puede tramitarse una solicitud de conciliación en la que la parte convocante se reserva el derecho de convocar partes adicionales no designadas en la solicitud inicial. Tal procedimiento sería totalmente contrario a la lógica y al debido proceso. Cuestiones simples como la determinación de las partes dentro del procedimiento no podrían determinarse y el propósito de realizar un trámite de conciliación extrajudicial que vincule a las partes de una posible acción civil no podría lograrse Así como cuando se presenta una demanda y ésta no reúne el requisito de identificar claramente a los demandados la ley impone la obligación de inadmitirla, en este caso la petición adolece del mismo defecto al no identificar con claridad a la totalidad de las partes convocadas.

2 Lo más importante, como puede comprobarlo cualquier lector del contrato, el día 11 de febrero del 2009 se celebró el CONTRATO DE OBRA CIVIL NUMERO ALC-01·BM·2008 entre el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO EDT MARINE

1458

CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL. El contrato dispone con claridad quiénes son las partes del mismo y el rol que se atribuye a la sociedad Aguas de Cartagena, sociedad que no es parte del contrato

Así, el numeral 2 de las Consideraciones (página 1) dispone

“ACUACAR actúa, para los efectos del presente contrato, **EN NOMBRE Y REPRESENTACION DEL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS..**”

La cláusula 1 de las Condiciones Especiales del Contrato identifica las partes del mismo y textualmente indica lo siguiente:

“Contratante Aguas de Cartagena SA ESP como organismo ejecutor del Préstamo, actuando **EN REPRESENTACION DE LA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T.Y C.**”

La cláusula 1.3 define el rol que dentro del contrato se asignó a la sociedad AGUAS DE CARTAGENA al literalmente afirmar:

1.3 **“JEFE DE OBRA: AGUAS DE CARTAGENA”.**

La cláusula 50.1 del contrato claramente distingue entre el Contratante y el Jefe de Obra y dispone:

“el Contratista enviará al Jefe de Obra para que lo transmita al Contratante por intermedio del representante legal del contratante .”

El documento elaborado por la Jefe del Departamento Jurídico de Aguas de Cartagena bajo el nombre de Constancia de Legalización del Contrato ALC-01-BM-2008 dispone quiénes son el contratante y el contratista y literalmente dice

“Contratista. Consorcio EDT MARINE CARTAGENA OUTFALL.
CONTRATANTE: DISTRITO DE CARTAGENA REPRESENTADO POR AGUAS DE CARTAGENA SA ESP ACUACAR.”

Así, es absolutamente claro que el CONTRATO DE OBRA CIVIL NUMERO ALC-01-BM-2008 vincula al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL. Igualmente es claro que AGUAS DE CARTAGENA tiene la calidad de JEFE DE OBRA y que el contrato distingue entre la entidad Contratante y el Jefe de Obra, siendo éstas dos entidades diferentes.

1459

Por lo anterior, un proceso de conciliación que sea solicitado por quien no es parte del contrato y que vincule a sociedades distintas que tampoco son parte del mismo, mal puede ser el escenario válido para resolver diferencias que surgen dentro de un contrato que vincula sólo a quienes del mismo son partes.

En Colombia lo que un gestor o representante realiza a nombre de su representado, produce por ley efectos en cabeza del representado, no del representante. Así, que el contrato ALC-01-BM-2008 haya sido suscrito por el representante legal de AGUAS DE CARTAGENA no significa que dicha sociedad sea parte, ya que como el propio texto del contrato lo indica el propósito de dicha firma fue para actuar a nombre y en representación del Distrito, dice el contrato: "**para todos los efectos legales actúa en nombre y representación del Distrito**" (ver primer párrafo del contrato ALC-01-BM-2008).

En todo momento, y en el mismo escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Mediación AGUAS DE CARTAGENA se ha referido a su rol como "**MANDATARIO**"

Dice el escrito radicado por AGUAS DE CARTAGENA.

"Con base en ese **MANDATO** Acuarcar inició un proceso de contratación (página 2 de la petición de Aguas de Cartagena) "

En carta GER ACT 04448 de fecha 2 de marzo del 2011 manifestó AGUAS DE CARTAGENA lo siguiente:

"Por medio de la presente damos respuesta a sus comunicaciones anteriores del 14, 20 de enero y 2 de febrero recibidas a través del señor Francisco Pérez, Gerente General de AGUAS DE CARTAGENA SA ESP, **ENTIDAD QUE ACTUA EN NOMBRE Y REPRESENTACION DEL DISTRITO DE CARTAGENA..** tal como lo dispone el contrato de obra civil número ALC-01-BM-2008 "

El artículo 2142 del Código Civil recuerda que el mandato es un contrato en el que una parte confía la gestión de uno o más negocios a otra que **se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.**

El Contrato dispone con claridad quiénes son sus partes, establece que AGUAS DE CARTAGENA fue designada como JEFE DE OBRA y la misma AGUAS DE CARTAGENA ha reconocido por escrito que actúa en ejercicio de un mandato y en nombre y representación del DISTRITO. Debe darse plenos efectos legales a esas disposiciones que son ley para las partes.

3 El mecanismo de solución de controversias acordado entre el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL se

1460

encuentra previsto en el artículo 50 del Contrato. La cláusula puede leerse directamente. Ese mecanismo no contempla solución de controversias con la sociedad OPERACIONES TECNICAS MARINAS OTM, ni con las sociedades ASEGURADORAS de ésta, ni con la ASEGURADORA MAPFRE SEGUROS, ni con la sociedad HALCROW GROUP LIMITED, ninguna de las cuales es parte de dicho contrato. Recordamos que según lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley "para los contratantes". Los contratantes se encuentran claramente determinados y son el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL; la sociedad AGUAS DE CARTAGENA fue designada como JEFE DE OBRA.

Así, las controversias planteadas en el escrito presentado por AGUAS DE CARTAGENA, al pretender vincular sociedades que no son parte del contrato y no ser planteadas por quien tenga la calidad de parte dentro del contrato, no pueden suscitar el procedimiento de conciliación previsto en el CONTRATO DE OBRA CIVIL NUMERO ALC-01-BM-2008 para resolver diferencias de naturaleza contractual como lo plantea el escrito radicado.

II. Conciliación Contractual como prerrogativa exclusiva del Contratista Consorcio EDT.

1 Una de las obligaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación, impuesta tanto por ley como por el reglamento del mismo Centro, es la de revisar y analizar la solicitud de conciliación y darle trámite sólo si la considera procedente. Cuando la conciliación es acordada como mecanismo contractual de solución de diferencias, es indispensable dar aplicación a lo expresamente dispuesto por las partes en el contrato que las vincula.

Lo que el Contrato DE OBRA CIVIL NUMERO ALC-01-BM-2008 entre DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL dispone en materia de conciliación se encuentra en la cláusula 50 del mismo.

Me permito recordar que en virtud de lo dispuesto por la cláusulas 1.4 y 1.3 de las condiciones especiales, el Contratista es el Consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL y el JEFE DE OBRA es AGUAS DE CARTAGENA.

Dice textualmente la cláusula 50 del contrato

1461

“Si surgiere una controversia entre el Jefe de Obra y el Contratista de cualquier índole Si el Contratista no hubiere recibido una respuesta satisfactoria en un plazo de quince días contados a partir de la recepción por el Contratante del referido memorando, **EL CONTRATISTA podrá**, dentro de un plazo de quince días someter al Conciliador la controversia relativa a su reclamación o la respuesta dada por el Jefe de Obra.

2 Es claro entonces que la facultad de someter las diferencias a un conciliador fue contractualmente prevista por las partes como una **facultad exclusiva del Contratista**, es decir, del Consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL.

El día 15 de julio del 2011 la Secretaria del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena confirmó por escrito que la solicitud recibida fue radicada por la sociedad AGUAS DE CARTAGENA S.A. ESP y vincula entre otras sociedades a las sociedades OPERACIONES TECNICAS MARINAS OTM SAS, y sus ASEGURADORAS, y a la ASEGURADORA MAPFRE SEGUROS Que la radicación fue presentada por AGUAS DE CARTAGENA lo confirma también el escrito de la Cámara de Comercio de fecha 22 de julio del 2011 (correo electrónico que da respuesta a unas preguntas básicas sobre el trámite)

Como el contrato NUMERO ALC-01-BM-2008, cláusula 50, dispone que quien puede en virtud de dicho acuerdo contractual acudir a la figura de la conciliación **es únicamente el Contratista**, mal puede proceder una conciliación que no fue solicitada por éste.

3 Es tan claro que las figuras de la conciliación y el arbitraje se establecieron contractualmente como una prerrogativa del Contratista, que la cláusula 50.3.2 establece que si pasados 6 meses “el Contratista no hubiere iniciado el procedimiento de arbitraje previsto, **todo procedimiento arbitral o de reclamación ante cualquier instancia será entonces improcedente**”

Es obligación de todo Centro de Arbitraje y Conciliación analizar el texto del contrato para confirmar que el acuerdo de las partes faculta al centro para intervenir Es obligación y función básica de un Centro de Mediación y Arbitraje analizar si tiene o no jurisdicción y competencia en virtud del contrato celebrado

Como se desprende de la lectura del contrato, la solicitud de conciliación y/o arbitraje es prerrogativa exclusiva del Contratista y el Consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL no formuló esta petición

1462

El correo de fecha 22 de julio del 2011 enviado por el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena confirma que el centro no realizó análisis alguno de las cláusulas del contrato en materia de conciliación. El centro consideró que bastaba que una solicitud de conciliación fuera radicada ante el mismo y que el Centro fuera facultado por ley como centro de conciliación para que procediera el trámite conciliatorio. Lo anterior no es válido en el escenario contractual ya que es el contrato, ley para las partes, el que dispone qué puede conciliarse, cómo, entre quiénes, cuando y ante quién. Ninguno de los términos y condiciones previstos en el contrato para adelantar una conciliación válida se ha verificado y por lo tanto el proceso para conciliar diferencias de naturaleza contractual bajo el contrato ALC-01-BM-2008 planteado por Aguas de Cartagena resulta inválido e improcedente.

III. Lo dispuesto contractualmente sobre autoridad encargada de designar el conciliador.

1. Dispone con claridad la cláusula 24 de las condiciones especiales del contrato lo siguiente.

“Cláusula 24 Solución de Controversias (Cláusula 50 de las CGC)

50.2.3. **Nombre de la autoridad encargada de designar el Conciliador:**

El decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena”

El día 15 de julio del 2011 la Secretaria del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena confirmó por escrito que Julia Eva Pretelt Vargas como directora del Centro de Arbitraje y Conciliación había sido designada para este trámite de conformidad con el reglamento del Centro. El 22 de julio mediante correo electrónico la secretaria jurídica del Centro confirmó también por escrito lo siguiente:

“El conciliador designado fue la directora del Centro.” Aunque las preguntas que formulé en mi carta del 15 de julio del 2011 nunca recibieron respuesta completa por parte del Centro si es claro que fué el Centro el que designó un mediador en lugar de la autoridad prevista bajo la cláusula 50.2.3 del contrato

Se comprueba así que la autoridad encargada para designar conciliador en virtud del acuerdo previsto por las partes no fue quien en este caso designara al conciliador. Por lo tanto mal puede tramitarse una conciliación válida para resolver diferencias relacionadas con el

CONTRATO NUMERO ALC-01-BM-2008 si no se da aplicación a lo acordado por las partes

1463

Como se mencionó previamente, un conciliador designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena carece de competencia y jurisdicción para conocer de las diferencias que surjan del CONTRATO NUMERO ALC-01-BM-2008.

No dispuso el acuerdo entre las partes del contrato ALC-01-BM-2008 que el conciliador lo designara el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena. Lo dispuesto en el contrato puede leerse directamente

IV. Existencia de procesos pendientes por los temas planteados.

1 Plenamente consciente de que CONTRATO NUMERO ALC-01-BM-2008 vincula al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, entidad de naturaleza pública a la que se aplican las disposiciones del decreto 2511 de 1988, que como su texto lo indica SE APLICAN A LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, el representante de AGUAS DE CARTAGENA afirma en su petición lo siguiente:

"IX. Manifestación especial juramentada

Conforme lo previsto por el literal g) del artículo 6 del decreto 2511 de 1998, manifestamos a Usted, Señor Conciliador, bajo la gravedad del juramento, que no hemos presentado demandas ni solicitudes de conciliación extrajudicial con base en los mismos hechos que se describen en este libelo "

2 Es esta manifestación un reconocimiento por parte del peticionario en el sentido de que el procedimiento aplicable es el de la conciliación extrajudicial contencioso administrativa, precisamente por ser el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS la parte Contratante.

Así, de una parte se aprecia con claridad que la competencia para tramitar una conciliación que vinculara a la parte del contrato, el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, está radicada en el agente del Ministerio Público, como lo señala el artículo 5 del decreto 2511 de 1998 que bien cita el peticionario. Y de otra, y de mayor relevancia aún, se aprecia que muchos de los hechos a los que se refiere la petición de la sociedad AGUAS DE CARTAGENA SA ESP, al contrario de lo manifestado bajo la gravedad del juramento, ya son del conocimiento de otras autoridades públicas en Colombia.

