

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación: 250002326000 199511704 01
Expediente: 30257
Actor: JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ
Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA
Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2004 por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones Nos. 0237 del 20 de junio de 1994; 0315 del 15 de agosto de 1994, que declaran la caducidad y la confirmatoria, del contrato No. 363/92, celebrado entre JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA.

TERCERO: NO DECLARAR la nulidad de la resolución No. 0136 del 2 de mayo de 1995 y la resolución No. 0311 del 9 de agosto de 1995, proferidas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA.

CUARTO: DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda, instaurada por el señor JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ y la COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES CONDOR S.A.

QUINTO: Sin condena en costas”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 13 de diciembre de 1995, el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales dirigida en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, presentó demanda ordinaria para solicitar que, previa citación de la parte demandada y del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare que entre **JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ** y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**, se celebró el contrato No. 363 de 1992, con sus modificaciones de que tratan los OTROSIS suscritos por las partes.

SEGUNDA.- Que son nulos en su integridad los siguientes actos administrativos:

a) Las Resoluciones Nos. 0237 del 20 de junio de 1994 y 0315 del 5 de agosto de 1994 proferidas por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA** y por medio de las cuales se declaró y confirmó la declaratoria de caducidad del contrato No. 363 de 1992;

b) La Resolución No. 0136 del 2 de mayo de 1995 y su confirmatoria Resolución No. 0311 del 9 de agosto de 1995 proferida por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**, según la cual se declaraba la ocurrencia del riesgo amparado por la póliza de seguros No. 96359 expedida por la Compañía de Seguros Generales **CONDOR S.A.** para garantizar la buena utilización de los materiales entregados, por la suma de \$6'853.115,44.

TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**, incumplió el contrato a que se refiere el punto precedente, al decretar la caducidad del contrato, y por lo tanto es responsable administrativamente de los perjuicios de todo orden ocasionados al señor **JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ**.

CUARTA.- Que, en tal virtud, se condene a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**, a pagar a **JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ** o a quien haga sus veces, los perjuicios de todo orden (morales y materiales), que se le han causado, por razón de la indebida terminación unilateral e intempestiva de contrato y por las actuaciones administrativas irregulares cumplidas dentro de la ejecución del mismo (anteriores y posteriores a la declaratoria de caducidad), como los que se le ocasionen hasta la fecha del reconocimiento y pago de los mencionados perjuicios. Reconocimiento y pago que deberán realizarse teniendo en cuenta la correspondiente corrección monetaria, todo conforme al dictamen de los peritos.

QUINTA.- *Que todo lo anterior deberá cumplirse dentro de los términos y condiciones de que trata los artículos 176 y 177 del C.C.A.”.*

1.1. Hechos.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

Se relató en el libelo que el 5 de octubre de 1992, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez se celebró el contrato de obra pública No. 363, cuyo objeto consistió en *“la construcción de redes de acueducto y alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario en barrios subnormales de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. – zonas 5, 6 y 18 -”*.

Se indicó en la demanda que en la cláusula cuarta del contrato, se pactó que el contratista se obligaba a ejecutar las obras del grupo 1 en un plazo de 180 días y las del grupo 2 en un plazo de 270 días, plazo que empezaría a correr a partir de la orden de iniciación que debía dar la Empresa una vez quedara perfeccionado el contrato y se hiciera entrega al contratista del valor pactado por anticipo.

En cuanto al pago del anticipo, dijo la parte actora que en la cláusula sexta se pactó que por este concepto se cancelaría una suma equivalente al 25% del valor del contrato dentro de los 30 días calendario siguientes a la presentación de la cuenta de cobro por parte del contratista y una vez que la Empresa aprobara los programas detallados de construcción, de inversiones mensuales y de anticipo.

Se aseveró en la demanda que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá rechazó en varias oportunidades los programas presentados por el contratista y que le exigió el cumplimiento de unos requisitos no contemplados en el contrato ni comunes para el tipo de obras que se debían ejecutar, según el libelo, únicamente con la intención de demorar la entrega del anticipo, por cuanto la entidad no tenía disponibilidad presupuestal para cancelarlo, situación que habría puesto al demandante en imposibilidad de iniciar las obras dentro de la oportunidad que tenía presupuestada para ello.



En relación con lo anterior, se indicó que el 23 de noviembre de 1992, según lo acordado en la cláusula vigésimo segunda del contrato, fue la primera vez que el contratista presentó el programa detallado de actividades, el cual se iba a desarrollar por el sistema de barras GANTT de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones, barrio por barrio, así como el del flujo de inversiones mensuales valorizado acumulativa y periódicamente para el total de las actividades, pero que éste no fue aprobado sino hasta el mes de junio de 1993. En lo que a este particular aspecto concierne, manifestó la parte demandante que dos meses después de presentado el programa inicial, la Empresa le exigió la presentación de programas no contemplados ni en el pliego de condiciones ni en el contrato, tales como impacto urbano, suministro de tuberías y de detalle de tramo a tramo de construcción de tuberías para cada barrio.

Según el libelo, la improvisación de la contratante era tan evidente que 3 meses después de solicitar los programas antes mencionados, el 13 de abril de 1993, mediante oficio 8412-93-286 se le remitieron al contratista *“los planos de construcción correspondientes al contrato, para que se efectúe el ajuste de los borradores de los programas de obras”*, además de devolverle la cuenta de cobro de anticipo que se había presentado, con fundamento en que para proceder a cancelarlo se requería de la aprobación previa de los programas.

Igualmente, se señaló en la demanda que en la cláusula octava se estableció que se designaría un interventor para el contrato, sin el cual no podía darse inicio a su ejecución, no obstante lo cual, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no designó uno sino hasta enero de 1993, es decir, muchos meses después del momento en que se celebró el negocio jurídico.

Asimismo, se expresó en el libelo que en la cláusula trigésima octava las partes establecieron los requisitos que se debían cumplir para que se entendiera perfeccionado el contrato, entre ellos, el registro de la reserva presupuestal, los paz y salvos respectivos, el impuesto de timbre, las garantías y seguros contemplados en el contrato y su publicación y se manifestó que los que estaban a cargo del contratista fueron cumplidos a cabalidad. En relación con la Empresa contratante, dijo la parte actora que los requisitos que estaban a su



cargo para dar inicio a las obras se extendieron en el tiempo al punto de que solamente hasta el 30 de julio de 1993, esto es, casi dos años después de la cotización que realizó el contratante para presentar su propuesta, se dio la orden de iniciación de obras.

Cuenta el libelo que el 18 de junio de 1993, “*después de un año de haberse suscrito el contrato*” y de casi dos años de que el contratista presentara su oferta, le fue cancelado el anticipo, pero la suma que se le entregó correspondió al 25% del valor fiscal del contrato y no, como se pactó, de su valor real, es decir, de su valor actualizado de acuerdo con las fórmulas de reajuste estipuladas por las partes, por lo cual el contratista únicamente recibió el 19.51% del anticipo pactado. Se agregó que a pesar de que se le solicitó a la Empresa que corrigiera el error, pues ello implicaba un desequilibrio económico para el contratista, la entidad hizo caso omiso a tales peticiones.

Se relató en la demanda que de conformidad con la orden de iniciación dada por la Empresa el 30 de julio de 1993, el 9 de agosto de ese mismo año las partes suscribieron el acta de iniciación de obras, acta en la que se dejó constancia en cuanto a que en varios frentes de trabajo como eran los barrios La Paz, El Portal y La Aurora no se podían ejecutar las obras de conformidad con lo convenido porque existían impedimentos de carácter legal sobre los terrenos que debían utilizarse, en unos casos, porque no se habían constituido las servidumbres respetivas y, en otros, porque no existían los permisos o autorizaciones en los predios privados que se verían afectados por las obras. Igualmente, el contratista dejó constancia en cuanto a que se estaba quebrantando el equilibrio financiero del contrato, toda vez que no se estaba aplicando sobre el anticipo la fórmula de reajuste pactada por las partes.

Adicionalmente, dijo la parte actora que para demostrar la improvisación y la falta de planeación con que actuó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en la ejecución del contrato, relacionaba las modificaciones y adiciones que se debieron realizar, así:

La modificación 1 se suscribió en el mes de julio de 1993 y consistió en cambiar la fecha de iniciación de las obras correspondientes a los barrios La Aurora y El Portal Sur - Usme, por



cuanto en esos frentes de trabajo los predios por donde debían pasar las obras no se encontraban totalmente libres.

El 10 de diciembre de 1993, las partes suscribieron el otrosí No. 1 al contrato, por medio del cual se aclaró la cláusula sexta en cuanto a la forma de pago y, en su numeral 6.3, en cuanto a la fórmula prevista para ajustes, con el objeto de mantener el valor fiscal del contrato entre el mes del cierre de la licitación y el mes del pago del anticipo, pero sin restablecer el equilibrio económico del contrato en cuanto al valor entregado al contratista por concepto de anticipo.

El 14 de diciembre de 1993, se suscribió el otrosí No. 2 al contrato, por medio del cual se aumentó el valor del anticipo de un 25% a un %50, pero no sobre el valor real del contrato, sino sobre su valor fiscal, por lo cual el contratista únicamente recibió por este concepto un porcentaje de 34.41%.

En esa misma fecha las partes suscribieron la adición No. 3 al contrato, a través de la cual se ampliaron los plazos totales como los subplazos para la ejecución de la obra.

El 17 de marzo de 1994, se suscribió la adición No. 2 al contrato, a través de la cual se suprimió una obra y se adicionó otra para ser desarrollada dentro de la ejecución del proyecto.

Igualmente, con el objetivo de señalar los incumplimientos en los que habría incurrido la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en la ejecución del contrato de obra pública, en la demanda se indicó que la actividad principal a desarrollar por el contratista consistía en la instalación de tubería tanto para el acueducto como para el alcantarillado y, por tanto, que el suministro de este elemento de trabajo, que estaba a cargo de la entidad contratante, era esencial para que los plazos pactados pudieran cumplirse; sin embargo, según aseguró la parte demandante, en reiteradas oportunidades la empresa manufacturera con la que la entidad pública había contratado su fabricación y suministro, informó sobre la imposibilidad de hacer las respectivas entregas, bien porque la tubería no estaba disponible al momento del retiro, o porque ni siquiera había sido fabricada.



El señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez puso en conocimiento de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado la anterior situación, frente a lo cual la entidad, mediante oficio 8421/93-465, le indicó que el hecho únicamente podía probarse a través de una certificación expedida por la empresa manufacturera de las tuberías, la cual, mediante comunicación del 5 de octubre de 1993, le manifestó que la disponibilidad de tubería de diámetro 36 pulgadas no se encontraba preparada en el momento, a pesar de que la misma debía estar en manos del contratista desde la fecha de iniciación del contrato.

Afirmó la parte actora que en la mencionada comunicación únicamente se hizo alusión a un tipo de tubería, pero que la empresa fabricante no quiso expedir más certificaciones al respecto, pues ello le generaría problemas con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, tanto que con posterioridad pretendió restarle valor probatorio a lo dicho en la certificación, señalando, mediante comunicación del 8 de noviembre de 1993, que solamente la entidad pública podía solicitar una constancia sobre disponibilidad y entrega de tubería.

Dijo la parte actora que en razón de la anterior situación se vio en la obligación de suspender las obras en cuanto a la apertura de canalización por donde debía extenderse la tubería, toda vez que la comunidad se quejaba al dejarse zanjas abiertas indefinidamente mientras se procedía a la instalación de las tuberías.