1464

3 En efecto la propia petición formulada por AGUAS DE CARTAGENA da cuenta de la aparente existencia de los siguientes procesos

- a. Investigación adelantada ante la Capitanía de Puerto de Cartagena por el hundimiento de la tubería.
- b. Investigación administrativa ante la Superintendencia de Sociedades.
- c. Proceso de responsabilidad fiscal tramitado ante la Contraloría Distrital de Cartagena.
- d. Proceso de responsabilidad contencioso administrativo contra el Distrito, Aguas de Cartagena y aparentemente el Consorcio EDT Marine.
- e. Investigaciones de naturaleza penal relacionadas con el incidente del emisario submarino.

Se concluye con facilidad que si ya existen todos estos procesos, cualquier solicitud de conciliación que tenga relación con estos mismos hechos únicamente podría plantearse dentro de los mismos y con el pleno conocimiento de las autoridades competentes que los tramitan

Por todo lo anterior, el Consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL no acepta como válida la petición realizada por el JEFE DE OBRA AGUAS DE CARTAGENA ya que incumple lo expresamente acordado contractualmente para resolver controversias de naturaleza contractual. En virtud de lo dispuesto en el Contrato ALC 01 BM 2008 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena no tiene competencia.

Por supuesto todos los efectos que consagra la ley en materia de obligatoriedad de asistencia a la audiencia de conciliación, efectos de inasistencia a la misma y demás normas, suponen un proceso de conciliación válido.

Cuando se trata de diferencias contractuales es el texto del contrato y lo que al respecto fue contemplado por las partes del mismo lo que las vincula. Se recuerda que en Colombia el contrato es ley para las partes.

Antes de concluir que el trámite era posible y pertinente, el Centro tenía la obligación de analizar si el contrato en mención le otorgaba o no competencia para actuar. Desafortunadamente ese análisis no se hizo como lo confirma el correo electrónico de fecha 22 de julio del 2011

1465

Por todo lo anterior, como no se dan los presupuestos para adelantar un proceso conciliatorio válido en virtud de lo expresamente acordado por las partes, el Consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL se abstendrá de participar dentro del trámite que cursa ante su Centro de Arbitraje y Conciliación ya que el mismo es inválido y en virtud del contrato el Centro carece de competencia.

No se han verificado los términos y condiciones previstos en el contrato ALC 01-BM-2008 para adelantar una conciliación válida. El trámite promovido por la sociedad AGUAS DE CARTAGENA desconoce lo expresamente pactado en el contrato ALC 01-BM-2008 y por eso mal puede proceder y carece de validez.

De Usted atentamente,



Luis Enrique Cuervo
T.P 47872

Anexo Copias de las disposiciones del contrato citadas y que regulan lo acordado por las partes del mismo en materia de conciliación.

1466

ANEXOS

Cláusulas relevantes del contrato ALC-01-BM-2008
y copia de correspondencia de AGUAS DE CARTAGENA

1467

**CONTRATO DE OBRA CIVIL No. ALC -01-BM -2008
ENTRE AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. Y EL CONSORCIO EDT MARINE
CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL.**

Se celebra el presente contrato con fecha 11 FEB 2009, entre **JOHN MONTOYA CAÑAS**, mayor de edad y vecino de esta ciudad de Cartagena, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.517.558 expedida en Itaguí, quien para los efectos legales actúa en nombre y representación del **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, por su condición de Representante Legal de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.**, organismo ejecutor del contrato de préstamo No. 7404-CO, en adelante denominado "El Contratante" por una parte y **MICHAEL PELEG**, mayor de edad y vecino de la ciudad de Limassol - Cyprus, identificado con Pasaporte No.10903180, quien para los efectos legales actúa en su condición de Representante Legal del **CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL** y en adelante denominado "el Contratista" por la otra, previo las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Que el Distrito de Cartagena ha recibido un préstamo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en adelante denominado el "Banco") para sufragar parcialmente el costo de los Servicios y se propone utilizar parte de los fondos de este préstamo a fin de efectuar pagos elegibles conforme este Contrato, quedando entendido que i) el Banco sólo efectuará pagos a pedido del Contratante y previa aprobación por el Banco, ii) dichos pagos estarán sujetos, en todos sus aspectos a los términos y condiciones del convenio de préstamo, y iii) nadie más que el Distrito de Cartagena podrá tener derecho alguno en virtud del convenio de préstamo ni tendrá ningún derecho a los fondos del préstamo.
2. **ACUACAR** actúa, para los efectos del presente contrato, en nombre y representación del **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, en virtud del Contrato de Préstamo No.7404-CO, suscrito entre el Distrito y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento para sufragar parcialmente el costo del proyecto de Acueducto, Alcantarillado y Gestión Ambiental.
3. Que el Contratante realizó los trámites de la Contratación Directa No. CDT-ALC-01-BM-2007, para la **CONSTRUCCION EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA**, (en adelante denominado "las Obras") y el contratista presentó oferta de fecha Agosto 9 de 2007 para la ejecución y terminación de dichas Obras.
4. Que el Contratante desea que el Contratista ejecute la **CONSTRUCCION EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA**, de conformidad con las condiciones y especificaciones contenidas en los Pliegos de Condiciones de la Contratación Directa No. CDT-ALC-01-BM-2007 y ha aceptado la oferta del Contratista de fecha Agosto 9 de 2007, mediante comunicación PRO-COT 17725 de Noviembre 21 de 2007, para la ejecución y terminación de dichas Obras y la corrección de cualquier defecto de las mismas.
5. Que por medio de la Resolución No.0345 de 2.001 expedida por **CARDIQUE** se estableció la licencia ambiental para la construcción y operación del proyecto denominado "TRATAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES DE LA CIUDAD DE CARTAGENA DE INDIAS Y PARA LA DISPOSICIÓN FINAL DEL AFLUENTE AL MAR ADYACENTE A TRAVÉS DE UN EMISARIO SUBMARINO"

1468

Condiciones Especiales del Contrato

Las siguientes Condiciones Especiales del Contrato (CEC) complementan las Condiciones Generales del Contrato (CGC) En caso de conflicto, las disposiciones que aquí se indican prevalecerán sobre las de las CGC. El número de la cláusula correspondiente de las CGC está indicado entre paréntesis.

Cláusula 1. Identificación de las partes (subcláusula 3.1 de las CGC)

- 1.1 **Contratante:**
 Nombre: Aguas de Cartagena S.A. E.S.P, como organismo ejecutor del Préstamo, actuando en representación de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D T y C.
- Dirección. Carrera 13B, Sector Papayal, Barrio Torices, Edificio Chambacú, Cartagena de Indias.
- 1.2 **Representante Legal del Contratante:** John Montoya Cañas.
- 1.3 **Jefe de Obra:** Aguas de Cartagena
 Dirección
- 1.4 **Contratista:** Consorcio EDT Marine Construction
 Cartagena Outfall.
- 1.5 **Conciliador:** Centro de arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena.

Cláusula 2. Dirección en la que las notificaciones al Contratista se considerarán válidamente efectuadas (subcláusula 3.5 de las CGC)

En Colombia Albornoz, Carrera 49 No. 3-04, Cartagena de Indias, Colombia.

En el exterior: 124 Ayias Paraskevis Street – Yermasovia – P. O. Box 54548 – 3725, Limassol – Cyprus.

Cláusula 3. Documentos que constituyen el Contrato (subcláusula 4.2 de las CGC)

1469

- iii. "prácticas de colusión" significa las prácticas colusorias entre los Proponentes, con o sin el conocimiento del Prestatario ejercidas con el fin de establecer precios de oferta a niveles artificiales y no competitivos;
- iv. "prácticas coercitivas" significa el daño o amenazas para dañar, directa o indirectamente, a las personas, o a sus propiedades para influenciar su participación en un proceso de contratación, o afectar la ejecución de un contrato.

50. Solución de controversias

50.1 Intervención del Contratante

Si surgiera una controversia entre el Jefe de Obra y el Contratista debido a objeciones expresadas por el Contratista a una orden de ejecución, o de cualquier otra índole, el Contratista enviará al Jefe de Obra para que lo transmita al Contratante por intermedio del Representante Legal del Contratante, un memorando de reclamación, en el cual justificará sus objeciones e indicará los montos de las reclamaciones.

Si el Contratista no hubiera recibido una respuesta satisfactoria en un plazo de quince (15) días contados a partir de la recepción por el Contratante del referido memorando, el Contratista podrá, dentro de un plazo de quince (15) días, someter al Conciliador la controversia relativa a su reclamación o la respuesta dada por el Jefe de Obra.

50.2 Intervención del Conciliador

50.2.1 El Conciliador deberá adoptar su decisión dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se le presente la controversia.

50.2.2 Al Conciliador se le pagará por hora, según la tarifa especificada para tal efecto en el Contrato, y el costo se pagará por partes iguales por el Contratante y el Contratista, cualquiera que sea la decisión del Conciliador. Cualquiera de las partes podrá notificar a la otra su intención de someter a arbitraje la decisión

1470

del Conciliador, conforme a lo dispuesto en la subcláusula 50.3 de las CGC, dentro de los treinta (30) días siguientes a la decisión del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria para las partes.

50.2.3 En caso de renuncia o deceso del Conciliador, o en caso de que el Contratante y el Contratista coincidieran en que el Conciliador no está cumpliendo sus funciones de conformidad con las disposiciones del Contrato, el Contratante y el Contratista nombrarán de común acuerdo un nuevo Conciliador o, en caso de que no llegaran a acuerdo en un plazo de treinta (30) días, el Conciliador será designado a petición de cualquiera de las partes por la autoridad nominadora que figura en las CEC y enseguida nombrado conjuntamente por el Contratante y el Contratista

50.3 Procedimiento contencioso

50.3.1 Si dentro de un plazo de treinta (30) días a partir de la fecha de presentación de la controversia al Conciliador, éste no hubiera comunicado ninguna decisión al Contratista y al Contratante, o si una de las partes no aceptara la decisión notificada por el Conciliador, la controversia será resuelta por medio de arbitraje, de conformidad con el procedimiento establecido en las CEC

50.3.2 Si en el plazo de seis (6) meses a partir de la fecha de notificación al Contratista de la decisión tomada de conformidad con la subcláusula 50.1 sobre las reclamaciones a que haya dado lugar la estimación de cuenta general del Contrato, el Contratista no hubiera iniciado el procedimiento de arbitraje previsto en la subcláusula 50.3.1 precedente, se considerará que ha aceptado definitivamente dicha decisión, y todo procedimiento arbitral o de reclamación ante cualquier instancia será entonces improcedente.

1471

28.2 Plazo para la entrega del programa de ejecución.
21 días a partir de la fecha de Notificación de la Adjudicación y entrega para la firma del contrato

28.3 Plan de seguridad e higiene.
El plan se especifica en el Manual de Normas y Recomendaciones en Seguridad y Salud Ocupacional de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., ACUACAR

Cláusula 22.**Recepción provisional (cláusula 41 de las CGC)**

41.1 Las modalidades de recepción de las obras por etapas son las siguientes.
Las recepciones por etapas serán las siguientes. Las establecidas en el programa de trabajo aprobado por la Interventoría, a través de las actas mensuales de recibo de obras.

41.2 b) Pruebas incluidas en las operaciones previas a la recepción provisional de las obras:

Las pruebas que se llevarán a efecto durante las operaciones previas a la recepción de las obras son. Las indicadas en Volumen II - Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones.

41.2 e) Aplica

Cláusula 23. Período de garantía (cláusula 42 de las CGC)

Por derogación de las disposiciones de la subcláusula 42.1, se fija la duración del período de garantía en. Treinta (30) meses para la garantía de cumplimiento que corresponden a dieciocho (18) meses del plazo del contrato y doce (12) meses más.

Cláusula 24. Solución de controversias (cláusula 50 de las CGC)

50.2.2 Honorarios del Conciliador.

Los establecidos por la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, según el Decreto 24 de 2.002 o el que este vigente en la fecha de la utilización de los servicios del Conciliador.

50.2.3 Nombre de la autoridad encargada de designar al Conciliador.

2

1472

El Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena.

Toda controversia que se derive del presente Contrato será resuelta definitivamente de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, Colombia, por uno o varios árbitros nombrados de acuerdo a dicho Reglamento.

La autoridad nominadora será.

a) *Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias.*

b) Número de árbitros Tres

c) Lugar del arbitraje: Cartagena de Indias, Colombia

Cláusula 25. Ley aplicable (cláusula 51 de las CGC)

La Ley aplicable será la Ley Colombiana

Cláusula 26. Entrada en vigor del Contrato (cláusula 52 de las CGC)

Con la preparación y firma del acta de iniciación de obras que se realizará en cuanto se hayan cumplido las condiciones mencionadas en la cláusula 52 de las CGC.