Además de lo anterior, dijo la parte demandante que el suministro de tubería fue manejado con almacenamientos provisionales en cada barrio, pero que la situación prevista por el contratista al momento de presentar su propuesta varió, por cuanto: i) la tubería no se ubicó en las bodegas de la Empresa contratante, sino en las del fabricante proveedor, lo cual, según dijo, generó interferencias en el desarrollo del contrato, por cuanto el fabricante no sólo atendía los suministros requeridos por la entidad pública, sino por otras personas con mayor prioridad, debido a que, a diferencia de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, realizaban sus pagos de manera oportuna; ii) se entregó tubería recién fabricada la cual no tenía resistencia para el transporte, iii) se presentaron actos de vandalismo permanentes que fueron oportunamente informados a la entidad y iv) una gran cantidad de tubería fue hurtada en los sitios de bodegaje, todo lo cual habría repercutido en la pérdida de una longitud de tubería cercana al 15%.

Se expresó en la demanda que los planos sobre los cuales el contratista basó toda su programación no coincidían con los terrenos que encontró al momento de desarrollar las obras, pues en algunas ocasiones se encontró con servidumbres no descritas en los planos y, en otras, con tubería o canalización de obras realizadas por la misma comunidad, situaciones que lo obligaron a suspender los trabajos.

Manifestó también la parte demandante que los planos no solamente no coincidían con la realidad de los terrenos, sino que, además, adolecían de inexactitud, puesto que, en muchos frentes de trabajo, la Administración, después de haberse iniciado las obras enviaba unos planos diferentes que corregían o modificaban lo ya ejecutado, lo cual implicaba la reprogramación de la obra.

Según la demanda, en cada frente de trabajo, que estaba dividido por barrios, se presentaron serios problemas que obstaculizaron la ejecución de las obras y que impidieron el cumplimiento del cronograma por parte del contratista, así:

Barrio La Paz.

En lo que a esta zona del contrato concierne, expresó la parte demandante que varios de los terrenos privados que debían ser utilizados para el desarrollo de las obras y que carecían de los permisos que sus propietarios debían otorgar para ello se encontraban localizados en este barrio, al igual que algunos terrenos que no tenían constituidas las servidumbres necesarias, por lo cual en el acta de iniciación de obras se indicó que en dichos tramos su ejecución quedaba condicionada a la reubicación de las viviendas, no obstante lo cual, aún a la fecha de presentación de la demanda, la reubicación no se había llevado a cabo.

Al respecto, se señaló en el libelo que las viviendas que debían ser reubicadas y, en general, la falta de disponibilidad de terrenos libres para la no obstaculización de varios tramos de tubería no estaba concentrada en un solo frente de la zona, sino que se extendía por distintos puntos - corredores y sectores -, lo que llevó a una perturbación generalizada que impidió al contratista ejecutar las labores a él encomendadas en esta zona, la cual,



además, había sido catalogada por la Administración como de alto riesgo, lo que necesariamente dificultaba el desarrollo del contrato.

Se dijo además en la demanda que la situación más grave se presentó en el sector de la quebrada en donde se construyeron viviendas de lado y lado que imposibilitaron la entrada de la maquinaria necesaria para la construcción del colector de diámetro 1.10, que era el desagüe final del barrio y, por consiguiente, de los desagües generales, obras que debía realizarse antes de construir las redes que desembocarían en ellos a fin de que la acometida hidráulica tuviera un camino hidráulico controlado. En relación con este preciso aspecto, se manifestó que las viviendas no fueron reubicadas y que de ello da cuenta el acta de obra suscrita el 21 de julio de 1993, inconveniente que fue puesto en conocimiento de la Empresa desde el 7 de mayo de 1993, mediante la comunicación JHVR-172 y reiterada el 24 de junio de la misma anualidad mediante comunicación JHVR-254.

Ante las graves dificultades que imposibilitaron la ejecución de la obra del colector, el contratista, sin estar obligado a hacerlo, cambió su diseño con el propósito de cumplir con sus obligaciones; sin embargo, el Gerente Técnico del proyecto, desconociendo la problemática presentada al respecto y, además, contradiciendo lo dicho por el subgerente técnico y por el interventor de la obra el 21 de julio de 1993, mediante comunicación No. 518753 del 25 de octubre de ese año ordenó que su construcción se llevara a cabo a pesar de que todavía no se encontraban disponibles los predios necesarios, con el agravante de que, como se había dado la orden de no construirlo, el contratista ya no estaba programado para hacerlo. Dijo el demandante que dada su intención de cumplir con las obligaciones que asumió, a través de comunicación JHVR-211/94, presentó propuesta para negociar él mismo los terrenos, pero que ésta fue rechazada por la entidad sin ofrecer ninguna solución al respecto.

Según lo expresó la parte actora, la falta de previsión por parte de la entidad contratante en relación con la disponibilidad de predios dio lugar a que un habitante del sector presentara una acción de tutela en razón a que no se estaban realizando los trabajos para la construcción del acueducto y del alcantarillado y que en desarrollo del trámite judicial, el interventor general de la obra, mediante declaración juramentada, indicó entre las causas



por las cuales no podía adelantarse los trabajos, la invasión de un sector por donde debía pasar el proyecto y la inconveniencia técnica de realizarlo sin desagüe definido.

En cuanto a las redes del acueducto, se señaló en la demanda que no se pudieron iniciar porque las mismas debían comenzar una vez terminadas las redes de alcantarillado, toda vez que se ubican en el nivel superior de aquellas, es decir, a una menor profundidad.

Explicó la parte actora que a las anteriores circunstancias se sumó un inconveniente presentado con la construcción del pozo No. 67, por cuanto la red llegaría por debajo de la lámina de agua del canal existente, lo cual implicaba que no se podría realizar el desagüe. Expresó también que este ítem de la obra se entorpeció por la presencia de aguas subterráneas en la parte plana que hacían bastante inestable el terreno, razón por la cual el contratista, mediante comunicación JHVR-931/94, presentó un perfil de modificación sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda hubiera obtenido respuesta alguna al respecto, por lo cual, según dijo, era imposible acometer las obras y trabajos contratados.

Se manifestó en la demanda que con el fin de adelantar otros frentes de trabajo, el 14 de septiembre de 1994 se autorizó la instalación de tubería, pero que posteriormente la interventoría dio la orden de parar los trabajos en los frentes respectivos, aduciendo para ello un cambio de proyectos, pendientes y cotas de excavación, situación de la que el contratista dio aviso a la entidad pública contratante mediante comunicación JHVR-420 de 15 de septiembre de 1993, cambios de decisiones que, según se aseveró, terminaron afectando el desarrollo normal del contrato.

Barrio El Portal.

En lo que a esta zona concierne, se dijo en la demanda que los problemas del barrio La Paz se extendieron a otros barrios como El Portal en donde también el contratista se encontró con la presencia de predios respecto de los cuales la Empresa de Acueducto de Alcantarillado de Bogotá no había conseguido aún las autorizaciones requeridas, lo cual afectó la ejecución del desagüe final del colector combinado del barrio, que era la obra principal de la cual dependían todas las demás.



Aseveró la parte demandante que en este barrio el contrato también se vio afectado porque la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá se retardó en la obtención del permiso que se requería en relación con el predio donde estaba ubicada la cárcel La Picota, cuyo trámite se inició en el mes de septiembre de 1993, esto es, cuando el contrato ya llevaba un mes de ejecución, y sólo hasta el 25 de septiembre se permitió el paso de los trabajadores por el centro carcelario, para lo cual tuvo que demolerse un muro, obra que tampoco estaba prevista en el acuerdo inicial y que fue reconocida por la entidad contratante mucho después de ejecutada.

Tales dificultades, según lo aseveró la parte actora, obligaron a pensar en un nuevo diseño que implicaba un aumento en la cantidad de trabajo por la mayor profundidad de la instalación y su longitud, lo cual no estaba previsto en el contrato inicial, diseño que la Empresa contratante entregó el 24 de septiembre de 1993, es decir, 49 días después de la fecha en que debía estar en manos del contratista si se querían respetar las condiciones del negocio jurídico.

Se indicó en la demanda que se intentaron desarrollar obras en los frentes en donde era posible, pero que en esas zonas se presentaron inconvenientes por presencia de “*aguas clandestinas*”, en razón de lo cual la Empresa cambió los diseños y los entregó el 24 de septiembre de 1993, lo que ineludiblemente causó más retrasos imputables sólo a la contratante, pues en los planos que se entregaron no estaban detalladas las “*aguas clandestinas*” y la visita realizada por el contratista a los terrenos era insuficiente para detectar su presencia.

Afirmó la parte actora que la existencia de las “*aguas clandestinas*” hacía necesaria la construcción de manijas o tuberías alternas para el desagüe de los afluentes sanitarios del barrio a fin de evitar que las aguas negras se mezclaran con las aguas lluvias y se devolvieran por las redes existentes hasta las viviendas, por tratarse de un alcantarillado combinado.

En cuanto a la entrega de materiales, dijo el contratista que le fueron suministrados 32 días después del plazo acordado. También expresó que el permiso para la ejecución de las obras de alcantarillado combinado de diámetro 12 pulgadas del tramo 95-23 estaba en trámite y que eso afectó los tramos 23-24, 24-25, 26-26 y 26-30.



Finalmente, en lo que a esta zona corresponde, señaló la parte demandante que para subsanar el problema presentado se adicionó la construcción de un alcantarillado sanitario en el sector de San Agustín del barrio La Paz, pero que el diseño fue entregado tardíamente y modificó todo el plan de trabajo del barrio, explicó que también se construyeron desvíos al acueducto existente porque se presentaban varias interferencias con el colector, costos que no fueron reconocidos por la entidad pública en su totalidad, la cual tampoco reconoció el valor correspondiente al manejo de aguas negras de sector de San Agustín el cual no estaba incluido en la propuesta del contratista.

Barrio La Aurora.

Adujo la parte demandante que el incumplimiento y la improvisación de la entidad contratante afectó también el adelantamiento de las obras en este barrio, por encontrarse pendientes las servidumbres de los tramos Cabezal -Pozo 49,49-48 y 48-47, tal y como quedó registrado en el acta de iniciación de obras.

En relación con ese tema, se dijo en la demanda que la entidad nunca obtuvo la servidumbre que se requería en relación con los predios de propiedad de Concretos Diamante, situación ante la cual se tuvieron que cambiar los diseños, los cuales no se entregaron sino hasta el siguiente año, 1994, sin tener en cuenta que para el nuevo diseño se hacía necesario realizar nuevos programas de construcción, así como una nueva planeación de obras.

Se indicó, también, en la demanda que esta zona, como las otras, se vio afectada por la falta de entrega de tubería y que, a pesar de la conducta de la contratante, el contratista dio inicio a obras con un mes de anticipación - 11 de enero de 1994 - en los frentes donde era posible trabajar, de lo cual informó a la Empresa mediante comunicación JHVR-033/94.

Adicionalmente, expresó la parte actora que en este barrio se presentaron los siguientes inconvenientes: insuficiente longitud de las zonas peatonales para realizar las excavaciones necesarias para instalar tuberías de 24 pulgadas de diámetro, presencia de redes de acueducto en la parte oriental de la zona peatonal, tuberías de aguas negras en el centro,



red de energía eléctrica y redes de gas domiciliario en la parte occidental que imposibilitaron las redes de alcantarillado, de lo cual se dio aviso a la Empresa mediante comunicación JHVR-181 del 24 de febrero de 1994, proponiendo a, su vez, la instalación de tubería de 36 pulgadas como desagüe general en vía aledaña, comunicación a la que se le habría dado respuesta hasta el 29 de marzo de ese año en forma “*antitécnica*”, pues los peritos de la entidad determinaron realizar las obras según lo pactado. Dada la demora en la respuesta, el contratista empleó los recursos en otros frentes de trabajo movilizándolos para después devolverlos.

Barrio La Fortaleza.

Al referirse a esta zona, la parte demandante señaló que la Empresa contratante no entregó, con los pliegos de condiciones, los estudios geotécnicos, sino que lo hizo con posterioridad en el mes de noviembre de 1993 y a solicitud del contratista, pero con información equivocada respecto de la estabilidad del terreno, pues no coincidía con la realidad que se observó al realizar las excavaciones respectivas, pues se encontró un “*terreno en las peores condiciones*” con un bajo nivel de autoaporte que disminuyó los rendimientos esperados y que no podía preverse al momento de contratar, todo lo cual, según dijo, puede ser constatado mediante análisis de los estudios de suelo que sirvieron para realizar la licitación de reconocimiento geotécnico sobre observaciones realizadas en el campo, con acta suscrita por los funcionarios de Empresa comunicada a través de oficio 7420-93-13 de 30 de noviembre de 1993, después de realizar visita a los terrenos y de encontrar graves inconsistencias con el proyecto base de la licitación.

Además, se expresó en la demanda que en este barrio se descubrieron redes comunitarias clandestinas y provisionales, aguas subterráneas servidas y limpias que no fueron puestas en conocimiento del contratista y que, por tanto, presumía que no existían, obstáculos de los cuales, a pesar de su experiencia, no podía conocer el contratista aún con la inspección al terreno, pues tales circunstancias sólo podían descubrirse mediante estudios específicos de excavación que debió efectuar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá antes de contratar.



Igualmente, se indicó en la demanda que la Empresa contratante entregó con 84 días de atraso, equivalentes al 95% del plazo para entregar las obras de este barrio, los diseños de la localización del sitio de empate de las redes, así como el dimensionamiento de los accesorios de cámara reductora de presión, lo cual ocasionó demoras en el desarrollo del contrato; sin embargo, 3 días después de la entrega de esta información, la entidad pública impuso multas al contratista.

Adicionalmente, se mencionó en la demanda que en esta zona la impaciencia de la comunidad provocó “*conductas irracionales*”, que incidieron en el desarrollo normal de las obras, por cuanto los operarios de las máquinas debieron salir del lugar para salvaguardar su integridad personal. Asimismo, se indicó que la conexión del alcantarillado sanitario en ese sector debía hacerse con las redes ya existentes, no obstante que en varias oportunidades la comunidad la había informado a la entidad su inconformidad por las inundaciones que esa conexión produciría a sus viviendas.

Barrio Moralva.

En relación con este barrio, se expresó en la demanda que la entidad pública contratante no había identificado de manera previa cuáles eran las zonas públicas y cuáles las privadas, tanto que insistió hasta el final en la existencia de unos corredores de uso público, los cuales no tenían esa condición, sino que eran de propiedad de la urbanización Altos del Zipa y respecto de los cuales, por tanto, se requería de la constitución de una servidumbre que no se obtuvo, lo cual, según el libelo, llevó a la Empresa a obligar a la urbanización para que fuera ésta la que realizara la labor y, a su vez, a exigirle al contratista que también lo hiciera para “ *fingir* ” el cumplimiento de sus responsabilidades. Manifestó la parte actora que intentó obtener la servidumbre, pero que los resultados fueron negativos.

Igualmente, al referirse a esta zona se indicó en la demanda que a la vez que la Empresa le exigía al contratista el cumplimiento de los términos acordados, hacía imposible el adelantamiento de las obras, en tanto que la tubería que era indispensable para el desarrollo del contrato la entregó con una mora de 65 días, esto es un tiempo equivalente al 40% del plazo pactado para la ejecución del contrato.



Del mismo modo, expresó la parte actora que en esta zona fue necesario realizar un replanteamiento topográfico, por cuanto los rasantes no coincidieron con el proyecto, ni los sitios de empalme de las redes con las esquinas de la calles, por haber sido “*malogrados*” por la Empresa, lo que obligó a realizar una relocalización de los pozos, lo que modificó también el proyecto.

Barrio Chuniza.

En lo que a este barrio concierne, se indicó en el libelo que, una vez iniciadas las obras, se cruzaron sobre el lineamiento de las redes proyectadas unas tuberías de aguas negras que habían sido construidas por la misma Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá tiempo atrás; sin embargo, según las actas de obra y las comunicaciones dirigidas a la entidad, dichas servidumbres no aparecen en ninguno de los planos que entregó la Empresa al contratista, lo cual hizo perder todo el trabajo, los recursos y el tiempo empleados hasta ese momento.

Relató la parte actora que la anterior circunstancia ocasionó un problema de gran magnitud, por cuanto obligó a cambiar el eje de trazado de las redes, lo que significó el inicio de nuevas excavaciones y obras, mayor cantidad en longitud de las redes, realización de nuevas programaciones, entre otros, más la pérdida del trabajo realizado y parte del plazo agotado sin que la culpa del contratista hubiera intervenido. Dijo la demandante que la entidad pública contratante no reconoció las obras adicionales que tuvieron que realizarse, las cuales excedieron en gran proporción el presupuesto inicial destinado para este barrio. Expresó también que las únicas obras que se podían adelantar mientras la Empresa entregaba los cambios de diseño era el relleno de las zanjas hechas para la acometida de las obras inicialmente proyectadas.

Así mismo, adujo la parte demandante que en esta zona también se presentaron diseños topográficos que no coincidían con la realidad (esquinas de las vías), el colector contratado y los pozos esquineros receptores de las redes colaterales proyectados, dijo también que la rasante del terreno no coincidió con las cotas del proyecto.

Barrio Diana Turbay.



Indicó la parte actora que en este barrio la Empresa ordenó la elaboración de obras extras no previstas en el contrato original, las cuales hacían indispensable un nuevo plazo que fue solicitado a la entidad junto con el reconocimiento económico de las mismas, pero que nunca se obtuvo respuesta al respecto. *“Dichas obras consistían en la no obtención del permiso de demolición y construcción de unas escaleras que interferían con el desagüe final de la red proyectada y la instalación de un alcantarillado adicional que requerían de nuevos diseños no entregados al contratista”.*

Barrio Antonio José De Sucre.

Según se expresó en la demanda, como muestra de la voluntad del contratista para cumplir con sus obligaciones, a pesar de que en este barrio se encontraron aguas negras provisionales y clandestinas, se adelantaron las obras con un difícil manejo de las mismas, aunque los rendimientos se vieron notablemente afectados, pues se tuvieron que aumentar las cantidades de excavación, relocalizar las aguas negras, tal y como se le informó a la entidad mediante comunicación JHVR-371/93. Expresó la parte actora que en los planos entregados por la Empresa no se advirtió sobre la presencia de las redes comunitarias mencionadas, además de que los planos fueron entregados de manera tardía pues se recibieron en su totalidad en el mes de junio de 1993, lo que afectó tanto la programación como la ejecución de la obra.

Adicionalmente, adujo la parte actora que con autorización de la interventoría se realizó la compra de unos accesorios que posteriormente no fueron utilizados por la disminución en las obras programadas, a pesar de lo cual, la interventoría *“en una interpretación acomodada del contrato”*, se negó a reconocer el valor de su compra arguyendo para ello que los accesorios adquiridos eran innecesarios, cuando la verdad es que estaban previstos en el contrato y constituyeron una inversión supervisada por ella.

Barrio Duitama.

En relación con este barrio se señaló en el libelo que las obras se adelantaron de manera satisfactoria hasta cuando la Empresa decidió realizar cambios al diseño consistentes en la



relocalización de algunos tramos y en el cambio del diámetro de la tubería que pasó de 16 a 18 pulgadas, lo cual implicaba condiciones más difíciles y complejas, así como cantidades de obra adicionales no contempladas en el contrato.

A pesar de todo lo anterior, dijo la parte actora que se acogió a la decisión tomada por la Empresa y, cuando estaba a punto de ser cumplida, se incurrió en retrasos ocasionados por la falta de aprobación de los precios de la nueva tubería, los cuales habían sido entregados por el contratista de manera oportuna. Adicionalmente, expresó la parte demandante que la Empresa no coordinó los suministros de la tubería con la compañía proveedora y que incumplió de esta forma el contrato, tal y como se dejó indicado en la comunicación JHVR-380 de 1993.

Barrio Emisario Final o Emisario Tunjuelo.

Según la demanda, en este barrio los planos que contenían el proyecto y que fueron entregados por la Empresa no coincidieron en absoluto con la realidad del terreno, por lo que fue necesario que Interventoría entrara a modificar el trazado de la línea de la red, lo que afectó tanto la programación como el rendimiento de las obras.

Adicionalmente, expresó la parte actora que la tubería fue entregada después de vencido el plazo pactado para las obras, lo cual impidió la instalación tanto del colector del barrio como de las redes.

Dijo también la parte demandante que a pesar de que adelantó todas las gestiones tendientes a obtener la licencia para realizar las excavaciones en el cruce de la vía Usme, hasta la fecha en que se expidió la resolución que le impuso unas multas la Secretaría de Obras Públicas del Distrito no la había concedido, por lo cual el contratista se vio en la imposibilidad para iniciar las primeras labores, pues él no era el encargado de expedir las licencias sino de hacer todo lo posible para obtenerlas, lo que efectivamente hizo. Manifestó que le fueron solicitados documentos que no estaban claramente especificados en el contrato, como lo expuso en comunicación JHVR-557/93.

Barrio Socorro.



En lo que a esta zona respecta, indicó la parte actora que las obras vistas como un todo se desarrollaron a satisfacción, aunque se presentaron pequeños inconvenientes relacionados con la comunidad y demás habitantes del segundo sector, quienes se opusieron y efectivamente impidieron el rompimiento de la calzada construida en concreto, con fundamento en que la red instalada no había presentado ningún problema, por lo cual se presentó un documento formal que fue remitido a la Empresa mediante comunicación JHVR-487/93. Esta obra, según la demanda, era imprescindible para cambiar la pendiente de la tubería del alcantarillado,.

Por otra parte, al referirse a la obligación asumida por el contratista según lo pactado en el contrato 363 de 1992, en la demanda se indicó que éste de manera diligente y en la oportunidad debida tramitó ante las diferentes autoridades los diversos permisos para que se pudieran ejecutar las obras, en virtud de lo cual tanto la Empresa de energía de Bogotá, como la Empresa de Teléfonos de la misma ciudad y las demás entidades oficiales concedieron las respectivas autorizaciones.

Dijo también la parte actora que atendiendo a lo estipulado en el contrato 363 de 1992, de manera diligente y en la debida oportunidad tramitó ante las diferentes autoridades distritales los permisos necesarios para la ejecución de las obras y que sólo se presentaron inconvenientes en relación con la licencia de excavación de vías, puesto que, a pesar de que se solicitó desde el mes de junio de 1993, al radicar la petición ante la Secretaría de Obras Públicas (SOP) esta entidad solicitó varios documentos relacionados con el contrato, lo que ocasionó que durante varios meses se cruzaran comunicaciones entre esa Secretaría y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para obtener la aprobación definitiva, pero que al final lo que se obtuvo fue una liquidación por una suma total de \$3'417.884, valor que se solicitó a la contratante que cancelara, puesto que ese rubro no estaba incluido en los costos directos ni indirectos del contrato, pero que nunca se obtuvo respuesta positiva al respecto.

De otro lado, se aseveró en la demanda que dada la demora en el pago del anticipo y la negativa por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para que el mismo se cancelara con base en el valor real del negocio jurídico, la situación financiera del



contratista se tornó en muy precaria y se agravó, aún más, porque se le impuso una multa por un monto mayor al pactado en el contrato, además de que a partir del mes de marzo de 1994 la entidad cesó en el pago de cualquier cuenta de cobro que presentara el contratista, no solo en relación con el contrato 363 de 1992, sino también en relación con los contratos 365 de 1992 y 401 de 1993 y, adicionalmente, porque se le negó el endoso de las cuentas o la negociación del pago anticipado de las mismas, lo que buscaba en procura de descongestionar la carga financiera en la que se encontraba para ese entonces.