Cláusula 27. Derogación de cláusulas de las CGC (cláusulas 1 y 23 de las CGC)

No Aplica

2



1473

CONTRATO	No. ALC-01-BM-2008 Y SU MODIFICATORIO No.01
CONTRATISTA	CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA CUTEALL
CONTRATANTE	Distrito de Cartagena representado por Aguas de Cartagena S. A. E. S. P. - ACUACAR como organismo ejecutor del contrato de préstamo No. 7404-00.
OBJETO	Construcción del Emisario Submarino en Punta Candé
VALOR	\$57.578.134.000.00
PLAZO	18 meses
INTERVENIOR	Gerencia Protección y Conservación
GARANTÍAS	Garantía Bancaria para el Cumplimiento (5% plazo + 12 meses); Póliza de Pago de Salario y Prestaciones Sociales (5% plazo + 3 años); Responsabilidad Civil Extracontractual (10% plazo + 2 años) y Estabilidad y Calidad de las Obras (10% x 5 años con acta final).
APROBACIÓN	<p>Garantías:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Presenta Póliza Única de Cumplimiento Entidades Estatales No. 2201309001150 expedida por Mapre Colombia, garantizando los siguientes amparos: <u>Pago de Salarios y Prestaciones Sociales 5%</u> vigencia 27/01/09 al 30/07/2013 - valor \$2.878.608.700.00 <u>Estabilidad y Calidad 10% x 5 años</u> - inicia con acta de recibo final. <u>Responsabilidad Civil Extracontractual</u> Póliza No. 2201309000785 por el 10% vigencia 27/01/09 al 30/07/2012 - valor \$5.757.618.400.00 2. <u>Copia de Garantía Bancaria</u> No. LQU/039215/201 expedida por el banco Hógeno Bank Público CO LTD, por valor de USD\$1.820.000.00, con fecha de vencimiento el 25/09/2011. Esta garantía es recibida en el idioma inglés con su respectiva traducción por la Traductora Alina y Barrantes Usman. 3. <u>Copia del CNP Submarino</u> y consignación como constancia de pago de las estampillas pro-universidad de Cartagena y años Dorados. 4. <u>Facturas de Venta</u> Nos. 6326 y 6683 como constancia de pago de la publicación en la Gaceta Digital.

CONSIDERACIONES:

Que el contratista en la fecha 19 de marzo de 2009, entrega el contrato principal y su modificatorio arriba anotado para su legalización, el cual se legaliza, toda vez que cumple con los requisitos contractuales exigidos, quedando pendiente el amparo de estabilidad y calidad, que inicia con el acta de recibo final y de liquidación.

Se informe que el original de la garantía bancaria, reposa bajo custodia en la Gerencia Financiera.

Nhora Luz Narvaez Acosta
 NHORA LUZ NARVAEZ ACOSTA
 Jefe del Departamento Jurídico

Copias a: Contabilidad / Interventor



1474

GER-ACT-04448

Por medio de la presente damos respuesta a sus comunicaciones anteriores, del 14, 20 de enero y del 2 de febrero de 2011, recibidas a través del Señor Francisco Pérez Tena, Gerente General de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., entidad que actúa en nombre y representación del Distrito de Cartagena como organismo ejecutor del contrato de préstamo No. 7404-CO, tal y como lo dispone el contrato de obra civil numero ALC-01-BM-2008.

Previamente queremos recordarle que de acuerdo al contrato, Cláusula 49.6, contempla que es una práctica fraudulenta las tergiversaciones de los hechos que incidan en el contrato. Con sus imprecisiones y faltas a la verdad el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, sus representantes, están faltando a esta obligación contractual precisa. Este hecho quedara demostrado en las afirmaciones y respuesta a lo largo de este documento y deberán ser considerados como prueba por las autoridades que conozcan de las conductas y responsabilidades del Consorcio.

Acuacar se permite dar respuesta a cada uno de los puntos expuestos en dichas correspondencias, de una manera veraz y precisa en el mismo orden y significado de las mismas por lo que transcribimos puntual y uno a uno los puntos planteados en las citadas comunicaciones.

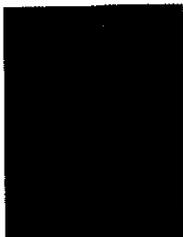
Punto 1. Dice el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL (en adelante "el Consorcio"), en su correspondencia del 14 de enero de 2011: "El 2 de diciembre de 2010 se presentó en inmediaciones de la bahía de Cartagena una circunstancia extraordinaria e imprevista cuyas causas están aún por determinar".

El Consorcio sigue en mora en la presentación y entrega de la información técnica y fáctica requerida que pueda (i) ser de ayuda efectiva en las labores de recuperación, identificación, aseguramiento, señalización y transporte a sitio seguro de los fragmentos del Emisario Submarino el cual quedo abandonado, encallado, hundido y a la deriva, (ii) explicar las causas que llevaron la ruptura, fraccionamiento e hundimiento del tubo emisario y de otorgar todos los detalles relativos al transporte del mismo, así como sobre las medidas y acciones tomadas para realizar el salvamento y evitar la propagación del daño. En innumerables ocasiones tanto Acuacar, el Interventor así como las diferentes autoridades colombianas han requerido al CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, a sus socios, representantes legales y accionistas para que entreguen la información técnica y fáctica que permita determinar no sólo lo que sucedió sino también que permita el salvamento del Emisario Submarino y preservar la vida, la navegación y el medio ambiente, sin que hasta la fecha el Consorcio evadido haya realizado gesto alguno en este sentido.

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
Edificio Chambacú Cra. 138 No. 26-78
PBX: 650 4100 - Fax: 650 4104 - A.A. 4240
Nit 800.252 396-4 - www.acuacar.com
Cartagena de Indias Colombia



1475



LUIS ENRIQUE CUERVO
Partner
Fowler, Rodriguez, Valdes-Fauli
1331 Lamar St. Suite 1560
Houston, TX
(713) 654 1560

Septiembre 19 del 2011

Doctora
JULIA EVA PRETELT VARGAS
Centro de Arbitraje y Conciliación
Cámara de Comercio de Cartagena
Via email mdiaz@ccccartagena.org.co
jpretelt@ccccartagena.org.co

Referencia. Conciliación promovida por la sociedad AGUAS DE CARTAGENA S.A. relacionada con diferencias relativas al contrato de Obra Civil ALC-01·BM·2008.

Doctora Pretelt:

Luis Enrique Cuervo, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado del CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, como consta dentro del expediente de la referencia, tuve conocimiento por un escrito de fecha 26 de agosto de la sociedad AGUAS DE CARTAGENA de una audiencia de conciliación aparentemente programada por el Centro bajo su dirección para el próximo 20 de septiembre del 2011

A nombre del CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL me permito manifestar lo siguiente

1476

1 Sea lo primero reiterar la falta de competencia del Centro de Arbitraje y Conciliación en este caso como previamente se expuso en escritos anteriores. El Centro no me ha enviado notificación alguna sobre la solicitud formulada por Aguas de Cartagena, luego de mis escritos anteriores, y por eso no tengo noticias sobre sus decisiones, incluyendo pero sin limitarse a fechas de audiencia. La última comunicación que recibí del Centro con el propósito de informar la fecha de una audiencia fue el Agosto 9 del 2011

2 Aguas de Cartagena me hizo llegar copia del formulario de oferta presentado por EDT MARINE CONSTRUCTION de fecha 9 de agosto del 2007 cuyo contenido puede apreciarse directamente Al analizar este documento es indispensable recordar lo siguiente:

- a. Que no se trata de un contrato
- b. Que se trata de una oferta.
- c. Que se trataba de una oferta que tenía una vigencia de 120 días.
- d. Que el documento dispone textualmente lo siguiente:

“La presente oferta, acompañada de la Carta de aceptación de Ustedes, constituirá un compromiso obligatorio hasta el momento de la preparación y firma de un contrato.”

Me permito observar lo siguiente, el documento de fecha 9 de agosto del 2007 manifiesta que se acepta la designación de la cámara de comercio como conciliador Sin embargo, no se especifica de qué Cámara de Comercio se trata. (aspecto no menos importante ya que dentro del proceso licitatorio aparentemente se contempló la posibilidad de conciliar ante la Cámara de Comercio Internacional de Paris)

El contrato de obra civil se suscribió el 11 de febrero del 2009 con lo cuál hasta esa fecha pudo tener valor lo consignado en la oferta, de haber sido aceptado en tiempo

3. Me permito aportar copia de los siguientes documentos

- a. Página 51 de los pliegos de condiciones elaborados por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D T de fecha junio del 2007 donde se indica lo siguiente:

“Autoridad encargada de designar el Conciliador: El Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena.”

- b. Poder de fecha 13 de abril del 2011 suscrito por Javier Pérez Tena relacionado con una “solicitud de conciliación” y dirigido al Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena.

1477

c Cláusula 24 de las Condiciones Especiales del Contrato entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL. (ya en su poder)

De especial valor resulta el documento que fue elaborado con autonomía e independencia por AGUAS DE CARTAGENA en Abril del 2011

Todos estos documentos confirman que la autoridad contemplada para designar conciliador fué el Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena. Y que así efectivamente se acordó contractualmente

4 Podría alegarse que existe una inconsistencia entre el contenido del documento de fecha 9 de agosto del 2007 y lo consignado en el contrato de fecha 11 de febrero del 2009. De ser así debería aplicarse lo contemplado por las partes en la cláusula 4.2 según la cuál el Contrato prevalece sobre la oferta. Conclusión que resulta completamente armónica con la que al respecto otorgaría el derecho colombiano

5 Como previamente se mencionó, la cláusula 50.1. del Contrato es clara al contemplar que es "el CONTRATISTA" quien tiene la facultad de someter al Conciliador las controversias con el Jefe de Obra. En este caso no fue el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL quien solicitara la conciliación.

6 Cuando existe un contrato que consagra la acordado por las partes en materia de conciliación, es obligatorio el análisis y aplicación de lo previsto por las partes del mismo ya que el contrato es una ley para éstas. En este caso el Centro de Conciliación se abstuvo de analizar lo dispuesto por el contrato de Obra Civil Número ALC-01-BM-2008 en materia de conciliación

7 Como ya ocurrió en el pasado, es la sociedad AGUAS DE CARTAGENA la que pretende notificar al Consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL la fecha de una supuesta audiencia de conciliación cuando esa tarea le está reservada por ley al Centro

8 Por todo lo anterior, así como por las objeciones planteadas en los escritos radicados en el pasado, el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL se abstendrá de participar en trámite alguno ante un Centro que carece de la competencia privativamente acordada por las partes del contrato de Obra Civil Número ALC-01-BM-2008 en materia de conciliación. Por ser contrario a

1478

lo dispuesto en el contrato, lo realizado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena es inválido e ineficaz.

Atentamente,



Luis Enrique Cuervo
T P 47872

1479

Sección III - Datos de la Cotización		51
33.2	No aplica.	
36.3	No aplica.	
37.1	La garantía de cumplimiento que deberá entregar el Proponente será del tipo garantía bancaria incondicional, y deberá presentarse en el formulario incluido en los documentos de licitación. El monto de la garantía de cumplimiento será del cinco por ciento (5%) del Precio del Contrato	
38.	<ul style="list-style-type: none"> - Nombre del Conciliador propuesto por el Contratante. Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias. Los Árbitros fallarán en derecho basados en las Normas Colombianas aplicables para arbitramentos y conciliación. - Autoridad encargada de designar al Conciliador: El Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería de la Universidad de Cartagena. 	

Tarifa de Honorarios de Arbitros, Tarifa de Honorarios del Conciliador, Tarifa de Gastos de Administración Tribunal de Arbitramento y Tarifa de Administración por Conciliación, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena

DECRETO 24 DE 2.002. - VIGENTE

1480

Cartagena de Indias, 13 de abril de 2011

Señores
Centro de Arbitraje y Conciliación
Cámara de Comercio de Cartagena
E. S. D.

Señor
Decano de la Facultad de Ciencias e Ingeniería
Universidad de Cartagena
E. S. D.

REF: MEMORIAL PODER SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

FRANCISCO JAVIER PEREZ TENA, residente en la ciudad de Cartagena, identificado con cédula de extranjería No 380.456, actuando como Gerente General y en mi condición de Representante Legal de la empresa de servicios públicos mixta **AGUAS DE CARTAGENA S. A. E. S. P. - (ACUACAR)**, sociedad debidamente constituida e inscrita, con domicilio en Cartagena, NIT 800.252.396-4, lo cual acredito con el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena que se adjunta, a Usted manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente a **FRANCISCO DE CASTRO VELEZ**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No 8 748.986 de Barranquilla, abogado titulado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional N° 83.125 del Consejo Superior de la Judicatura, y a **ESTEBAN REYES TRUJILLO**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79 948.700 de Bogotá, abogado titulado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional N° 143 140 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en nombre de la empresa que regento presenten, tramiten y lleven hasta su culminación la solicitud de Conciliación de la referencia, en la cual se convocará al Consorcio **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**, a sus consorciadas **EDT MARINE CONSTRUCTION** y **EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD.**; a **HALCROW GROUP LTD.**; a **OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS - O.T.M.**, a las aseguradoras **LIBERTY SEGUROS**,

[Stamp]

[Stamp]

[Stamp]

1481

MAPFRE y el BANCO BBVA, así como a las personas naturales o jurídicas que considere necesarias, con el fin de que reconozcan su responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Obra Civil N° ALC 01-BM-2008 y del contrato de consultoría técnica CONSUL-02-BM 2008 y por los perjuicios generados por la rotura y hundimiento de la tubería Emisario Submarino, durante su maniobra de transporte.

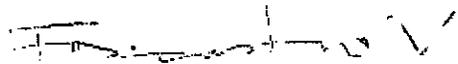
Los apoderados quedan facultados como lo establece el Artículo 70 del C. de P. C. y en especial para conciliar, reasumir, recibir, desistir, transigir, sustituir, notificarse, interponer recursos, solicitar y aportar pruebas, tachar de falsos documentos públicos o privados, y en fin todo cuanto a derecho fuere necesario, para el cabal éxito de este mandato. De igual forma se extiende el poder aquí conferido a los apoderados con el fin de que puedan interponer cualquier acción civil, administrativa o constitucional para garantizar la defensa inmediata y oportuna de nuestros derechos e intereses, ante cualquier autoridad judicial o administrativa en Colombia o en el extranjero.

Renunciamos a la notificación y ejecutoria del auto que resuelva favorablemente el presente memorial-poder.

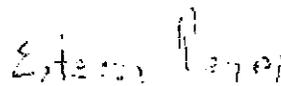
Con todo respeto,

FRANCISCO JAVIER PEREZ TENA

Acepto:



FRANCISCO DE CASTRO VELEZ



ESTEBAN REYES TRUJILLO





Contraloría Distrital
de Cartagena de Indias

DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES JUDICIALES

DECLARACION DE VERSION LIBRE Y ESPONTANEA DEL SEÑOR (A) LUIS ALFONSO PINZON
CORCHO CEDULA DE CIUDADANIA No. 19440136.
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 016 de 2011

En la ciudad de Cartagena, a los quince (15) días del mes de octubre de dos mil once (2011), dependencia y Funcionario Competente, en cumplimiento a lo ordenado en auto, se hace presente el señor LUIS ALFONSO PINZON CORCHO, con c.c. No. 19440136 de Bogotá, en calidad de gerente de proyectos y obras de la compañía Aguas de Cartagena s.a. ACUACAR S.A, quien solicita en esa calidad de rendir su de versión libre y espontanea, por ser procedente el despacho autoriza recibírsela, para lo cual previamente se solicitó sus generales de ley: nombre, me llamo LUIS ALFONSO PINZON CORCHO identificado con C.C. 19440136 de Bogotá, con oficina en la Planta de Tratamiento El Bosque en el Barrio Paraguay y Teléfono No. 6822727; de estado civil casado, nivel académico profesional universitario, de profesión Ingeniero Civil; De igual forma se da lectura al artículo 442 del Código Penal, haciéndole saber que no está en la obligación de declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero (a) permanente, contra sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil; Indicándole que la diligencia que va a rendir es sin apremio o juramento, donde solo se le exhorta decir la verdad y nada más que la verdad. En la presente se deja constancia que el declarante se encuentra asistido por el doctor FRANCISCO JOSE DE CASTRO, quien se identifica con la CC. 8748986 de y T.P.No. 83125 del H.C.S.J. a quien le otorga poder en esta diligencia con el fin de que lo represente judicialmente en este proceso hasta la culminación del mismo con plenas facultades de interponer todos los recursos de ley y adelantar todas las actuaciones necesarias con el fin de garantizar una defensa técnica, quien acepta el poder y deja constancia de tal hecho. En esta circunstancia se le reconoce personería. PREGUNTADO. Cuál es su vinculación con Aguas de Cartagena y desde que fechas? CONTESTADO: Soy gerente de proyectos y obras de Aguas de Cartagena, Acuacar. PREGUNTADO. Que conoció del Proyecto Emisario Submarino desde su vinculación? CONTESTADO: Conozco este proyecto desde su concepción y diseño. El proyecto Emisario submarino es el componente final del Plan Maestro de Alcantarillado que permitirá el saneamiento ambiental de los cuerpos de agua, Bahía, ciénaga de la Virgen y canales que rodean la ciudad de Cartagena. El proyecto es financiado con recursos del Banco Mundial en el marco del Contrato de préstamo 7404-CO (antes 4507-CO). Es obligatorio que todos los proyectos que se financien parcial o totalmente con recursos del Banco tiene que seguir para su contratación e implementación las Normas de Adquisiciones del Banco. Así mismo hay que dar cumplimiento al Convenio de Préstamo y en diferentes instancias sujeto a la autorización del Banco que mediante No Objeciones expresa su anuencia a los diferentes procesos; el Banco al ser un organismo multilateral, tiene documentos estándar que son los documentos guía para la contratación y ejecución de los proyectos y que se aplicaron en el caso del contrato del emisario submarino; En el plan de adquisiciones señalado en convenio de préstamo y en el documento de evaluación del proyecto, el Banco había establecido que la contratación de la construcción del emisario submarino se hiciera con un contratista en un único contrato y que la supervisión de esta obra se hiciera a través de una interventoría integral externa, al ser la naturaleza de las obras del emisario, un tema especializado de maniobras marítimas, esta interventoría debía también ser contratada con recursos del préstamo del Banco Mundial. Cabe señalar que para el resto de componentes de acueducto y alcantarillado para ser ejecutados, Aguas de Cartagena fue el interventor en todas las obras ejecutadas, a excepción como mencioné anteriormente, en la obra del emisario submarino, en donde, se estableció en el plan de adquisiciones por parte del Banco, que se contratara una firma consultora externa para que realizara la interventoría integral del contrato teniendo en cuenta los aspectos técnicos, ambientales, financieros, administrativos y legales; siguiendo las normas y procesos de contratación del BIRF, la firma seleccionada fue HALCROW Group; quiero en este punto destacar que Aguas de Cartagena no contaba con la experiencia específica de interventoría en maniobras marítimas ni en construcción de emisarios submarinos, y por eso creo que el Banco Mundial diseñó el proceso de contratación teniendo en cuenta esto y por ello determinó un solo contratista integral, es decir todo, para la construcción e instalación del emisario y una interventoría externa integral igualmente. Para la contratación de la construcción de la obra emisario submarino se siguieron las normas y documentos estándar del Banco Mundial, siendo seleccionado el Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall con quien se firma el Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008, quien obtuvo la No Objeción del banco. En el marco de este contrato el contratista se encarga de la ejecución completa de las obras, dirige las obras, suministra el personal y la mano de obra, suministra los materiales, los equipos y

Ciudad de la Popa, Calle 30 No 18a 2-26 Tel.: 6560977-6560969
contraloriadecartagena.gov.com

A LA VANGUARDIA DEL CONTROL FISCAL PARTICIPATIVO

15/10
45/1

1482

2
455

1483



DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES JUDICIALES

herramientas, realiza todos los trabajos provisionales y maniobras necesarios para la ejecución y la terminación de las obras. Así mismo, quiero destacar que el marco de este contrato, el contratista es totalmente responsable de la estabilidad y seguridad de todos los procedimientos, maniobras y métodos de construcción que emplee para la realización de las obras. De igual manera la interventoría Halcrow, quien para efectos del esquema banco mundial, equivale a supervisor of Works o jefe de obra, tenía el deber de supervisar todo el contrato y su ejecución. Hoy hemos encontrado ciertas irregularidades que nunca se nos advirtieron. No entendemos como la interventoría dejó pasar las irregularidades del constructor si era su obligación revisar en nuestro nombre toda la ejecución del contrato desde la perspectiva legal, financiera, administrativa, técnica y ambiental. Este tipo de contratos de obra son prácticamente de llave en mano, con una obligación prácticamente de resultado ya que EDT debía a su cuenta y riesgo adelantar la obra y Halcrow debía revisar que el desarrollo de la obra se adelantara de acuerdo a las obligaciones adquiridas por EDT. Una vez se instalara el emisario submarino con el terrestre se levantaba un acta y se hacía la recepción provisional. Por los incidentes ocurridos el 2 de diciembre de 2010, nunca se llevó a cabo la recepción provisional de la obra y por ello, quiero subrayar, no se instaló el emisario, no se unió con la conexión terrestre, no se hicieron pruebas, no hubo entrega, ni levantamiento del acta parcial que recogiera ello, por lo que no se dio la transferencia de la propiedad del emisario submarino al Contratante.

PREGUNTADO: Qué tiene que decir en relación al siniestro que fue objeto de la tubería del Emisario Submarino de Cartagena, el día 2 de diciembre de 2010? **CONTESTADO:** Para esto, quiero inicialmente referirme a algunas actividades previas de las maniobras. El remolque del Emisario Submarino entre el sitio de Bahía Honda y Punta Canoa era una de las fases del contrato de construcción del emisario submarino que desarrollaba el contratista Consorcio EDT bajo su dirección, el cual se completaría con el lanzamiento, instalación y conexión con la conducción terrestre, las cuales también debían ser realizadas bajo su dirección. Por la magnitud de la tubería ensamblada, el remolque y transporte era una maniobra compleja que implicaba unos cuidados y sobre todo la atenta supervisión del experto Interventor Halcrow.

[REDACTED SECTION]

noche se inició la presentación centrándose en la primera fase de la maniobra consistente en el traslado de la tubería desde Bahía Honda hasta un sitio de posicionamiento dentro de la Bahía de Cartagena que permitiera realizar la salida por el canal de acceso de la bahía. [REDACTED]

presentó el número y nombre de los remolcadores que participarían en la maniobra, sus capacidades necesarias fijadas en 75 bollard pull, se presentó además el esquema de control que se tendría desde la torre San José a través de un sistema GPS que leía los transmisores instalados en la tubería y se presentó el esquema de dirección de la maniobra en la cual consta como director de la maniobra el señor MICHAEL PELEG, y el diagrama de personal de apoyo que tendría para la realización de la maniobra y que estaría localizado en los remolcadores, en este diagrama se indica al señor SHALOM ETTEDEGUI quien sería el representante del contratista en el remolcador principal que ejecutaría la maniobra. El día 25 de Noviembre nuevamente en el Hotel Almirante Estelar se realizó la segunda reunión de explicación preparación y presentación de la maniobra en la cual se repitieron las instrucciones del primer día y se presentó adicionalmente la maniobra de salida hacia la boya de mar y su posterior entillamiento hacia el norte describiendo la ruta planeada paralela a la costa y en aguas poco profundas, es decir entre 12 y 15 metros de profundidad y con un estimado de tiempo de la ruta entre la boya de mar y Punta Canoa de aproximadamente 12 horas de navegación. En la presentación realizada con apoyo de diapositivas animadas, también se presentó por parte del señor Peleg los diferentes implementos, equipos y herramientas que debían llevar los remolcadores y presentó en un cuadro un resumen del plan de contingencia que contemplaba diferentes incidentes que se podían presentar y las reacciones y respuestas que realizaría el contratista antes estos incidentes. El día 26 de Noviembre se realiza la tercera y última reunión nuevamente con todas las partes interesadas y se presenta las maniobras de transporte, posicionamiento, hundimiento e instalación de la tubería, se repasaron los puntos presentados los dos días anteriores y se presentó la localización de los diferentes sitios de zonas bajas para ilustración de los remolcadores y personas participantes, nuevamente presenta el resumen del plan de contingencia como respuesta a los incidentes que se pueden presentar.