En cuanto a la multa, dijo que le fue impuesta mediante Resolución No. 1788 del 2 de noviembre de 1993, por un valor diez veces superior al pactado en el contrato y que tuvo que pagarla por cuanto su no cancelación le sirvió de base a la Empresa demandada para negarse a la cancelación de las cuentas que el contratista presentó para su cobro, lo cual, sin embargo, persistió a pesar del pago. En contra del acto administrativo se interpuso recurso de reposición que fue confirmado mediante Resolución No. 0015 del 27 de enero de 1994.

Indicó la parte actora que con la imposición de multas la Administración actuó en abierta contravía de lo pactado por las partes en el adendo No. 3 al contrato, por medio del cual se ampliaron todos los plazos para corregir los errores que hasta la fecha había cometido la entidad contratante, los cuales indefectiblemente conllevaron a los atrasos del contratista, toda vez que, según dijo, con los plazos nuevamente pactados se subsanaron todos los supuestos fácticos que dieron lugar a la imposición de la multa, razón por la que, a juicio del contratista, el acto que la impuso debía ser revocado.

Se señaló también en la demanda que la sola ampliación de los plazos no era suficiente para que el contrato se pudiera desarrollar en debida forma, pues para ello se requería que se corrigieran los demás errores que se venían presentando en contra del contratista, pero, según se afirmó, la entidad no lo hizo y, en su lugar, declaró la caducidad del contrato mediante Resolución No. 0237 del 20 de junio de 1994, acto administrativo que fue confirmado mediante Resolución No. 0315 del 5 de agosto de 1994.

Igualmente, relató la parte actora que, una vez declarada la caducidad del contrato 363 de 1992, el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez quedó incurso en una inhabilidad sobreviniente y que, a pesar de que solicitó que se permitiera la cesión de los contratos 365



de 1993 y 401 de 1994, que se venían ejecutando de manera oportuna, la entidad le negó tal posibilidad, lo cual condujo al contratista a renunciar a su ejecución.

Dijo también la parte demandante que el incumplimiento de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá alteró en forma notoria las condiciones iniciales de plazo y precio unitario fijo del contrato, lo cual llevó al contratista a ejercer su derecho a la revisión de los precios pactados, al reajuste de conformidad con las verdaderas condiciones del contrato y al pago de los intereses por los valores no cancelados y a la fecha de la presentación de la demanda aún adeudados a la parte actora.

Según la demanda, en aras de mantener el equilibrio económico del contrato, era necesario realizar una revisión de precios que tuviera en cuenta el establecimiento de nuevos valores en remplazo de los inicialmente pactados, los cuales no correspondieron a la realidad del contrato, cálculos que realizó y que quedaron consignados en la comunicación JHVR-967/4, elaborados con fundamento en los índices de la Cámara Colombiana de la Construcción y que le permitían reclamar un valor adicional de marzo de 1992 a mayo de 1994, del 34.3%, el cual pidió que se actualice a la fecha del pago de las obras; sin embargo la Empresa se negó a la solicitada revisión de precios.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

A juicio de la parte demandante que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, al declarar la caducidad del contrato 393 de 1992 y, además, al haber incumplido las obligaciones que adquirió en virtud de tal negocio jurídico, vulneró las siguientes normas: los artículos 2,6,23,83,90,123 y 209 de la Constitución Política de 1991, los artículos 3, 6 y 7 de la Ley 19 de 1982, los artículos 20, 21, 24, 62, 64, 66, 71, 84, 86, 89 y 120 del Decreto Ley 222 de 1893, los artículos 2, 3, 34, 47, 56 y 58 del Decreto 01 de 1984, los artículos 3, 4, 5, 14, 23, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, los artículos 1495, 1602 y 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código de Comercio.

Señaló también la parte actora que las normas que citó como vulneradas, son el fundamento de la causal de falsa motivación que endilga a los actos administrativos



enjuiciados y, además, que en el desarrollo de este acápite de la demanda se refería a la “*fehaciente*” ilegalidad del proceder de la Administración.

Dijo la parte demandante que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no respetó el principio de buena fe que debía regir en la relación contractual al pretender obligar al contratista a ejecutar la obra de una manera ilógica desde el punto de vista técnico y que existieron innumerables actuaciones que pusieron de manifiesto su falta de voluntad para el buen desarrollo del objeto pactado, tanto que todas las peticiones que formuló el contratista con el ánimo de solucionar los conflictos que se venían presentando fueron simplemente respondidas con un escueto oficio en el que se limitaba a señalar cuántos días de retraso tenía la obra.

Expresó también la parte actora que la Empresa de servicios públicos violó lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 19 de 1982, así como lo previsto en el artículo 84 del Decreto 222 de 1983, toda vez que la obra no podía licitarse ni contratarse sin que se hubiera realizado de manera previa el diseño, la programación y los planos necesarios para evitar las improvisaciones que finalmente se presentaron por el cambio, en varias oportunidades, de los diseños del proyecto, lo cual retardó el desarrollo de las obras, generó mayores costos e impidió al señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez cumplir sus obligaciones en el tiempo pactado.

Asimismo, adujo la parte actora que las modificaciones que de manera unilateral realizó la Empresa al contrato no se efectuaron de conformidad con lo previsto en el artículo 21 del Decreto 222 de 1983, que éstas, en muchas ocasiones, implicaban realizar la obra de manera “*ilógica y perjudicial para la comunidad por las consecuencias que ello podría traer específicamente en cuanto a inundaciones y brotes de infección por el tratamiento del alcantarillado*”, y que, además, obedecieron a la improvisación con que actuó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en la medida en que no contó de manera oportuna con la disposición de los predios ni con los permisos necesarios para la realización de la obra.

Se agregó en la demanda que el contratista, acatando lo dispuesto en el pliego de condiciones, presentó el programa de obra con los requisitos exigidos para que la Empresa

procediera al desembolso del anticipo, pero que la Administración le impuso una serie de exigencias que no se encontraban contempladas ni en el pliego ni en el contrato, para justificar la demora en la entrega del dinero, a lo cual no procedía, según dijo, por falta de disponibilidad de recursos.

Se señaló igualmente que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá vulneró el artículo 20 del Decreto 222 de 1983, por cuanto no mantuvo las condiciones técnicas del contrato y desconoció las ventajas económicas y el equilibrio financiero que debía existir en la relación contractual, puesto que fueron innumerables las variaciones que hasta última hora se realizaron y que implicaron una modificación unilateral del mismo y, además, porque nunca se reconocieron al contratista los sobrecostos en los que tuvo que incurrir por la improvisación de la entidad contratante, a pesar de que lo así lo solicitó. En este punto, precisó que los otrosí firmados entre las partes que modificaron el valor del anticipo y de la fórmula de reajuste nunca devolvieron el equilibrio económico al contrato ni reconocieron la ventaja económica que esperaba el contratista percibir.

En relación con el presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato expresó la parte actora que desde el mismo momento de iniciación de las obras, e inclusive con anterioridad, el contratista le puso de presente a la Empresa la desventaja que debía asumir desde el punto de vista económico debido a que la cotización de la obra se había realizado con precios de años anteriores, esto como consecuencia de que la Administración demoró la contratación y la entrega del anticipo y luego, cuando por fin lo entregó, éste no se liquidó de acuerdo con el tenor literal del contrato, sino bajo una interpretación “*amañada*” de la Empresa contratante.

Al referirse a este aspecto, se aseveró en la demanda que la Administración vulneró el los artículos 86 y 89 del Decreto 222 de 1983, así como los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993¹.

1.3. El trámite de la primera instancia.

¹ Folios 2 a 75 del cuaderno principal de primera instancia.

La demanda así presentada el 13 de diciembre de 1995², fue admitida por auto 18 de enero de 1996³ y notificada al Ministerio Público el 1 de febrero de 1996⁴ y a la entidad demandada el 8 de marzo de 1996⁵.

1.4. La contestación de la demanda.

Dentro del término legal dispuesto para ello, la parte demandante contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones; en cuanto a los hechos narrados aceptó unos, negó otros y, respecto de otros, manifestó estarse a lo que resultara probado en el proceso. Como razones de la defensa expuso, en suma, las siguientes:

En cuanto a la afirmación de la parte actora en el sentido de que la demora de la Empresa para realizar las actuaciones que se requerían para dar inicio a la ejecución del contrato habría implicado que el contratista no pudiera sufragar los costos de la obra según los precios calculados en el momento en que elaboró la propuesta, expresó la entidad que de acuerdo con el contenido de la *“hoja 000004 resumen de la propuesta”*, la validez de la misma iría hasta el 20 de octubre de 1992, por lo cual el contratista estaba en el deber de analizar que la Empresa podía, válidamente, tomar la decisión de adjudicar el contrato hasta esa fecha y que, además, como el plazo previsto para el segundo grupo de las obras era de 270 días - 9 meses -, debió haber previsto que las labores se estarían ejecutando aproximadamente hasta el mes de julio de 1993, razón por la cual consideró que es una contradicción que señale que pretendía ejecutar la obra a precios de 1992.

Manifestó la entidad demandada que para mantener el equilibrio económico de contrato y por petición expresa del contratista que realizó a través de comunicación JHVR-321/93 del 9 de agosto de 1993, mediante otrosí No. 1 al contrato se procedió a realizar una modificación a la fórmula de reajuste, de conformidad con el concepto jurídico No. 4101-93-2635 del 29 de septiembre de 1993.

Igualmente, al contestar la demanda, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá indicó que, de conformidad con el numeral 6.11. de la cláusula sexta del contrato, la

² Reverso folio 75 del cuaderno principal de primera instancia.

³ Folios 78 y 79 del cuaderno principal de primera instancia.

⁴ Reverso folio 79 del cuaderno principal de primera instancia.

⁵ Folio 81 del cuaderno principal de primera instancia.



Empresa tenía 30 días calendario para cancelar el anticipo, los cuales empezaban a correr después de que el contratista presentara la respectiva cuenta de cobro y de que la contratante aprobara los programas detallados que aquél presentara, pero que para desembolsar el dinero se tomó únicamente 18 días y que la causa de las demoras a las que aludió el demandante fueron sólo atribuibles a él.

En ese sentido, expresó la entidad que no rechazó los programas presentados por el contratista, pero que no podía aprobar programas con errores. Agregó que al contratista no se le exigió el cumplimiento de aspectos que no estuvieran contemplados en el pliego de condiciones, pues en los numerales 22.1 y 22.3 de la cláusula vigésima segunda del contrato se le indicó que debía presentar un programa detallado y definitivo de ejecución de la obra, así como los programas definitivos de construcción e inversiones con indicación de las cantidades de obra y las inversiones mensuales que se efectuarían para cada uno de los ítems de pago, los equipos y el personal que se utilizaría en cada etapa del contrato, lo mismo que las fechas de iniciación y terminación de las distintas actividades a realizar.

Al respecto señaló que en respuesta a comunicación enviada por el contratista el 19 de julio de 1994 se le indicó que presentara, mediante diagrama de barras, la inversión del contrato y la ejecución de las obras barrio por barrio, pero que los programas tenían las siguientes deficiencias:

- “- Los programas presentados no eran detallados y debían indicar las cantidades de obra a ejecutar.*
- Debe enumerar los equipos y personal que se utilizará para cada una de las etapas de la obra contratada.*
- El programa debe especificar la fecha de iniciación y terminación para cada una de las actividades”.*

Con base en lo anterior manifestó la entidad contratante que los programas presentados por el contratista no cumplían a cabalidad con lo solicitado en los numerales 22.1 y 22.3 de la cláusula vigésima segunda del contrato y, por tanto, que la afirmación realizada en la demanda en el sentido de señalar que al contratista se le habían exigido requisitos no contemplados en el contrato era falsa. Asimismo, se mencionó en la contestación que no era verdad que el contratista hubiera presentado un programa detallado de actividades a desarrollar por el sistema de barras según lo solicitado en el pliego de condiciones, barrio



por barrio, porque dicho diagrama no es un programa detallado y, además, porque no se cumplió con lo establecido en la cláusula vigésima segunda del contrato, dado que el contratista no indicó las cantidades de obra a ejecutar, los rendimientos, ni mucho menos las fechas de iniciación y de finalización de cada tramo.