Contraloría Distrital
de Cartagena de Indias

DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES JUDICIALES

1484

[REDACTED]

El día 27 de Noviembre que es el señalado para realizar el inicio de las maniobras tuvo que ser suspendido luego de largas horas de espera y sin una explicación completa y a tiempo de las circunstancias, indicando el contratista que se debía a problemas en el sistema de comunicación. Se realizó ese día en la noche una reunión en la Capitanía de Puerto con participación del contratista, consorcio EDT, la Interventoría de Halcrow, Aguas de Cartagena, representantes de la sociedad portuaria, de muelles el bosque, de Ecopetro para planear nuevamente y coordinar las actividades para la salida de la tubería de bahía honda. El día 28 nuevamente después de una larga espera se suspendió nuevamente esta maniobra, según el contratista por problemas en el software de control en el sistema de GPS. El día 29 de Noviembre en horas de la tarde se procedió a dar inicio del traslado desde bahía honda, después de las 3 pm. Se inició el traslado y tiene que suspenderse después de las 5 pm debido, según información del contratista, a un encallamiento que tiene la tubería. Intentaron desencallar ese día la tubería siendo infructuosos los esfuerzos realizados por temas de la marea y se decide aplazar al día siguiente para iniciar en horas tempranas esta maniobra de movilización. En este momento la Interventoría no dijo nada sobre esto, y al no objetar está aceptando la continuidad de la obra y maniobras. El día 30 de Noviembre por información posterior de EDT, el contratista procedió en horas de la madrugada al desencallamiento según indicó aprovechando la marea en esas horas; continuó durante el día 30 de Noviembre el traslado hacia la zona de posicionamiento que está paralela al canal de acceso o salida de la bahía, posteriormente proceden a conectar el remolcador SALVADOR a la cabeza de tracción o cabeza de tiro para proceder con el transporte a través del canal de acceso o salida de la bahía. La interventoría no revisó la idoneidad de estos equipos ni de su personal ni la forma de contratación; hasta hoy no hemos podido saber como se contrataron estas empresas, equipos y personal. Posteriormente se observa que el remolcador SERVIPORT I se conecta en tándem al remolcador SALVADOR y procede a seguir realizando el traslado por el canal de acceso. Según información posteriormente dada por el contratista, esto se debió a problemas del remolcador SALVADOR en uno de sus motores, razón por la cual el SERVIPORT I procedió a realizar esta conexión. Se continuó durante la tarde del día 30 de Nov. en el proceso de salida del canal de acceso. Pasadas las 5:00 pm la tubería en toda su longitud había salido de la bahía de Cartagena y a partir de ahí se estimaba cerca de 12 horas para su arribo a Punta Canoa, una vez realizara la maniobra de enrutamiento de acuerdo a la presentación planeada y por aguas poco profundas. El día 1 de Diciembre el contratista me contacta en horas de la mañana para señalarme que todavía no han llegado a Punta Canoa y me relata que continúa teniendo problemas con el remolcador principal, razón por la cual señala que es necesario contratar un remolcador que vaya al convoy y refuerce las labores de remolque, señalando al remolcador SEA TROUT de la firma INTERTUG como el remolcador seleccionado por el contratista EDT para realizar esta labor y el apoyo de Aguas de Cartagena para poder realizar la labor de salida de este remolcador y el apoyo de la Alcaldía y el apoyo de la Interventoría. Esta gestión se realiza inmediatamente con las autoridades y el apoyo de la alcaldía y el contratista procede a realizar la firma del contrato con la firma INTERTUG para el suministro de este remolcador en las labores de remolque y auxilio de convoy; cabe señalar que en este momento el contratista EDT no dice que haya cambios de la ruta con respecto a lo originalmente presentado y que posteriormente por la zona donde ocurrió el incidente y por las investigaciones adelantadas se pudo establecer que si realizó cambio intempestivo de la ruta; tampoco la Interventoría de Halcrow notificó ni advirtió a Acuacar de problemas o cambios de ruta que pusieran en peligro el emisario submarino; no entendemos por qué no estaba la interventoría en el sitio cuando era su obligación. El convoy, por informaciones conocidas posteriormente de las investigaciones, no siguió la ruta planeada por aguas poco profundas y procedió, por razones desconocidas e intempestivamente a alterar la ruta autorizada hacia una ruta más distante de la playa y a profundidades muy superiores respecto a lo establecido y autorizado originalmente; pasó el día 1 de Diciembre sin que el convoy arribara al sitio de destino final en Punta Canoa. Por información conocida posteriormente se conoció que el remolcador SEA TROUT salió de Cartagena pasadas las 9:00 pm del día 1 de Diciembre y arribando al convoy pasada la media noche. También por información conocida posteriormente se conoce que dadas las condiciones en el momento de arribo le fue imposible conectar el remolcador SEA TROUT a la cabeza de tracción o de tiro. En este punto quiero señalar que un emisario submarino requiere de condiciones especiales de mar para el remolque en cuanto a condiciones de viento, marea y corriente y se estima que este cambio de ruta en aguas profundas y, la presencia de condiciones extremas a la cual estuvo sometido el emisario durante varias horas pudieron ayudar en el colapso de la

*Plz. de la Popa. Calle 30 No 18a 2-26 Tel.: 6560977-6560989
contraloriadecartagena.gov.com*

A LA VANGUARDIA DEL CONTROL FISCAL PARTICIPATIVO



DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES JUDICIALES

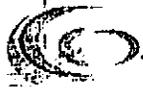
referencia en forma textual a una parte del informe Final sobre el incidente de la tubería presentado por Halcrow en Enero 21 de 2011 donde en el capítulo de las conclusiones: "... El emisario tal como fue retrado de Bahía Honda, se encontraba en condiciones de navegar el trayecto comprendido entre Bocachica y Punta Canoa, es decir, en aguas someras y condiciones de mar aceptables...". Respecto al cambio de acero por las fibras de polipropileno y polietileno, Halcrow Informaba que los análisis se venían haciendo en la oficina de Halcrow en Santiago de Chile y el cambio fue autorizado por Halcrow en carta enviada al contratista el 2 de Septiembre de 2009 en la cual hace referencia a los documentos entregados por EDT que inclúan la solicitud de EDT, la justificación a los cambios, el cálculo de dosificación de fibras, experiencias del contratista en obras similares. Referente al cambio en el lastre, Aguas de Cartagena señaló que debía analizarse las justificaciones técnicas de cálculo por parte de la Interventoría, quienes debía, según las obligaciones contractuales, realizar una revisión minuciosa de la solicitud y emitir concepto técnico de la solicitud presentada. Con relación al aspecto económico Aguas de Cartagena señaló que económicamente debía presentarse un análisis para ver si el cambio interesaba o no a Acuacar ya que con lo que presentaban no beneficiaba al proyecto. PREGUNTADO. Puede usted ubicar los documentos que soportan lo anotado por Usted? CONTESTADO: Si quisiera hacer referencia a la comunicación que autoriza el cambio de acero por fibras de polipropileno, que es la comunicación de Halcrow WWCART-LE-023 de Septiembre 2 de 2009 dirigida a EDT, ponga por favor en negrillas lo siguiente, que esta comunicación donde autorizan el cambio fue hecha directamente a EDT donde Halcrow sin tener certeza sobre las condiciones técnicas del cambio lo autoriza lo mismo su conveniencia al proyecto, en la que textualmente cito la autorización una vez revisado los antecedentes e información recibida del contratista EDT dice lo siguiente: "1. Utilización de fibras de polipropileno y polietileno en reemplazo de acero convencional para refuerzo de lastres. Ante la falta de capacidad de EDT para aportar la totalidad de los antecedentes requeridos y solo con la finalidad de que EDT inicie las obras o faenas de hormigón, Halcrow autoriza el cambio solicitado." En la parte final de la comunicación Halcrow señala: "Finalmente, el Contratista debe presentar en un plazo de una semana a contar de la fecha de la presente, una evaluación económica del cambio propuesto a objeto de ser analizada y discutida con la finalidad de traspasar parte de los beneficios a ACUACAR". Por otra parte en el informe semanal WWCART-IS-05 preparado por Halcrow en Septiembre 5 del 2009, informa a Acuacar lo siguiente y cito textualmente: "El Contratista presentó una solicitud de modificación de los lastres que consiste en cambiar el acero de refuerzo de los lastres por fibra. La Interventoría solicitó en su momento que los respaldos de este cambio fueran avalados por un Ingeniero con experiencia en el uso de la fibra y anexar antecedentes de utilización de fibras en otros proyectos. El Contratista entregó finalmente los respaldos completos por lo que la Interventoría aprobó dichos cambios y el Contratista ya inició la construcción de los lastres, sin embargo para cumplir con su programa corto debería aumentar el número de formaletas." Le anexo estos dos documentos. PREGUNTADO. Como se hizo el salvamento, que se recupero y cuanto costo esta actividad? CONTESTADO: Como señalé en una respuesta anterior la obra fue abandonada por el consorcio EDT y la tubería quedó en el mar a la deriva. Teniendo en cuenta los riesgos y ante la solicitud de la Capitanía de Puerto, para la recuperación de la tubería a la deriva, Acuacar procedió ante esta situación, a llevar a cabo el rescate con los medios a su alcance. Todo esto ocasionado, por la desidia de EDT en los primeros días, el abandono de la obra y con la salida intempestiva del país de los representantes legales y director de EDT. En las actividades de rescate se recuperaron aproximadamente de 2200 metros lineales de tubería a un costo que superó los cuatro mil millones, lo anterior es lo que se de los costos. No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada y se suscribe por los que en ella intervinieron siendo las 5:30 P.M.

EL DECLARANTE.

LUIS ALFONSO PINZON CORCHO

GERMAN RODRIGUEZ BERRIO
ABOGADO COMISIONADO

FRANCISCO JOSE DE CASTRO VELEZ
APODERADO



Contraloría Distrital
de Cartagena

DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES
JUDICIALES

DECLARACION DE VERSION LIBRE Y ESPONTANEA DEL SEÑOR (A) ~~FRANCISCO~~
~~JAVIER PEREZ TENA~~ PASSAPORTE No. 330424 de España y CE 380456.
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 016 de 2011

En la ciudad de Cartagena, a los veinticinco (25) días del mes de octubre de dos mil once (2011), dependencia y Funcionario Competente, en cumplimiento a lo ordenado en auto, se hace presente el señor FRANCISCO JAVIER PEREZ TENA, de nacionalidad Española, quien se identifica con pasaporte No. 330424 de España y CE 380456, en calidad de representante legal de la compañía Aguas de Cartagena s.a. ACUACAR S.A., quien solicita en esa calidad de rendir su de versión libre y espontánea, por ser procedente el despacho autoriza recibírsela, para lo cual previamente se solicitó sus generales de ley: nombre, me llamo FRANCISCO JAVIER PEREZ TENA identificado con pasaporte No. 330424 de España y CE 380456 Residente en Cartagena, con oficina en el Edificio Chambacú y Teléfono No.8504100; de estado civil divorciado, nivel académico profesional universitario, de profesión Ingeniero; De igual forma se da lectura al artículo 442 del Código Penal, haciéndole saber que no está en la obligación de declarar contra si mismo, contra su cónyuge, compañero (a) permanente, contra sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil; Indicándole que la diligencia que va a rendir es sin apremio o juramento, donde solo se le exhorta decir la verdad y nada más que la verdad. Se deja constancia que se encuentra asistido en esta diligencia por el doctor FRANCISCO JOSE DE CASTRO. En la presente se deja constancia que el declarante se encuentra asistido por el doctor FRANCISCO JOSE DE CASTRO, quien se identifica con la CC. 8748986 de y T.P.No. 83126 del H.C.S.J. quien ya habla aportado poder debidamente otorgado por el representado. En esta circunstancia se le reconoce personería. PREGUNTADO. Cuál es su vinculación con Aguas de Cartagena y desde que fechas? CONTESTADO: Soy gerente de Aguas de Cartagena, Acuacar, desde febrero de 2010. Para esa fecha me nombraron gerente de la empresa y llegue a Cartagena. PREGUNTADO. Que conoció del Proyecto Emisario Submarino desde su vinculación? CONTESTADO: Cuando llegue el proyecto ya venía desarrollándose y se encontraba en su etapa final. Se estaba lastrando el tubo, es decir montando al tubo los lastres y uniendo las secciones del mismo, para finalmente ser transportado y hundido en su ubicación de trabajo en Punta Canoas. Esta obra al ser financiada con recursos del Banco Mundial estaba sujeta a las no objeciones del banco y a los modelos de contratación del mismo el banco había exigido que la contratación de esta obra se hiciera con un solo contratista y con una interventoría externa al ser un tema especializado. Creo que es importante esta precisión por que en la ejecución del plan maestro Acuacar fue el interventor en todas las obras ejecutadas, pero en esta en especial se exigió por parte del banco un contratista externo para ejercer la interventoría integral del contrato desde la perspectiva técnica, ambiental, jurídica y administrativa, es decir total ya que pensó el Banco Mundial que Acuacar al no tener experiencia específica en un tema marítimo y en emisarios debía ser otra persona el jefe de obra, según la nomenclatura del banco, o sea el interventor a cargo de la obra. Ahora frente al contratista constructor el consorcio EDT, el banco había acumulado en este contrato todas las actividades, insumos, obras y transporte de la tubería para que fuera ejecutado por un solo contratista a su cuenta y riesgo. En este caso EDT tenía toda la autonomía para desarrollar la obra y era una especie de llave en mano ya que sólo transmitía la propiedad del mismo en el momento de la recepción provisional de la obra, la cual se debía verificar al instalar la tubería en su sitio y unir la al emisario terrestre, evento que no se llevo a cabo por lo tanto no se transmitió la propiedad del mismo. PREGUNTADO, Qué tiene que decir en relación al siniestro que fue objeto la tubería del Emisario Submarino de Cartagena, el día 2 de diciembre de 2010? CONTESTADO: La maniobra de transporte del Emisario Submarino era una etapa del contrato de obra que cerraba otra, el armado y ensamble del tubo, quedando pendiente su hundimiento e instalación. Esta etapa de transporte implicaba una maniobra compleja

Pta de la Popa, Calle 30 No 18a 2-26 Tel.: 6560977-6580989
contraloriadecartagena.gov.co

A LA VANGUARDIA DEL CONTROL FISCAL PARTICIPATIVO



Contraloría Distrital
de Cartagena de Indias

DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES
JUDICIALES

1488

debido al largo de la tubería. El 27 de Noviembre del 2010, se da inicio a la operación de la instalación del Emisario Submarino que incluía las etapas de navegación, posicionamiento y hundimiento de la tubería en Punta Canoa, de acuerdo a los planos y especificaciones del proyecto. Entre el 27 y el 29 de Noviembre, se realizaron maniobras para el traslado de la tubería desde la zona de la Bahía de Cartagena, pero las actividades fueron suspendidas por el Contratista, entre otras, porque el Emisario Submarino sufrió un encallamiento en esos días. El martes 30 de noviembre se logró sacar la tubería encallada y después de que el remolcador principal hubiese sufrido un desperfecto en uno de sus motores, el Emisario Submarino salió de la bahía. Se dio inicio a la maniobra, y en ese momento todo parecía bajo control. A Acuacar no se le notificó por parte de la interventoría Halcrow problemas que pusieran en peligro el emisario Submarino, por lo que creímos que todo estaba bajo control. Por lo que se ha venido sabiendo en el proceso de la Capitanía de Puerto y por los testimonios rendidos, sabemos que Halcrow no estaba en el sitio de la maniobra y que el convoy vez en aguas abiertas, y en forma intempestiva, alteró su ruta autorizada y en vez de seguir paralelo a la costa, por los bancos de Sal Medina, se apartó en más de 10 millas y tomó una ruta por aguas profundas. En la madrugada del 2 de diciembre de 2010 ocurrió un grave incidente que provocó la pérdida del Emisario Submarino en mar abierto. Yo tuve conocimiento a las 11 de la noche anterior que todo iba bien por comunicación directa que tuve con el capitán del remolcador. El 2 de diciembre a las 5 de la mañana recibí una llamada del señor Pinzón, Gerente de Proyectos de Acuacar quien me informó que la tubería había sufrido un incidente. Al no estar el interventor en el sitio, Acuacar sólo disponía de información parcial. Una vez que se informó sobre la ocurrencia del incidente, Acuacar y Halcrow se trasladaron al sitio donde se encontraba la tubería constatando que se había partido el Emisario Submarino, que se habían corrido la gran mayoría de los lastres y el tubo estaba limpio en una gran parte de su superficie. Eso significaba que se habían deslizado los lastres. Había una parte hundida y otra flotando. Se organizaron reuniones con el fin de obtener la información, para ello se citó al contratista EDT y la Junta Directiva de Acuacar con el fin de obtener más información y las medidas que se debían adoptar por parte del contratista para mitigar el incidente. En el transcurso de estos días nos dimos cuenta que EDT no ponía a disposición del incidente equipos y personal suficiente, así mismo en ese primer momento no se sabía a ciencia cierta que había pasado y cuáles eran las medidas necesarias para remediar y prevenir daños mayores. A excepción del aseguramiento de una parte de la tubería, con el remolcador Sea Trout, todas las acciones de EDT eran insuficientes, tímidas. En las investigaciones que se adelantan, en los testimonios recopilados y en los documentos que reposan en Acuacar entregados por Halcrow después del incidente, se puede apreciar que los lastres no estaban estáticos, que al no tener estructura no se podían apretar demasiado por que se rompían, que no se hicieron las pruebas de resistencia de los materiales al cambiar el acero por plástico por parte de EDT y Halcrow aceptó el cambio, que no se justificó técnicamente por parte de EDT el cambio y Halcrow aceptó indebidamente el cambio de las estructuras en detrimento del emisario y a favor de EDT, que no se hicieron las pruebas de deslizamiento de manera correcta por parte de EDT y Halcrow las terminó aceptando y no exigiendo otras, no se le hizo la prueba de estanqueidad, los interventores aprobaron estos cambios y avances sin las pruebas necesarias y dejaron avanzar el proyecto acumulando estos errores en las diversas etapas del desarrollo del contrato. Podemos mencionar entre ellas el cambio de la estructura de acero por plástico, y aquí señor investigador le pido que lo deje en mayúsculas, AUTORIZARON EL CAMBIO DE ACERO POR PLASTICO EN UNAS ESTRUCTURAS QUE DEBIAN SUFRIR TRACCION Y PRESION, SIENDO ESTE CAMBIO UNICAMENTE EN BENEFICIO ECONOMICO DEL CONTRATISTA EDT Y EN PERJUICIO NOTABLE DE LA CALIDAD DE LOS LASTRES Y DEL EMISARIO. AFIRMANDO EN LOS DOCUMENTOS QUE HABIAN HECHO LAS PRUEBAS SUFICIENTES Y RECIBIDO LOS DOCUMENTOS DEL CONTRATISTA EDT QUE SOPORTABAN EL CAMBIO. Hoy analizando los documentos nos hemos dado cuenta que es falso lo afirmado por Halcrow cuando dijo que se habían

Pie de la Popa, Calle 30 No 18a 2-26 Tps., 6560977-6560989

contraloriadecartagena.gov.com

A LA VANGUARDIA DEL CONTROL FISCAL PARTICIPATIVO



Contraloría Distrital
de Cartagena de Indias

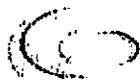
DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES
JUDICIALES

hecho todas las pruebas y recibidos los documentos que permitían autorizar válidamente ese cambio fundamental. La autorización otorgada a EDT por parte de Halcrow y la notificación efectuada a Acuacar por los interventores contiene una falsedad ya que ellos mismos en otros documentos habían afirmado que no se habían efectuado las pruebas y EDT jamás entregó los estudios y documentos que permitieran avalar en este caso concreto del Emisario Submarino de Cartagena el cambio de la estructura de acero. De igual manera las pruebas de deslizamiento no se efectuaron correctamente, la reparación del tubo no fue avalada y la prueba de estanqueidad. A pesar de todo ello, los Interventores no suspendieron la obra y no solicitaron jamás la suspensión de las mismas. Con ocasión del transporte, a pesar de que era una carga de su contrato estar in situ, injustificadamente no exigió los cálculos de la maniobra, no exigió la idoneidad del personal de la maniobra y de los equipos, no estuvo presente en la maniobra de transporte ni nos aviso de que no iba a estar en ella. Si hubiese exigido los cálculos de la maniobra se hubiese dado cuenta que no estaba acorde a las exigencias técnicas, no reviso la que presentó EDT ni la objeto a pesar de que no estaban las memorias de cálculo, al no haber estado in situ permitió un deber con consecuencias nefastas, el cambio de la ruta ya que si hubiese estado ahí no hubiere permitido el cambio de ruta y haber controlado la maniobra de transporte. No exigieron las pólizas de seguros para la maniobra ni a EDT ni a los transportistas. A pesar de los problemas que se vislumbraban y que ellos al ser los jefes de la obra y los especialistas en Emisario Submarinos permitieron esos cambios mortales al proyecto y no estaban durante la maniobra.

PREGUNTADO. Diga el por qué al momento de ese insuceso el contratante aguas de Cartagena S, A E.S.P., en representación del Distrito de Cartagena, había entregado casi la totalidad del valor del contrato al contratista. **CONTESTADO:** Vale la pena recordar nuevamente que los fondos del Banco Mundial están sometidos a los modelos de contratación establecidos por el banco. Los pagos estaban establecidos en contrato bajo un esquema contractual y de pagos. El modelo contractual impuesto por el Banco Mundial para esta contratación, establecía un esquema de pagos parciales por avances de obra, no eran pagos aleatorios sino sujetos a los avances en el desarrollo del contrato, consagrado, si me permite puedo mirar en el contrato para buscar la cláusula, en el artículo 11 de las Condiciones Generales del Contrato (CGC), según las cuales "Los pagos de las cuentas en virtud del Contrato se efectuarán en forma de avances de pago contra estimaciones mensuales de las cantidades de trabajo y obra ejecutada y los saldos correspondientes, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la cláusula 13 de las CGC."

Acuacar debía y debe respetar el contrato y por ello cada actuación incluyendo los pagos era el cumplimiento de las reglas de comportamiento para la empresa. Estos modelos de contrato tipo Banco Mundial establecen que sólo cuando se recibe la obra se transmite la propiedad, pero los pagos avanzan de acuerdo al avance de la obra. En ese momento, el del incidente, sólo faltaba el transporte, hundimiento e instalación por lo que los pagos estaban al día y sólo faltaba esta fase final que correspondía al 25% en valor del contrato.

PREGUNTADO. ¿Qué acciones de tipo contractual ha adelantado Aguas de Cartagena, en su calidad de contratante en contra del contratista y de la Interventoría? **CONTESTADO:** Acuacar ha hecho efectivas las garantías bancarias de cumplimiento suscritas por el consorcio EDT y por Halcrow, ha reclamado las pólizas de RCE suscritas por EDT en virtud de los respectivos contratos, ha impuesto multas al Consorcio EDT por el tope máximo contractual (10%), ha retenido los montos correspondientes a retergarantías, que se descontaban de los pagos parciales al consorcio EDT, y ha iniciado los procedimientos contemplados en ambos contratos para la solución de las controversias contractuales, esto es: conciliación y solución amigable. Se ha denunciado ante el Banco Mundial el comportamiento de estos contratistas. En contra de Halcrow se ha hecho lo mismo, ejecutado las garantías y solicitado el pago de los perjuicios causados por su conducta omisiva y negligente. Hoy en día se están



Contraloría Distrital
Cartagena de Indias

DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES
JUDICIALES

DECLARACION DE VERSION LIBRE Y ESPONTANEA DEL SEÑOR GUSTAVO
ROBLEDO VILLEGAS, CEDULA DE CIUDADANIA N° 71.889.188 DE MEDELLIN.
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 016 de 2011

En la ciudad de Cartagena, a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil once (2011), dependencia y Funcionario Competente, en cumplimiento a lo ordenado en auto, se hace presente el señor GUSTAVO ROBLEDO VILLEGAS, de nacionalidad Colombiana, quien se identifica con cédula de ciudadanía N° 71.889.188 de Medellín, en calidad de ex gerente general de la compañía Aguas de Cartagena S.A. - ACUACAR S.A., quien solicita en esa calidad de rendir su versión libre y espontánea, por ser procedente el despacho autoriza recibirla, para lo cual previamente se solicitó sus datos generales de ley: nombre, me llamo GUSTAVO ROBLEDO VILLEGAS identificado con cédula de ciudadanía N° 71.889.188 de Medellín, Residente en Bogotá, con oficina en la calle 104 N° 14A45 y teléfono 6369544, de estado civil casado, nivel académico posgrado universitario, de profesión Ingeniero Civil. De igual forma se da lectura al artículo 442 del Código Penal, haciéndole saber que no está en la obligación de declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero (a) permanente, contra sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil; indicándole que la diligencia que va a rendir es sin apremio o juramento, donde sólo se le exhorta decir la verdad y nada más que la verdad. En la presente se deja constancia que el declarante se encuentra asistido por el doctor FRANCISCO JOSE DE CASTRO, quien se identifica con la CC. 8748986 de y T.P.No. 83125 del H.C.S.J. quien ya había aportado poder debidamente otorgado por el representado. En esta circunstancia se le reconoce personería. PREGUNTADO. Cuál es su vinculación con Aguas de Cartagena y desde qué fechas? CONTESTADO: Fui gerente general de Aguas de Cartagena, Acuacar, desde mayo de 2008 hasta febrero de 2010. PREGUNTADO. Que conoció del Proyecto Emisario Submarino desde su vinculación? CONTESTADO: En el momento de asumir la gerencia de ACUACAR había un contrato firmado para la ejecución del emisario submarino con la firma EDT Marine Construction. Aguas de Cartagena actuaba como ejecutora de esta y muchas obras más en nombre del Distrito de Cartagena, con el ánimo de completar el Plan de saneamiento ambiental. La obra se contrató siguiendo las normas y procedimientos del Banco Mundial, entidad que participó en la financiación del plan de saneamiento. Yo di continuidad al proceso, para llegar a la fase de ejecución de obra, que ha contado con la interventoría de Halcrow, empresa especializada que fue contratada para las labores de control técnico, jurídico, ambiental y administrativo del contrato, pues se había definido que Aguas de Cartagena no haría estas labores, por tratarse de un trabajo altamente especializado en el que Acuacar no tenía experiencias previas. Esta fue una exigencia expresa del Banco Mundial y estaba contenida en el PAD. Durante la ejecución de los contratos (EDT como constructor y Halcrow como interventor) Aguas de Cartagena hizo continuo seguimiento y solicitó en numerosas ocasiones un mayor compromiso de todos para conseguir los avances de obra requeridos y la presentación oportuna de documentos.