En cuanto a los programas que, según aseveró la parte actora, no estaban contemplados en el contrato, como el de impacto urbano, indicó la demandada que en la cláusula primera, numeral 1.2, denominada documentos del contrato, se relacionaron aquellos que para todos los efectos se consideraban parte integrante del contrato, entre ellos, los planos y especificaciones de construcción que fueran suministrados al contratista por la Empresa, por lo cual se anexó copia de la especificación de impacto urbano, en la que se indicó, en el párrafo de "*Sistemas de Información y Comunicación Social*", que el contratista debía elaborar una serie de programas de comunicación social con sus respectivos presupuestos.

En relación con ese mismo tema, expresó la demandada que el actor, al manifestar que la actividad de instalación de tubería de acueducto y alcantarillado estaba a su cargo y que era un factor esencial para el desarrollo de la obra, le dio la razón a la Empresa que le solicitó los programas de suministro de este ítem, el cual estaba íntimamente relacionado con el programa de obra que había criticado el contratista señalando que era un programa no contemplado en el contrato. Destacó que el programa de tubería fue presentado por el contratista el 15 de agosto de 1993, es decir, cuando ya se había iniciado el contrato.

Agregó la parte demandada que no era cierto que al contratista se le hubieran entregado los planos de construcción después de transcurridos tres meses de la solicitud para que presentara los programas de obra, puesto que tales planos se entregaron el mismo día en que el señor Vanegas Ramírez compró los pliegos de condiciones, lo que tuvo lugar en el mes de marzo de 1992. Precisó que los planos entregados junto con los pliegos de condiciones tenían un sello que indicaba "*válido para licitación*" y que los que se entregaron el 13 de abril de 1992, tenían un sello que decía "*válido para construcción*", pero que estos últimos no tenían cambios que alteraran las condiciones inicialmente pactadas, por lo cual, según dijo, la única diferencia entre unos y otros era su denominación. En consideración a lo anterior, la parte demandada dijo que le correspondía a la actora demostrar las diferencias que, según ella, existieron entre los mencionados planos. En lo que a ese



aspecto concierne, manifestó la entidad que la única variación que dio lugar a una modificación de planos se presentó en el barrio Portal Sur, y que esa situación se arregló el 24 de septiembre de 1993 mediante memorando de campo 014 sin que hubiera tenido la virtualidad de alterar la programación de la obra, así como tampoco las obras ya ejecutadas, pues para ese momento el contratista no había desarrollado ninguna en los dos tramos que fueron modificados.

Volviendo al tema de la demora en el trámite de aprobación de programas para la entrega del anticipo, indicó la Empresa que las comunicaciones 8412-93-0032 del 22 de enero, 8412-93-0065 del 8 de febrero, JHVR-130 del 30 de marzo, 8412-93-265 del 2 de abril, JVHR-148 del 22 de abril, 8412-93-342 del 27 de abril, 8412-93-349 del 29 de abril, 8412-93-060 del 25 de mayo, todas de 1993, permiten demostrar que la demora no es imputable a ella sino al contratista, toda vez que de los 139 días que demoró el trámite es posible determinar que 114 días eran atribuibles a él y que ese tiempo corresponde al 82% del total empleado para esa labor, mientras que el utilizado por la entidad contratante fue de 25 días, equivalentes al 18%, lo que consideró un tiempo normal para la revisión de los programas debido a los diversos errores que éstos presentaban, los cuales eran atribuibles también al contratista.

En lo que respecta al valor que por concepto de anticipo se canceló al contratista, manifestó la entidad pública que fue el establecido en el contrato y que los ajustes se estipularon en relación con la obra ejecutada y no en relación con el anticipo. Adicionalmente, señaló que la Contraloría Distrital, mediante memorando No. 1300-013486 de 1991, advirtió que *“la figura del reajuste de los anticipos en la contratación administrativa, no está contemplada en el Código Fiscal, razón por la cual toda estipulación que se haga al respecto en la contratación está viciada de nulidad absoluta por ser contraria a las normas de orden público”* y en oficio 0400-1709 del 18 de septiembre de 1992, indicó que *“no es posible hablar de reajuste del anticipo en forma directa, máxime por cuanto el anticipo es la suma fija o porcentaje fijo en relación con el valor total del contrato”*.

Aseguró la Empresa que la afirmación realizada por el demandante en el sentido de señalar que el no reajuste del anticipo habría generado un rompimiento del equilibrio económico del contrato no era cierta, por cuanto, como ya lo había mencionado, mediante el otrosí No. 1



se procedió a descongelar el factor del anticipo en la fórmula, de tal manera que cubriera el 100% del contrato desde la fecha de presentación de la propuesta hasta la fecha del pago que por este concepto se hizo a favor del contratista.

Igualmente, en relación con la aseveración realizada por la parte actora en el sentido de que el otrosí No. 1 no restableció el equilibrio económico del contrato, en tanto que sólo se ajustó la fórmula de reajuste para mantener el valor fiscal del negocio jurídico entre el mes de la licitación y el del pago del anticipo, manifestó la Empresa que no era correcta, toda vez que en el mencionado otrosí quedaron dos fórmulas, una que se aplicaba desde la fecha de presentación hasta el mes del pago del anticipo y, otra, para volver a ajustar en cada acta mensual que presentara el contratista, con lo cual, según dijo, a éste se le reconocieron \$11'412.704 por concepto de reajuste de descongelamiento y si hubiera ejecutado todo el contrato habría recibido, inclusive, más de lo que solicitó.

Señaló también la parte demandada que el otrosí No. 2, que se suscribió el 14 de diciembre de 1993, por medio del cual se acordó cancelar un anticipo adicional de un 25%, se suscribió en razón a que el contratista había manifestado que se encontraba en una situación de iliquidez debido a que había comprado todos los materiales para efectuar la obra y, además, porque lo facturado hasta ese momento no era lo esperado por él.

Sobre ese particular expresó la entidad demandada que el contratista se comprometió a iniciar todos los frentes de trabajo y que el dinero entregado por concepto de anticipo era para todos ellos, los cuales sumaban un total de \$670.27 millones, por lo cual el anticipo correspondía a \$16.57 millones, pero que el contratista incumplió con sus obligaciones y nunca inició los frentes Moralva, Diana Turbay y La Paz Combinado, los cuales sumaban \$116.97 millones, por lo cual el valor de los frentes realmente iniciados fue de \$553.3 millones y, en consecuencia, el porcentaje que se le entregó por anticipo correspondió en realidad a un 30.3%.

Adicionalmente, dijo que si se tenía en cuenta que para el 30 de octubre de 1993 ya se había terminado el frente Socorro III y que el frente Antonio José De Sucre se había reducido a un 30%, esto es, de \$34 millones a 13 millones, lo que equivalía a una disminución de 21 millones, y que no obstante ello el contratista recibió el anticipo por el



valor total del contrato, el porcentaje real recibido por él por este concepto debió ser equivalente al 63.2% y que, por tal razón, nunca se presentó un desequilibrio económico del contrato.

En ese mismo sentido, manifestó la entidad pública que si es cierto que la situación financiera del contratista fue precaria desde el inicio del contrato, esto se debió a sus propias deficiencias, pues, según dijo, de lo consignado en varios oficios que se relacionaron en la contestación de la demanda, era posible concluir que el accionante tenía una desorganización en relación con lo establecido y programado para la presentación y pago de las cuentas.

En cuanto a la imposición de multas que, según la parte actora, habrían afectado también su situación financiera en el contrato, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá expresó que el perjuicio fue para ella y para la comunidad por el lento desarrollo del contrato. Agregó que la multa se cobró en el mes de abril de 1994 y que se pagó el 23 de junio de ese mismo año, razón por la cual esa situación no pudo afectar la ejecución de las obras desde su inicio, es decir, a partir del 9 de agosto de 1993. Dijo también que las multas se impusieron con base en el informe No. 8421-93-513 del 30 de septiembre de 1993, en el que se dejaron determinadas las demoras imputables al contratista en la ejecución de las obras y que, al estar demostrado su incumplimiento, la imposición de las multas no puede ser considerada como causa de un rompimiento del equilibrio económico del contrato.

En lo que concierne a la afirmación realizada en la demanda en el sentido de señalar que la Empresa contratante cesó en el pago de todas las cuentas de corbo que le presentó el contratista desde el mes de marzo de 1994, la demandada dijo que era falso y que para probarlo relacionaba 22 órdenes de pago que se giraron entre el 25 de abril de 1994 y el 22 de junio de 1994. Igualmente, afirmó que era falso que la Empresa se negara a aceptar el endoso de cuentas solicitado por el contratista.

En relación con los contratos 365 de 1992 y 401 de 1993, respecto de los cuales se señaló en la demanda que también se retuvieron los pagos, advirtió la entidad pública que estos negocios jurídicos no tienen nada que ver con el contrato 363 por el cual se demanda, no

obstante ello, indicó que en esos también se aceptaron los endosos solicitados por el contratista y que en el contrato 365 también se impusieron multas.

En cuanto al nombramiento del interventor, dijo la parte demandada que la alegada demora en su designación y nombramiento era falsa. Al respecto expuso que entre la fecha de la apertura de la licitación - 9 de marzo de 1992 - y la fecha de la aprobación de las pólizas - 22 de octubre de 1992 - no se lo nombró porque los trámites se surtían en la Dirección de la Empresa y no lo requerían, al igual que entre la fecha de envío del contrato al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca - 30 de octubre de 1992 - y la fecha en que la Corporación impartió su aprobación - 4 de diciembre de 1992 -, cuando el trámite estaba a cargo de la Dirección Jurídica de la entidad.

Explicó la demandada que una vez recibida la aprobación por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se lo envió a la Dirección de Licitación y de ahí a la Dirección de Interventoría con todos los documentos y anexos para que se nombrara al interventor, quien debía revisar los programas de obra y dar la autorización para la radicación del anticipo y que mediante oficio 8420-93-0003 del 15 de enero de 1993, se nombró al interventor del contrato.

De otra parte, la entidad accionada manifestó que era verdad que en el acta de iniciación de obras que se firmó el 9 de agosto de 1993 se dejó constancia en relación con la imposibilidad de iniciar trabajos en algunos tramos en los barrios La Paz, El Portal y La Aurora, pero que la circunstancia que motivó este hecho consistió en que, desde el momento de la licitación y hasta la fecha de ejecución de los proyectos, algunos terrenos fueron invadidos y, por tanto, no se trataba de un evento de improvisación por parte de la Empresa, pues tal situación no era fácilmente previsible.

Dijo también que el único corredor que no estaba libre en la fecha de iniciación de las obras era el frente La Aurora, desde el punto cabezal de entrega al pozo 47, por motivos que tenían que ver con los dueños del predio en donde funcionaba "*Concretos El Diamante*", los cuales se solucionaron el 26 de noviembre de 1993. Al respecto, señaló que en relación con este frente se cambiaron las fechas de inicio de obras debido a las negociaciones que se venían adelantando con los propietarios del mencionado terreno, porque tenían un proyecto de recuperación de la cantera del Tunjuelo y que, por tal motivo, el proyecto



contratado con el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez se debía acondicionar a las necesidades de aquel. Aclaró que antes de que iniciara el contrato, la Empresa ya estaba trabajando en la solución para sobrepasar la situación descrita.

En cuanto al frente “*La Paz Combinado*”, se mencionó que en el acta de iniciación se dejaron indicados los lugares donde habían viviendas y que mediante comunicación 05 del 11 de septiembre de 1993, al contratista se le hizo entrega del plano 1B-22 para que procediera a la construcción del colector, así como del oficio 8200-93-310 emitido por la Dirección de Diseño, más un informe elaborado por el Departamento de Laboratorio, en el que se conceptuó que sí era viable la construcción del colector a pesar de la existencia de algunas viviendas cercanas.

En relación con el frente Portal Sur - Usme, expresó la Empresa que el cambio de la fecha de inicio debió realizarse por errores cometidos por el contratista que pueden demostrarse al analizar los programas presentados por él, según los cuales pretendía ejecutar el alcantarillado al mismo tiempo que el acueducto, acciones que de haber sido desarrolladas en esa forma, hubieran afectado el proceso constructivo, pues *“lo más lógico era que primero se instalara el alcantarillado y con posterioridad el acueducto”*.

La entidad demandada manifestó también que de común acuerdo entre las partes, y no en forma unilateral, mediante la adición No. 3 del 14 de diciembre de 1993, se ampliaron los plazos del contrato, en el caso de la Administración porque observó que se configuraban unas causales que le era imputables y que, en consecuencia, lo consecuente era reconocer las demoras en la entrega de predios y suministro de tuberías, de tal manera que con la adición del plazo otorgado no sólo se reconocieron las demoras que ella había causado, sino también que se superaron ampliamente, pues le concedió al contratista todos los días que él consideró necesarios para cumplir con el objeto pactado. Precisó la demandada que, a la fecha de suscripción de la adición, ya no existía ningún problema con suministro de tuberías ni de predios.

En lo concerniente a ese aspecto, dijo que los frentes que tuvieron problemas y que quedaron relacionados en el acta de iniciación de obras fueron La Aurora, cuyos días de atraso imputables a la entidad por demora en la obtención de permisos fue de 109; La Paz,



cuyos días de atraso imputables a la entidad por demora en la obtención de permisos fue de 33 y Portal Sur, cuyos días de atraso imputables a la entidad por demora en la obtención de permisos fue de 34.

Precisó que de los 6 frentes que tenía el barrio La Paz sólo se afectó uno por el tema de permisos, al igual que ocurrió en el barrio El Portal que tenía 5 frentes, razón por la cual, según aseveró, el contratista podía trabajar en los otros frentes sin ningún inconveniente. Igualmente, expresó la demandada que los frentes restantes no tenían problemas y que los corredores de construcción se encontraban listos para el inicio de las obras. En cuanto al frente El Portal, precisó que el permiso se obtuvo el 23 de septiembre de 1993, que fue el mismo día en que el contratista presentó el programa, por lo cual consideró que de los 47 días totales de retraso habría que imputarle 13 al contratista.

En cuanto a las demoras atribuibles a la Administración por concepto de suministros, dijo que fueron 32 días en la zona del Portal Sur, 62 días en Moralva y 52 días en Emisario Final. Que en relación con el barrio Portal sur, únicamente se afectó un frente de los 5 que tenía, que era el mismo que se afectó por el tema de los permisos y que, por lo tanto, el contratista podía trabajar en el 80% del barrio sin ningún problema, que en el barrio Moralva se afectó uno de los dos frentes que tenía y que, en consecuencia, el contratista podía empezar labores en el otro frente.

Señaló que al tomar el total de los frentes y al compararlos con los días de demora imputables a la Administración se tiene que: en el barrio Moralva, aunque no se presentaron atrasos por servidumbres, sí se presentaron 62 días de atraso por suministros, pero que el plazo de ampliación otorgado para esta zona fue de 161 días; en el barrio La Aurora, se presentó un atraso de 109 días por servidumbres, pero que se otorgó una ampliación de plazo de 161 días; en el barrio Emisario Final, se presentó un atraso de 52 días por suministros y que el plazo adicional otorgado fue de 41 días; que en la zona del Portal (combinado), se presentaron 47 días de atraso por servidumbres y 32 por suministros y que la ampliación de plazo se otorgó por 177 días; que en la zona del Portal (sanitario), se presentaron atrasos por servidumbres en 47 días y que el plazo adicional otorgado fue de 177 días; que en la zona La Paz (combinado), se presentaron 33 días de atraso por servidumbres, pero que se adicionó el plazo en 94 días y que en los barrios



Antonio J. Sucre, Diana Turbay, Duitama, Chuniza, Fortaleza (alcantarillado), Fortaleza (acueducto), Portal (acueducto), La Paz (sanitario) y La Paz (acueducto), a pesar de que no presentó ningún atraso imputable a la Empresa, al contratista se le otorgaron las siguientes adiciones de plazo: 41, 145, 55, 41, 190, 161, 177, 94 y 94 días, respectivamente.

Con base en lo anterior, aseveró la entidad pública que cualquier deficiencia que hubiere sido causada por ella fue atendida y compensada con las adiciones de plazo señaladas y que, además, debe tenerse en cuenta que en algunos barrios era posible ir adelantado obras para cumplir con el cronograma y que, por tal motivo, no le asiste razón al contratista cuando afirma que no se reconocieron las falencias y que se cometieron injusticias en su contra.

En cuanto al suministro de tuberías, además de relacionar los oficios enviados por la Empresa al contratista, por medio de los cuales se le comunicaron las deficiencias y demás solicitudes necesarias para el desarrollo del contrato en lo que concierne a ese ítem, en la contestación de la demanda se elaboró un cuadro con indicación de los barrios, el número de frentes de trabajo por cada barrio, el diámetro de tubería a utilizar, la fecha de disponibilidad de material y el número de días de atraso imputables a la Empresa por cada barrio. A partir de la información consignada en el cuadro, se concluyó que a pesar de que algunas tuberías no se pudieron entregar a tiempo, esa circunstancia no había constituido impedimento para adelantar su instalación en todos los barrios, puesto que en frentes como Moralva era posible comenzar las labores, por cuanto la tubería requerida era de 20" y existía disponibilidad desde el inicio del contrato, en el caso de la zona El Porta, era posible trabajar en 4 frentes y que el único barrio en el que no se podía adelantar obras era en el barrio La Aurora por tener un solo frente.

En lo concerniente a los barrios Antonio José de sucre, Fortaleza, Portal Sur y La Paz era posible ejecutar las labores de construcción de acueducto, toda vez que el suministro de tuberías estuvo disponible en las bodegas de la Empresa desde el inicio del contrato.

Adicionalmente, indicó la entidad que si bien había aceptado que el retraso en las obras se debió a algunas causas imputables a ella, las cuales subsanó con la ampliación de los plazos y los subplazos del contrato, tales demoras también se originaron por culpa del



contratista, en tanto que se negaba a presentar el programa de suministro de tubería y cuando lo hizo, además de que lo presentó con errores, pues no coincidía con el programa de obra, el contrato ya había empezado a ejecutarse; porque no cumplió con el listado de vehículos y personal autorizado para el retiro de tuberías que él mismo presentó, en tanto que cambiaba las personas autorizadas, enviaba autorizaciones no firmadas por él y, en muchos casos, ilegibles, lo que impedía entregar los materiales a extraños; porque los vehículos utilizados por el contratista no eran los más indicados para el transporte de tuberías; y, además, porque el personal enviado por el contratista pretendía que se le entregaran de manera inmediata los materiales, desconociendo los turnos de llegada para el cargue.

Respecto de la pérdida de un 15% de tubería, según la demanda, por causas ajenas al contratista, dijo la Empresa que, de conformidad con las especificaciones técnicas que constituyen parte integrante del contrato, en relación con los materiales, incluida la tubería, eran responsabilidad del contratista, entre otras actividades, el cargue, el descargue en fábrica o en bodega, la instalación y el bodegaje y que, según las mismas especificaciones, *“todos los daños, pérdidas, deterioros y cuidado de la tubería y si fuere el caso el almacenamiento de la misma dentro del área del proyecto correrán por cuenta del contratista”*.

Igualmente, expresó la parte accionada que no era cierta la afirmación realizada en la demanda en el sentido de señalar que la tubería no se ubicó en las bodegas de la Empresa, pues, según las especificaciones técnicas del contrato, este material debía entregarse en fábrica o en bodega y que, además, en varias ocasiones se le comunicó al contratista que las tuberías serían entregadas en la fábrica de manufacturas de cemento y que si existía cualquier desperfecto o anomalía se debía dejar constancia en la respectiva orden de giro, pero que ello nunca se hizo. Agregó la parte demandada que para el transporte de las tuberías el contratista no utilizó los vehículos adecuados y que esa situación ocasionó que en algunas se presentaran roturas.

Asimismo, señaló que no era cierto que gran cantidad de tubería hubiera sido hurtada por la comunidad en los sitios de bodegaje y que de la ocurrencia de ese hecho únicamente se tuvo conocimiento en el frente Fortaleza, que, según la denuncia presentada, se puede



deducir que lo que se presentó en realidad fue un problema operativo de responsabilidad del contratista, por no llevar control de los elementos recibidos y utilizados. En relación con ese aspecto, dijo también la Empresa que existieron algunos retiros de tubería girados para el barrio Moralva, pero que el material nunca llegó a su destino y que el contratista no pudo dar ninguna explicación al respecto. Igualmente, señaló que el contratista dejó abandonadas las tuberías en los barrios Diana Turbay, Portal Sur y Los Comuneros, en donde la comunidad se quejó por tal situación y que desde que se declaró la caducidad del contrato el actor abandonó todos los frentes de trabajo, dejando la tubería sin protección, con lo cual se incrementó su pérdida, lo cual se constató con visitas de la Contraloría Distrital, la Personería y la Compañía de Seguros El Cóndor.

Al referirse a la imposición de multas, relató la Empresa que, según los programas, el contratista tenía que ejecutar los replanteos de cada barrio, transporte de tuberías e inicio de obras, pero que en muchos frentes no lo hizo, tal y como había quedado descrito en las comunicaciones que se le enviaron y que se relacionaron en la contestación de la demanda. Explicó que para el corte del 30 de septiembre de 1993, cuando el contrato ya llevaba 52 días de ejecución, se encontró que el contratista estaba atrasado en todos los frentes y que en algunos ni siquiera había iniciado los trabajos. En la demanda se relacionaron los frentes que fueron tenidos en cuenta para la imposición de las multas y aquellos que no, y, con base en esa información se concluyó que de los 11 barrios con 29 frentes en los que se debía desarrollar la obra, a la fecha del corte no había ningún frente adelantado, sólo 4 cumpliendo con el programa, 20 atrasados por causas imputables al contratista y 5 más por causas imputables a la entidad contratante, pero que, a esa fecha, los problemas que se presentaron en relación con 4 de esos 5 frentes ya habían sido solucionados.

Manifestó la Empresa demandada que mediante Resolución No. 0237 del 20 de junio de 1994, se declaró la caducidad del contrato porque los atrasos existentes para la fecha no permitirían su terminación dentro del plazo acordado y porque para ese momento existía una paralización casi total de las actividades del contratista. Dijo también que, como quiera que desde el mes de diciembre de 1993 cuando se ampliaron los plazos la entidad ya había solucionado todos y cada uno de los inconvenientes que a ella le eran imputables, los



atrasos que se presentaron con posterioridad a esa fecha únicamente fueron causados por el contratista.

Al tratar el tema la parte demandada expuso que a 15 de marzo de 1994, el avance de las obras era el siguiente: i) sólo el frente del barrio Socorro III se había terminado, ii) en tres frentes - Diana Turbay, Moralva y La Paz (combinado) - no se había iniciado ninguna clase de obras, iii) en los siguientes cuatro frentes ya se había terminado el plazo y las obras aún no se habían desarrollado en su totalidad: Chuniza que presentaba un porcentaje de ejecución de 52.7%, Emisario Final, que llevaba un porcentaje de ejecución de 62.7%, Antonio José De Sucre, con un porcentaje de ejecución de 67.4% y Duitama con un porcentaje de 97.7%, iv) en los siguientes frentes el avance de las obras era muy deficiente en comparación con el plazo transcurrido que era de equivalente al 60% del acordado: Fortaleza con un avance de 4.8%, Portal (combinado), con un avance de 11.8%, Portal (sanitario), con un avance de 0.8%, La Paz (acueducto) y La Paz (sanitario), con avances del 6.7% y 4.0%, respectivamente, v) el único frente con avance aceptable era el de La Aurora con un avance de 51.3%.