PREGUNTADO. Qué tiene que decir en relación al siniestro que fue objeto la tubería del Emisario Submarino de Cartagena, el día 2 de diciembre de 2010? CONTESTADO: Se trata de una lamentable situación que se presentó 10 meses después de que terminé mi período como gerente de Acuacar, por lo tanto no podría opinar con mucha propiedad sobre lo ocurrido ya que no estaba en la empresa para esa época.

PREGUNTADO. Diga el por qué al momento de ese Insuceso el contratante aguas de Cartagena S, A E.S.P., en representación del Distrito de Cartagena, había entregado casi la totalidad del valor del contrato al contratista. CONTESTADO: Tal como dije en la anterior respuesta, ese insuceso se presentó 10 meses después de que terminé mi período como gerente de Acuacar. Lo que sucedió fue que el contratista no recibió el pago del contrato y se fue a la quiebra.

Pie de la Pape. Calle 30 No 18a 2-26. Tes.: 6580977-6580969

contraloriadecartagena.gov.com

A LA VANGUARDIA DEL CONTROL FISCAL PARTICIPATIVO

J

44

1492

Contraloría Distrital

DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES
JUDICIALES

PREGUNTADO. ¿Qué acciones de tipo contractual ha adelantado Aguas de Cartagena, en su calidad de contratante en contra del contratista y de la interventoría? **CONTESTADO:** No puedo precisar las acciones por las que me pregunta, pues estoy desvinculado de Acucar desde que terminó mi gerencia; incluso he permanecido fuera del país, por lo que no tengo conocimiento de ello.

PREGUNTADO. ¿Por qué se pactó como plazo para la ejecución del contrato 18 meses en principio, si esto fue producto de un análisis o estudio y porque hubo la necesidad de ampliar ese término? **CONTESTADO:** Teniendo en cuenta lo establecido en los pliegos de contratación, cada proponente podía ofrecer el plazo en el que estimaba que completaría la obra, dependiendo de la metodología para construir ofrecida y los materiales a utilizar, sin superar el plazo de referencia de dos años. EDT, propuso realizar la obra en un tiempo de 18 meses y presentó cronogramas para sustentarlo. Durante mi permanencia en Acucar no se produjeron ampliaciones de plazo.

PREGUNTADO. Diga por qué el Banco Mundial manifestó su "no objeción" para la adjudicación del contrato, con indicación si es política del Banco, o si fue solo en este caso que lo consideró? **CONTESTADO:** Cuando yo asumí la gerencia de Acucar el contrato ya estaba adjudicado. En los contratos con metodología del Banco Mundial es habitual e indispensable obtener la No Objeción del Banco, como requisito para avanzar en los procesos, pues de esta forma es que se manifiesta el banco sobre procesos de ejecución y contratación con créditos de este banco. La NO Objeción sólo es otorgada por el Banco Mundial si sus expertos consideran que las justificaciones presentadas en los informes son satisfactorias y no se pone en riesgo el proyecto.

PREGUNTADO. ¿Por qué se acepta pagar con el avance de las obras y no se canceló solo el anticipo? **CONTESTADO:** La forma de pago utilizada durante mi permanencia en la gerencia de Acucar, y seguramente también después de mi partida de la empresa, ha sido la establecida en el contrato, que contempla pagos por avance de obra, previa revisión de los justificantes por parte de la interventoría especializada de Halcrow y con la confirmación de esta empresa interventora de que todo está en orden y acorde con las normas y especificaciones.

PREGUNTADO. Diga si tuvo conocimiento el contratante Aguas de Cartagena, si el contratista le exigió a sus subcontratistas las garantías de cumplimiento de su contrato. **CONTESTADO:** Sé que el contratista sí exigió las garantías y pólizas a sus subcontratistas, en términos similares a lo que se le exigió a él en su contrato, aunque eso no cambia el hecho de que el responsable ante el contratante es el contratista y no las empresas en las que éste se apoya para cumplir con sus obligaciones. También considero oportuno resaltar que el interventor especializado Halcrow tiene la responsabilidad de supervisar integralmente el contrato y tiene la autoridad para rechazar a los subcontratistas que no tengan la capacidad de desarrollar las actividades encomendadas con las debidas garantías. Es obligación del interventor hacer presencia continua en la obra y si los subcontratistas trabajan en la obra es porque el interventor está de acuerdo con que lo hagan.

PREGUNTADO. Diga si el contratista tuvo en cuenta las topografías del sitio donde se instalaría el emisario, incluido el subsuelo, los aspectos hidrológicos y climáticos del sitio, y los medios de acceso a la zona. **CONTESTADO:** Las partes del contrato tanto el ejecutor de la obra como su interventor, recibieron la información suficiente y existente que permitían el desarrollo puntual de sus contratos, la obra y su interventoría integral, como las condiciones del suelo, del fondo del mar y todos los aspectos técnicos y de condiciones como estudios de corrientes, hidrología, meteorología, geotecnia y estudios del subsuelo. También conocían las vías de acceso al sitio de las obras.

PREGUNTADO. ¿Tuvo en cuenta el contratista los riesgos eventuales y contratiempos posibles que podían afectar el cumplimiento del contrato? **CONTESTADO:** No se si los tuvo en cuenta, pero le puedo decir que los conocía debido a

Pie de la Popa, Calle 30 No 18a 2-28 Tes.: 6560977-6560969
contraloriadecartagena.gov.com

A LA VANGUARDIA DEL CONTROL FISCAL PARTICIPATIVO

J



GER-ACT-04448

1493

Cartagena de Indias D. T y C., 2 de marzo de 2011

Señores

CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL

Sr. Michael (Miki) Peleg

Representante Legal Consorcio EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL

Sra. Sigalit Schvarev

Abogada Apoderada

124 Ayias Paraskevis Street – Yermasovia –, Limassol – Cyprus

P. O. Box 54548 – 3725 Limassol – Cyprus.

Albornoz, Carrera 49 No. 3-04 Cartagena, Colombia

Ave. 3a No 6 – 100 Oficina 801

Edificio Torre Empresarial - Protección

Bocagrande – Tel. 6552267 Cartagena, Colombia

EDT MARINE CONSTRUCTION

Sr. Darios Melas

Sr. Eas Tchacos

Sr. Frederik Tchacos

Representantes, Directores y Accionistas EDT MARINE CONSTRUCTION

124 Ayias Paraskevis Street – Yermasovia –, Limassol – Cyprus

P. O. Box 54548 – 3725 Limassol – Cyprus.

Sr. Marios Saveriades

Secretario

John Kennedy Iris House 7th floor, flat office 7405

PC 3106 Limassol – Cyprus

EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD.

Sr. Darios Melas

Sr. Eas Tchacos

Sr. Frederik Tchacos

Representantes, Directores y Accionistas EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD.

124 Ayias Paraskevis Street – Yermasovia –, Limassol – Cyprus

P. O. Box 54548 – 3725 Limassol – Cyprus.

Sr. Constantinos Saveriades

Secretario

John Kennedy Iris House 7th floor, flat office 7405

PC 3106 Limassol – Cyprus

Sr. Luis Enrique Cuervo

Abogado Designado

CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL

1331 Lamar St. Suite 1560.

Houston – Texas 77010 – USA.

Tel: (713) 6541560

E. S. D.

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
 Edificio Chambacú Cra. 13B No. 26-78
 PBX: 650 4100 - Fax: 650 4104 - A.A. 4240
 NR. 800.252.396-4 - www.acuacar.com
 Cartagena de Indias Colombia





GER-ACT-04448

1494

Por medio de la presente damos respuesta a sus comunicaciones anteriores, del 14, 20 de enero y del 2 de febrero de 2011, recibidas a través del Señor Francisco Pérez Tena, Gerente General de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., [REDACTED] [REDACTED] como [REDACTED] el contrato de préstamo No. 7404-CO, tal y como lo dispone el contrato de obra civil numero ALC-01-BM-2008.

Previamente queremos recordarle que de acuerdo al contrato, Cláusula 49.6, contempla que es una práctica fraudulenta las tergiversaciones de los hechos que incidan en el contrato. Con sus imprecisiones y faltas a la verdad el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, sus representantes, están faltando a esta obligación contractual precisa. Este hecho quedara demostrado en las afirmaciones y respuesta a lo largo de este documento y deberán ser considerados como prueba por las autoridades que conozcan de las conductas y responsabilidades del Consorcio.

Acuacar se permite dar respuesta a cada uno de los puntos expuestos en dichas correspondencias, de una manera veraz y precisa en el mismo orden y significado de las mismas por lo que transcribimos puntual y uno a uno los puntos planteados en las citadas comunicaciones.

Punto 1. Dice el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL (en adelante "el Consorcio"), en su correspondencia del 14 de enero de 2011: "El 2 de diciembre de 2010 se presentó en inmediaciones de la bahía de Cartagena una circunstancia extraordinaria e imprevista cuyas causas están aún por determinar".

El Consorcio sigue en mora en la presentación y entrega de la información técnica y fáctica requerida que pueda (i) ser de ayuda efectiva en las labores de recuperación, identificación, aseguramiento, señalización y transporte a sitio seguro de los fragmentos del Emisario Submarino el cual quedo abandonado, encallado, hundido y a la deriva, (ii) explicar las causas que llevaron la ruptura, fraccionamiento e hundimiento del tubo emisario y de otorgar todos los detalles relativos al transporte del mismo, así como sobre las medidas y acciones tomadas para realizar el salvamento y evitar la propagación del daño. En innumerables ocasiones tanto Acuacar, el Interventor así como las diferentes autoridades colombianas han requerido al CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, a sus socios, representantes legales y accionistas para que entreguen la información técnica y fáctica que permita determinar no sólo lo que sucedió sino también que permita el salvamento del Emisario Submarino y preservar la vida, la navegación y el medio ambiente, sin que hasta la fecha el Consorcio evadido haya realizado gesto alguno en este sentido.

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
Edificio Chambacú Cra. 13B No. 26-78
PBX: 650 4100 - Fax: 650 4104 - A.A. 4240
Nit. 800.252.398-4 - www.acuscar.com
Cartagena de Indias Colombia





GER-ACT-04448

1495

repercusiones contractuales de dichos acontecimientos sobre la ejecución del Contrato y, en particular, sobre el precio, los plazos y las obligaciones respectivas de cada una de las partes".

De fondo podemos afirmar que tales eventos no se constituyeron como justificativos o eximentes para con el incidente y su resultado en la medida que (i) las operaciones y maniobras de traslado del Emisario Submarino eran a cuenta y riesgo del CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, (ii) las condiciones de tiempo, modo y lugar eran previsibles y no fueron excepcionales, a excepción del incidente como tal, el cual no puede ser invocado como causa eficiente, no existió un elemento extraordinario e irresistible previo que diera lugar a la ocurrencia del mismo (iii) las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el incidente obedecieron a decisiones exclusivas del CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, las cuales eran predecibles y no fueron excepcionales, cuando (a) contrataron personal sin la experiencia y experticia necesarias y requeridas, (b) contrataron equipos insuficientes, en calidad y cantidad, para la maniobra y el transporte del Emisario Submarino, (c) retrasaron la maniobra prevista en el tiempo y modo que habían anunciado, (d) cambiaron la ruta prevista para la maniobra, (e) sometieron al Emisario Submarino a condiciones extremas, un trayecto de 14 horas lo convirtieron en uno de más de 48 horas, las condiciones de mar abierto a más de 10 millas náuticas de la costa, oleaje y corrientes diferentes a las previstas en la ruta original, profundidades de más de 150 metros, entre las varias causas que han venido surgiendo en las investigaciones en curso. Pero en todo caso, la dirección absoluta de la maniobra, conceptual y materialmente, eran de su exclusiva responsabilidad y las decisiones adoptadas sobre la misma, previa, concomitante y posteriores eran de su entera discreción a su cuenta y riesgo como determina el Contrato.

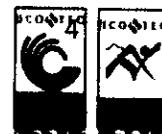
Punto 2. Dice el Consorcio en su correspondencia del 14 de enero de 2011: "EL CONSORCIO no ha incumplido sus obligaciones contractuales y no es responsable por actos de la exclusiva responsabilidad del JEFE DE OBRA".

Las razones de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio ya han sido expuestas en las comunicaciones de la Interventoría y en las correspondencias GER-ACT-001267, GER-ACT-00184 y GER-ACT-01459 relativas a la imposición de multas en aplicación de la cláusula veinte (20) de las CGC y de la misma disposición de las CEC.

En términos generales, las obligaciones incumplidas se refieren a:

- a. La falta de ejecución completa de la obra en el plazo convenido.
- b. ~~La falta de ejecución completa de la obra en el plazo convenido~~ que llevo a la ruptura, fraccionamiento e hundimiento del tubo emisario.