Igualmente, que el avance de la obras en la última etapa del contrato era muy deficiente, tanto que a 10 de julio de 1994, las labores se habían paralizado y lo ejecutado sólo alcanzaba un 21% de contrato, cuando ya había transcurrido un 92% del plazo acordado. Dijo también que el porcentaje de ejecución en la primera fase del contrato fue superior al de la segunda, a pesar de que se suponía que para esa época existían problemas con predios y suministros y aunque para la segunda fase se entregó al contratista otro 25% del valor del contrato por concepto de anticipo.

Expresó también la parte demandada que durante todo el contrato el avance de la obra fue deficiente y que el contratista presentó irregularidades en relación con el personal, el equipo y el suministro de materiales, lo que implicó que únicamente se instalara un promedio de 34 m.l./día, cuando el compromiso era instalar 170 m.l./día, lo mismo que se logró apreciar en el balance financiero, pues según el programa de inversión aprobado en la adición No. 3, el contratista debía invertir o ejecutar obra por más de 60 millones de pesos mensuales, pero únicamente facturaba 15 millones de pesos en promedio y, en consecuencia, sólo se alcanzó a invertir un equivalente al 23.62% del valor total del contrato.

Al referirse a las deficiencias que según la parte actora se habrían presentado en la ejecución del contrato por cada barrio, la demandada señaló:

Barrio La Paz.

Expresó la entidad contratante que los frentes a ejecutar en este barrio eran tres: i) alcantarillado sanitario, ii) alcantarillado combinado y iii) acueducto, y que si bien en el acta de iniciación de obras se dejó constancia en cuanto a que algunos tramos no se podían ejecutar por la presencia de viviendas y que, por tanto, su construcción quedaba condicionada, lo cierto era que esa circunstancia no era justificante para no construir los 360 tramos que se requerían en esta zona, pues los tramos afectados eran únicamente 8 y estaban ubicados en una zona aislada, por lo cual no afectaban la ejecución del resto de la obra.

Dijo también que el contratista presentó deficiencias desde el inicio del contrato, tales como personal insuficiente, suministro deficiente de materiales y la paralización continua de las obras, lo que afectó a la comunidad y dio lugar a que se presentaran tutelas para que se terminaran los pocos trabajos que se adelantaban.

Manifestó que la tutela a la que se hizo referencia en la demanda fue presentada por la no ejecución de los trabajos en el sector, porque las excavaciones permanecían abiertas y porque la obra no avanzaba con la suficiente diligencia. Dijo también que en la declaración rendida por el interventor general de la obra en el mencionado proceso judicial jamás se dijo que la causa de la demora en los trabajos fuera la invasión de un sector por donde debía pasar el proyecto y la inconveniencia técnica de realizarlo sin desagüe definido, sino que lo que había manifestado el interventor era que *“la solución más rápida sería que la comunidad entregara el corredor donde se instalará el colector”*, lo cual indicaba que habían varias soluciones más, y no, como lo señaló el demandante, que por esas razones no se pudiera adelantar la obra.

Dijo que lo anterior se ratifica con el concepto emitido el 21 de octubre de 1993 por la oficina de diseño de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en el sentido de



que era viable la construcción del colector a pesar de la existencia de algunas viviendas cercanas al vallado, concepto que le fue remitido al contratista el 25 de octubre de 1993, a través de comunicación 8421-93-518753, por medio de la cual el Gerente Técnico de la obra ordenó la construcción del colector combinado en el barrio La Paz. Agregó que la Empresa no adquirió ningún predio porque no se requería para la ejecución de las obras y que de ello podía dar fe la firma Angel y Rodríguez, que actuó como interventora en el contrato que se celebró con el Ingeniero Agenor García para la construcción del alcantarillado combinado en ese barrio.

Igualmente, señaló que además de la falta de personal, de suministro de materiales y de la paralización continua de las obras, el contratista dejaba excavaciones abiertas y no efectuaba los rellenos, de lo cual se dejó constancia en diversas comunicaciones que le fueron remitidas con el objeto de llamar su atención sobre las deficiencias que fueron las causantes del bajo rendimiento y de la no ejecución de la obra, comunicaciones que fueron relacionadas en la contestación.

En cuanto a lo manifestado por el contratista en el sentido de señalar que la falta de disponibilidad de terrenos fue especialmente grave en la zona de la quebrada, en donde, inclusive hasta la fecha de presentación de la demanda, se habían construido viviendas a cada lado, lo cual le habría impedido ingresar la maquinaria necesaria para proceder respecto a la construcción del colector del diámetro 1.1., adujo la Empresa que el demandante nunca llevó maquinaria para ejecutar esa obra y que ello se puede demostrar porque nunca quiso trasladar la tubería necesaria de 1.10 m de diámetro de las bodegas al sitio de la obra y, además, porque para efectuar los trabajos se requería de una retroexcavadora de orugas que en ningún frente se utilizó. Al respecto, indicó la entidad que en realidad el contratista nunca quiso ejecutar el colector y que así lo señaló en el hecho 17.1. de la demanda, al manifestar que ya estaba programado para no realizarlo.

En relación con la afirmación realizada en la demanda en el sentido de señalar que lo primero que debía ejecutarse eran los desagües para que en la medida en que se fuera desarrollando el alcantarillado las aguas se resumieran en un lugar adecuado, expresó la Empresa que el contratista incurrió en serias contradicciones, toda vez que, según el programa que presentó, lo que propuso era que la obra se ejecutara iniciando en los 5



frentes con el alcantarillado sanitario, sin tener en cuenta la consideración que ahora pretende alegar a su favor.

Indicó también la Empresa que la afirmación realizada por la parte actora en el sentido de señalar que las redes de alcantarillado debían instalarse antes que las del acueducto se cae de su propio peso, por cuanto el avance obtenido de la obra mostraba que las obras del acueducto se adelantaron antes que las del alcantarillado, pues se efectuó apenas un 5.5% del sistema de alcantarillado y un 40% de acueducto. Igualmente, expresó que era palmario que la aseveración de la parte actora faltaba a la verdad porque en el contrato T-630-94 que posteriormente se celebró para la construcción del alcantarillado sanitario y el acueducto del barrio La Paz, se ejecutó el alcantarillado como solución a lo dejado de ejecutar por el señor Vanegas Ramírez, sin se presentara problema alguno para el desarrollo de esa labor.

Afirmó que la falta de voluntad de la parte actora para desarrollar la obra se demuestra porque en la ejecución del contrato T-630-94, el cual inició el 1 de diciembre de 1994 y finalizó el 28 de julio de 1995, se lograron ejecutar todas las obras que según la demanda no podían ejecutarse, así como con el contrato T-707-94, en desarrollo del cual se logró construir el colector combinado, contrato que inició el 1 de marzo de 1995, esto es, 4 meses después de empezados los trabajos para el alcantarillado sanitario, sin que en este último contrato se presentaran los inconvenientes a los que alude el demandante para justificar su incumplimiento.

Según la contestación, mediante comunicación JHVR-211/94 el contratista presentó a la Empresa una propuesta para que la obra se ejecutara por el método de Administración Delegada más un porcentaje, pero no se accedió a ella porque el contrato se pactó a precios unitarios. Se indicó también que la Empresa consideró que se cumplía todo lo que el contratista solicitó para la ejecución de la obra, esto es, disponibilidad de zonas de trabajo, reconocimiento de sobrecostos, si los hubiere, y adición al plazo del contrato; no obstante lo cual, el contratista no dio inicio a las obras y ni siquiera realizó el replanteo como actividad previa para ello.



Sobre el particular, expresó la entidad que era cierto que el contrato T-707-94 que celebró para tales efectos superaba en precio a la propuesta presentada por el contratista, pero, según dijo, ello se debió a que, contrario a lo que hizo el demandante, el nuevo contratista sí tuvo en cuenta los aspectos que podían influir en la obra y que, además, la propuesta del contratista era costo necesario más porcentaje, lo que no permitía saber a ciencia cierta lo que realmente costaría la ejecución de la obra.

Igualmente, expresó la entidad que el desarrollo del contrato T-707-0-94 se efectuó sin que la Empresa tuviera que adquirir predio alguno, toda vez que la reubicación de algunas viviendas se dio por iniciativa propia de sus moradores, los cuales, al percatarse de que podrían sufrir algún daño, se retiraron cuando vieron que realmente las obras se ejecutarían, lo cual, según indicó la demandada, demuestra que si el señor Vanegas Ramírez hubiera tenido la intención de desarrollar la labor a él encomendada, los moradores habrían actuado en idéntica forma.

Para concluir, dijo la Empresa que las causas del atraso de las obras en esta zona eran atribuibles al contratista, pues presentó deficiencias en el personal y en el suministro de materiales y que prueba de ello la constituía el hecho de que las obras de esta zona se ejecutaron a satisfacción mediante los contratos T-630-094 y T-707-0-94 en plazos menores a los pactados en el contrato 363 de 1992, pues se utilizaron hasta 150 personas y 4 máquinas retroexcavadoras.

Barrio El Portal.

En relación con este barrio dijo la entidad que el contratista debía ejecutar las obras de alcantarillado combinado, alcantarillado sanitario y acueducto en 6 diferentes frentes, que en el tema de acueducto no existió ningún problema, pero que sólo se ejecutó el 26.8% del proyecto y aunque dejó la red instalada no cumplió con las prueba hidrostática, la cual era requisito para el recibo de las obras.

Indicó que la responsabilidad del contratista era realizar el replanteo del proyecto desde la fecha de iniciación de las obras, es decir, desde el 9 de agosto de 1993, pero que lo hizo el 16 de septiembre de 1993, es decir, 33 días después de iniciado el contrato.



Dijo que el 10 de septiembre de 1993 se llevó a cabo una reunión con el diseñador de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el personal directivo de la Cárcel La Picota y el contratista, en donde se le solicitó a este último que entregara una programación de los trabajos a realizar dentro del centro de reclusión, con indicación del personal que ingresaría, el equipo y el tiempo de duración, programación que fue entregada el 23 de septiembre de ese mismo año, esto es, 13 días después de que le fuera solicitada. Según la contestación, al contratista se le informó que podía iniciar los trabajos el 25 de septiembre porque el 24 se realizaría una actividad interna en el penal. Según la contestación, el muro de la cárcel La Picota se derribó el 27 de septiembre de 1993.

Señaló también la Empresa que en nota de campo No. 014 del 24 de septiembre de 1993, se le manifestó al contratista una variación en el tramo 2A - 3A, pero que dicha variación no implicó pérdida de tiempo ni incremento de obra, toda vez que las longitudes y altura de excavación se mantuvieron y que el 7 de octubre de esa misma anualidad las obras llegaron al mencionado tramo 2A - 3A, aunque la solución se había entregado 14 días antes.

Se relató en la contestación que el 11 de octubre de 1993, el contratista retiró la retroexcavadora del frente y suspendió la instalación de la tubería, que la maquina se reintegró a las obras el 16 de octubre de ese año y que, por lo tanto, se perdieron 5 días imputables al contratista; que, nuevamente, el día 23 de ese mismo mes y año se retiró la maquinaria por problemas mecánicos, lo que ocasionó 13 días perdidos, también imputables al contratista y que el 23 de noviembre de 1993 se suspendió la instalación de la tubería y que desde esa fecha hasta la terminación del plazo del contrato no se instaló el material en este frente, sin que mediara justificación alguna para ello.