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
Edificio Chambacú Cra. 13B No. 26-78
PBX: 650 4100 - Fax: 650 4104 - A.A. 4240
Nit. 800.252.396-4 - www.acuacar.com
Cartagena de Indias Colombia



~~_____~~
~~_____~~
~~_____~~ e
~~_____~~ r
 o si por el contrario hubo negligencia en la operación de lanzamiento y transporte del tubo emisor. En todo caso, vale la pena destacar lo señalado por la cláusula 5.1.2. referente al análisis previo de las circunstancias que pueden incidir sobre la obra y que señala que "Se considerará que el Contratista ha inspeccionado y examinado la Zona de las obras y sus alrededores y que conoce y ha analizado los datos disponibles y que los ha tomado en cuenta antes de presentar su oferta, en especial en lo que se refiere a los siguientes aspectos: a) la topografía del lugar y las características de la faena, incluidas las condiciones del subsuelo; b) las condiciones hidrológicas y climáticas; c) el alcance y la naturaleza de las obras y de los materiales y suministros necesarios para realizarlas y para reparar sus defectos de construcción o subsanar los trabajos defectuosos. y d) los medios de acceso a la Zona de las obras y las instalaciones que pudiera necesitar".

Las disposiciones relacionadas con la fuerza mayor contenidas en las Condiciones Generales del Contrato ALC-01-BM-2008 (en adelante las "CGC")¹ y en las Condiciones Especiales del Contrato (en adelante las "CEC")², son muy claras en señalar que no incluyen daños causados por negligencia, imprevisión o errores del Contratista. En efecto, señala la cláusula 18.1. de las CGC: "No se concederá al Contratista ninguna indemnización por concepto de pérdidas, averías o daños causados por su negligencia, su imprevisión, su carencia de medios o sus errores". La cláusula 18.1.3. define la fuerza mayor como "todo acto o acontecimiento imprevisible, incontenible, que esté fuera del control de las partes y que haga la ejecución del Contrato prácticamente imposible, como desastres naturales, incendios, explosiones, guerra, insurrección, movilización, huelgas generales, terremotos, pero no los actos o acontecimientos cuya ocurrencia sólo haga del cumplimiento del Contrato una obligación más difícil o más onerosa para la parte responsable".

Además, en la cláusula 18.1.3. de las CGC se especifican los plazos y condiciones de notificación de los casos constitutivos de fuerza mayor, los mismos que no se cumplieron en el caso en estudio. Dice esta cláusula: "Cuando el Contratista invoque el caso de fuerza mayor, deberá notificar al Contratante inmediatamente después de la ocurrencia de un caso de fuerza mayor, o a más tardar dentro de un plazo no mayor de siete (7) días de la fecha de ocurrencia del caso. En la notificación, que se enviará por carta certificada con acuse de recibo, se establecerán los elementos que constituyeron la fuerza mayor y sus consecuencias probables para la ejecución del Contrato. En todos los casos, el Contratista deberá tomar todas las medidas prácticas para reanudar normalmente, en el menor plazo posible, la ejecución de las obligaciones afectadas por el caso de fuerza mayor. Si a continuación de un caso de fuerza mayor el Contratista no pudiera ejecutar los servicios tal como se prevén en el Contrato durante un período de treinta (30) días, deberá examinar lo antes posible con el Contratante las

¹ Ver cláusula 18 de la CGC.

² Ver cláusula 17 de la CEC.



1497

GER-ACT-04448

El Contratante, Acuarcar, en representación del Distrito de Cartagena, es el titular de una serie de contratos y convenios que parten de un préstamo otorgado por el Banco Mundial. En Colombia la ley faculta para que se ejecuten estos créditos por el régimen privado y en especial los créditos otorgados por el Banco Mundial. Los contratos de préstamo con todos los demás contratos, se rigen por el Derecho Privado y no por normas de carácter administrativo. El contrato de obra con el Consorcio como por privado y el régimen de ejecución de obra con el Consorcio como por privado, por lo tanto la maroma jurídica que Ustedes pretenden para imponer un régimen contractual de carácter público no previsto en el contrato es improcedente e impertinente a estas alturas del desarrollo de la relación contractual.

Es importante aclarar que las tres correspondencias (GER-ACT-001267, GER-ACT-00184 y GER-ACT-01459) relativas a la imposición de multas en aplicación de la cláusula veinte (20) de las CGC y de la misma disposición de las CEC, han sido enviadas por el Señor Francisco Pérez Tena, Gerente General de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., entidad que actúa en nombre y representación del Distrito como organismo executor del contrato de préstamo No. 7404-CO, y como Contratante tal y como lo dispone el contrato de obra civil numero ALC-01-BM-2008 y recibidas por el Consorcio COMO POR LOS ACCIONISTAS, REPRESENTANTES LEGALES, APODERADOS Y EMPLEADOS, por lo que resulta insólito que se pretenda alegar que no se dieron garantías para la contradicción de las mismas, hasta el día de hoy no hemos recibido comunicación alguna en las que el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, haya impugnado las mismas a pesar de haberlas notificado y reiterado.

Por otro lado, y efectuada la precisión anotada anteriormente que por la naturaleza del contrato, su origen, las partes y el régimen a que se somete por ley el Contratante, no es de carácter administrativo sino de Derecho Privado y por lo tanto no se le aplica el decreto citado.

Es importante señalar que desde el 10 de diciembre y hasta la fecha, la correspondencia relativa a la imposición de multas (3 y 20 de enero de 2011) ninguno de los directivos/propietarios/representantes o apoderados del Consorcio o de las empresas solidarias en su conformación se presentaron a las distintas convocatorias realizadas por el interventor y por Acuarcar. De igual manera jamás el Consorcio ha solicitado expresamente objeciones formales y puntuales sobre el procedimiento, teniendo conocimiento del trámite de las mismas.

El trámite de las mismas se inicio y se notifico desde el 6 de enero de 2011 sin que JAMAS SE HAYAN PRONUNCIADO SOBRE EL TRAMITE DE IMPOSICIÓN DE MULTAS O HAYAN VENIDO A CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES EN MORA, objeto final de las multas, conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones contractuales. El Representante Legal del Consorcio, Señor Michael Peleg salió del país, y desde ese momento no existía una persona en Colombia que asumiera las responsabilidades del Consorcio, a pesar de haber sido citados en varias ocasiones.

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
Edificio Chambacú Cra. 138 No. 26-78
PBX: 650 4100 - Fax: 650 4104 - A.A. 4240
Nit. 800.252.398-4 - www.acuacar.com
Cartagena de Indias Colombia





1498

GER-ACT-04448

circunscribe a participar en esas reuniones hasta el 10 de diciembre de 2010 y a partir de ese momento abandonaron las obras, los dirigentes y representantes abandonaron el país, y jamás presentaron los documentos e informes solicitados, lo mismo que un plan de salvamento. Hasta la fecha el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, no ha tenido una sola acción encaminada a terminar las obras y tomar las medidas que por ley y contrato está obligada frente al desastre que dejó cuando al haberse fraccionado, hundido y quedado a la deriva los fragmentos del tubo emisario abandonó el tubo y sus obligaciones legales y contractuales.

Punto 9. Dice la correspondencia del 14 de enero de 2011: "El CONSORCIO quería conocer las causas que ocasionaron el deplorable incidente del 2 de diciembre. Sin embargo la complejidad de la operación y los hechos imprevistos de conocimiento público, además de las dificultades propias del medio donde se operaba en ese momento hacen que la determinación de dichas causas requiera el análisis cuidadoso de aspectos técnicos, pruebas y evaluaciones de especialistas en este campo, antes de proceder de manera irresponsable a realizar señalamientos y a atribuir responsabilidades. Desde ya el CONSORCIO hace responsable a ACUACAR de todos los hechos ocurridos con posterioridad al 2 de diciembre del 2010 que pueden limitar o afectar la posibilidad de determinar la causa del sucedido."

Como se señala en el **Punto 1** de esta correspondencia, el Consorcio sigue en mora de presentación de la información técnica requerida que pueda explicar las causas que llevaron la ruptura, fraccionamiento e hundimiento del tubo emisario y de otorgar todos los detalles relativos al transporte del mismo, así como sobre las medidas y acciones tomadas para realizar el salvamento y evitar la propagación del daño.

Ahora de fondo, las obligaciones del CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, no se circunscriben a un deseo de saber las causas del incidente, no se circunscriben a un deseo de conocer las causas, forma perversa de delimitar sus responsabilidades, ya que al haber tenido el control absoluto de la maniobra y haber tomado todas las decisiones desastrosas que tomó, pudo haber previsto el resultado sin mayores esfuerzos, por lo que resulta ingenuo pensar hoy dos meses después que ha tenido y mantiene un deseo de saber que paso, sin tomar medidas o acciones eficaces para terminar la obra o por lo menos mitigar el daño contingente, que son y siguen siendo obligaciones esenciales, las que no ha honrado.

~~Ustedes, antes que se de suma importancia conocer las causas del accidente, lo que es evidente, pero ello no es óbice para realizar las labores de salvamento con el fin de preservar la vida, la navegación y el medio ambiente, valores superiores que ameritan acciones inmediatas, las cuales Ustedes criminalmente abandonaron, debiendo las autoridades nacionales solicitar a Acucar que las tomara inmediatamente con el fin de proteger esos valores superiores.~~

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
Edificio Chambacú Cra. 13B No. 26-78
PBX: 650 4100 - Fax: 650 4104 - A.A. 4240
Nit. 800.252.396-4 - www.acucar.com
Cartagena de Indias Colombia





1499

GER-ACT-04448

Punto 40. Señala la correspondencia del 2 de febrero de 2011: "Las comunicaciones de AGUAS DE CARTAGENA de fecha 20 de enero del 2011 ignoran de mala fe la carta del Consorcio de fecha 14 de enero del mismo año recibida previamente por su empresa. AGUAS DE CARTAGENA tiene intereses propios incompatibles e independientes a los del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS por esa razón no puede pretender asumir facultades que le son ajenas. Hasta la fecha el Consorcio no ha recibido comunicación alguna del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS en aplicación del procedimiento contemplado por las partes en el Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008. En Colombia y en la mayoría de los países del mundo es contrario a la ley impartirse justicia por mano propia. Reiteramos el interés del Consorcio de encontrar una solución a las diferencias existentes con la entidad Contratante en un ambiente seguro y donde sea posible abordar estos temas con objetividad".

Se reitera que en todo momento y en virtud del contrato de obra civil ALC-01-BM-2008 AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P es el contratante y es la entidad que ~~actúa en nombre y representación del Distrito~~ como organismo ejecutor del contrato de préstamo No. 7404-CO, representación que es anterior, previa e inoponible. En este sentido, debe entenderse que las comunicaciones enviadas al Consorcio por AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P las realiza en su condición de Contratante, con independencia de una representación que llevan ya que este hecho no genera frente al CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y de las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, ningún efecto legal ya que la relación legal quedó establecida con dos partes, una autónoma en el ejercicio de su actividad contractual Acucar frente a su contratista. En todo momento, AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P ha actuado legalmente y de buena fe, en virtud de sus obligaciones contractuales y sus deberes como contratante. Acucar no se ha administrado justicia con su propia mano. Se reitera además que siempre ha existido un ambiente seguro para abordar cualquier tema relacionado con el contrato.

Cordialmente,

FRANCISCO PÉREZ TENA
Gerente General.

- c.c. Alcaldía de Cartagena de Indias.
- c.c. Interventoría Halcrow.
- c.c. Capitanía de Puerto.
- c.c. Junta Directiva Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
- c.c. Banco Mundial / Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)
- c.c. Nación - Ministerio de Hacienda

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
Edificio Chambacú Cra. 13B No. 26-78
PBX: 650 4100 - Fax: 650 4104 - A.A. 4240
Nit. 800.252.396-4 - www.acucar.com
Cartagena de Indias Colombia



1500

-----Original Message-----

From: Luis Alfonso Pinzón Corcho [mailto:LPINZON@acuacar.com]
Sent: Friday, November 26, 2010 5:13 PM
To: Tamir Frydenrych
Cc: Stella Charalambous
Subject: Re: Request

Gracias

Luis

Sent from my BlackBerry® wireless device

-----Original Message-----

From: Tamir Frydenrych <tamir.frydenrych@edtmc.com>
Date: Fri, 26 Nov 2010 09:55:24
To: Luis Alfonso Pinzón Corcho <LPINZON@acuacar.com>
Cc: Stella Charalambous <stella.charalambous@edtmc.com>
Subject: RE: Request

Con cordiales saludos,,

Tamir Frydenrych
Technical Manager
EDT Marine Construction

Phone: +972 77 5070508
Fax: +972 50 8968004
Mobile: +972 54 2552670
Mobile: +357 99 053817

-----Original Message-----

From: Luis Alfonso Pinzón Corcho [mailto:LPINZON@acuacar.com]
Sent: Friday, November 26, 2010 8:29 AM
To: Tamir Frydenrych
Cc: Miki Peleg
Subject: Request

Dear Tamir,
Congratulations to you and Miki for a superb presentation. Miki told me to ask you please to forward the presentation, I certainly appreciate if you send it to me as soon as possible.

Regards,

Luis A. Pinzon
Project and Works Manager
Aguas de Cartagena
57 5 6622727 ext 650