Adicionalmente, indicó la Empresa que mediante la adición No. 3 al contrato se ampliaron los plazos de los frentes hasta el 9 de agosto de 1994, pero que desde el 27 de noviembre de 1993 el contratista no quiso efectuar ninguna labor en los frentes, sin que mediara justificación alguna al respecto.

Relató la entidad que las obras de este barrio se ejecutaron mediante contrato T-625-0-94, que inició el 5 de diciembre de 1994 y terminó el 20 de julio de 1995, sin que se cambiara



ninguna de las circunstancias que alega el contratista para justificar su incumplimiento. Se relacionaron varias comunicaciones que la Empresa le remitió al contratista haciendo énfasis en las deficiencias que presentaba en el desarrollo de sus labores.

Barrio La Aurora.

En relación con esta zona de las obras, indicó la entidad demandada que sí tenía el permiso en los predios donde se ubicaba Concretos Diamante, pero que los propietario de los predios solicitaron que se modificara el proyecto porque su ejecución afectaba las labores de recuperación de los predios de explotación de canteras, razón por la cual, después de varias reuniones, se definió que fueran ellos mismos quienes manejaran internamente las aguas mientras se definía cómo se construirían las obras en esos terrenos.

Dijo que la aseveración del contratista en cuanto a que se había cambiado el diseño era temeraria porque lo único que se determinó fue que la obra se iniciara a partir del pozo 47, según se dejó consignado en comunicación 7420-93-128 del 26 de noviembre de 1993, por lo que no se ejecutaron 4 tramos dentro de los mencionados predios, sin que ello hubiere variado el diseño, pues, como el mismo contratista lo manifestó en comunicación JHVR-033/94, los trabajos se iban a ejecutar prescindiendo de esa parte del diseño. Igualmente, dijo que no era cierto que se hubieran tenido que realizar nuevos programas de construcción, por cuanto en los programas aprobados estaban incluidos los tramos que no se realizaron por las razones ya mencionadas.

Manifestó la entidad que a pesar de que al contratista se le dio la orden para iniciar los trabajos desde el 26 de noviembre de 1993 y se le indicó desde dónde podía empezar, las obras solo iniciaron su ejecución el 11 de enero de 1994, tal y como el mismo contratista lo señaló en comunicación JHVR-033/94.

En la contestación se agregó que el contratista no terminó la obra en lo que a este barrio concierne, que únicamente instaló la tubería, pero no realizó el relleno cumpliendo con las especificaciones y que dejó la vía sin la repavimentación necesaria para la estabilidad de la obra.



Señaló también la parte demandada que los otros inconvenientes a los que se refirió la actora, tales como la estrecha longitud de las zonas peatonales insuficientes para realizar las excavaciones y la existencia de tuberías de toda índole demuestran que el contratista no efectuó una verificación correcta, por cuanto, según se desprendía de las fotografías que adjuntó a la contestación, a través del contrato T-629-0-94, se ejecutaron las obras que no desarrolló el señor Vanegas Ramírez, sin que se presentara ninguno de los impedimentos a los que se refiere el demandante.

Frente a la solicitud que según la demanda presentó el contratista el 24 de febrero de 1994 ante la entidad para que se instalara tubería de 36" en razón a los inconvenientes de longitud de las zonas peatonales y que se respondió el 29 de marzo de ese mismo año, dijo la Empresa que en ese mes - marzo - el demandante únicamente había ejecutado el 50% del trabajo y no había llegado al sitio afectado, razón por la cual no puede aducir que la obra se hubiera paralizado en virtud de tal circunstancia, mucho menos cuando las labores llegaron a esa zona en junio de 1994.

Se relacionaron las comunicaciones que la entidad le remitió al contratista señalándole las deficiencias y negligencias que se estaban cometiendo en la ejecución de esta parte del contrato.

Barrio La Fortaleza.

La Empresa manifestó que en este barrio se debían efectuar obras de alcantarillado sanitario y acueducto y que se debía trabajar en 4 frentes, que si bien era cierto que los estudios geotécnicos se entregaron a petición del contratista, lo cierto era que, como en todo proyecto, éste tenía como base el estudio de suelos respectivo. Agregó que los mencionados estudios reposaban en la Dirección de Diseño de la entidad y que el contratista pudo haberlos pedido desde antes del inicio del contrato.

Dijo también que frente a la afirmación del contratista en el sentido de señalar los rendimientos de la obra se vieron afectados porque el suelo que se encontró era inestable, debía tenerse en cuenta que el demandante sólo ejecutó 3 tramos de la zona y que la abandonó sin ninguna justificación. Adicionalmente, contó que posteriormente para la

ejecución de la obra se celebró el contrato T-632-0-94 y que en virtud de este los trabajos se desarrollaron en un plazo de 90 días, sin que se presentara ninguno de los problemas alegados por el demandante.

Agregó que en el contrato había un ítem de entibados en caso de ser necesarios por la existencia de suelos inestables, razón por la cual no existía excusa alguna para no efectuar la obra por este aspecto y que los derrumbes a los que se refirió el contratista para asegurar que el terreno era inestable, en realidad se debieron a mal manejo de la obra, por dejar zanjas abiertas demasiado tiempo, por no haber utilizado entibados y por el poco personal que laboraba en ese frente.

En cuanto a las redes provisionales, indicó la entidad que a medida que se iban construyendo las oficiales las otras se iban retirando, pero que esa circunstancia no era constitutiva de impedimento para la construcción de la obra, tal y como lo puede señalar la interventoría del contrato T-632-0-94.

En relación con las redes de acueducto, expresó la Empresa que se debían ejecutar en dos frentes, uno en el interior del barrio, en donde el contratista no manifestó problema alguno y ejecutó la mayor parte de la obra y, además, en donde, contrario a lo alegado en la demanda, se realizaron primero las obras de acueducto que las de alcantarillado.

Señaló la parte demandada que en esta zona el demandante sólo efectuó el 4% del alcantarillado y el 13% del acueducto, sin que mediara justificación alguna para no haber realizado la totalidad de la obra, de donde concluyó que fueron las deficiencias del contratista las que impidieron que los trabajos se pudiera culminar, tal y como, según indicó, se dejó descrito en las comunicaciones que relacionó en este aparte de la contestación de la demanda.

Barrio Moralva.

En lo que a este barrio concierne, dijo la entidad pública que no era cierto que no se conocieran cuáles de los predios a afectar eran los predios públicos y cuáles los privados, y que ello se demostraba con 4 fotografías en las que se podía identificar el sitio por donde se proyectaba la realización de la obra y, además, con los precios extras pasados por el



contratista, a partir de los cuales se observa que los presentó para demolición de placas y cuentas.

Aseveró también la entidad que era falso que hubiera impedido la ejecución de la obra por falta de los permisos respectivos y que al mismo tiempo hubiera solicitado a la urbanización Altos del Zipa la construcción de la red contratada para ese sector, que prueba de ello era la carta de compromiso No. 7200-230-94-525748 firmada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y la Constructora Santa Rosa el 25 de febrero de 1994, en donde se indicó que *“en caso de que algunas de las obras señaladas en el proyecto fuere construida por la Empresa de Acueducto o por otra persona distinta al urbanizador, éste deberá cancelar el valor de su costo de acuerdo con la liquidación efectuada por la Empresa”*. Dijo, además, que era totalmente razonable solicitarle al urbanizador la ejecución de la obra, por cuanto el proyecto 3254 es el desagüe para todo el proyecto y no era posible esperar que el Ingeniero Vanegas Ramírez resolviera efectuar esa obra.

Adicionalmente, manifestó la Empresa que en este barrio las obras se debían ejecutar en dos frentes, uno con tubería de 20” que estuvieron disponibles desde el inicio de contrato, por lo cual las obras podían iniciarse desde ese mismo día; sin embargo, nunca se desarrolló actividad alguna, a pesar de la adición que se otorgó en el plazo del contrato, de donde infirió que el demandante nunca tuvo la intención de realizar la labor a él encomendada, pues, según aseveró, nunca transportó materiales, tuberías ni personal para llevar a cabo la actividad.

Concluyó que no existió ninguno de los impedimentos a los que se refiere la parte actora para justificar su incumplimiento y que ello puede ser constatado porque la obra se ejecutó mediante contrato T-631-0-94 sin contratiempo alguno. Relacionó las comunicaciones que le fueron remitidas al contratista para solicitarle que procediera a ejecutar el contrato en esta zona.

Barrio Chuniza.



En lo que a este barrio respecta, dijo la entidad demandada que los argumentos presentados por el contratista no justifican que no se ejecutaran la totalidad de las obras en esta zona, las cuales consistían en la construcción de redes de aguas lluvias.

Explicó la Empresa que al comienzo de las obras se presentó un inconveniente porque el contratista inició la construcción del colector sin la ejecución del replanteo ni la autorización de la contratante, lo que implicó que iniciara la obra en donde no debía y generó interferencias al contrato que solamente le eran imputables a la parte actora.

En relación con lo anterior, advirtió la entidad que nunca cambió el eje de la tubería, lo cual podía demostrarse comparando las longitudes proyectadas con las que hubieran resultado en la zona en donde el contratista empezó la obra, así como también teniendo en cuenta que la tubería de aguas lluvias iba por el centro de la calzada, porque existían dos redes de aguas negras, una a cada lado, por lo que era posible que el contratista instalara la red en el intermedio de ellas, tal y como se le debió rectificar.

Igualmente, explicó la parte demandada que las diferencias del proyecto con la realidad se explican porque los proyectos se elaboraron en 1991 y en el tiempo transcurrido para su ejecución la comunidad pudo construir rellenos que variaban las cotas, circunstancia que implica que en obras civiles se deban efectuar las labores de replanteo, actividad que debió desarrollar el contratista para determinar la existencia de posibles variaciones para efecto de la medición de la obra, por lo cual esa situación no implicaba impedimento alguno para desarrollar los trabajos, sino que permitía que se determinaran las cantidades reales de obra a ejecutar.

Adicionalmente, la entidad pública señaló que al contratista le fueron reconocidas las obras adicionales causadas en razón de las propias obras y que tuvieron sustento técnico, pero que no podían serle reconocidas las deficiencias que se causaron por su propia negligencia. Se relacionaron las comunicaciones remitidas al contratista, en donde se le señalaron las insuficiencias que presentó en la ejecución de las obras.

Barrio Diana Turbay.



Según la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en esta zona la única actividad que desarrolló el contratista fue el transporte de tubería, material que dejó abandonado en el sector. Agregó la entidad que para este frente del contrato se adicionó el plazo y los precios de obras extras fueron tramitados, no obstante ello el contratista no quiso ejecutar la obra, a pesar de que podía iniciar labores desde el mismo día en que se suscribió el acta de inicio.

Adicionalmente, se indicó en la contestación que no era cierto que se hubiera requerido de la instalación de un alcantarillado adicional para el cual se hubieran necesitado diseño no entregados al contratista y que ello podía comprobarse con lo realmente ejecutado que es igual al plano entregado al demandante. Se relacionaron las comunicaciones que fueron remitidas al contratista enumerando los atrasos que se presentaron en esta zona por la no ejecución de actividades.

Barrio Antonio José De Sucre.

Según la parte demandada, en este frente se debían ejecutar obras de acueducto y a pesar de que el contratista manifestó que siempre estuvo dispuesto a realizarlas, lo cierto es que no cumplió en el plazo estipulado y los trabajos que ejecutó no pudieron ser recibidos por la Empresa porque no se practicaron las pruebas hidráulicas necesarias.

Indicó la entidad que en este frente se disminuyó la longitud de la obra a realizar, toda vez que en visita realizada al terreno antes del inicio de las obras se encontró que la comunidad había instalado la red de acueducto y, por esa razón, tan sólo se instalaría la red faltante, de lo cual se le dio información al contratista antes del inicio del contrato. Advirtió la parte demandada que al contratista no se le disminuyó el tiempo previsto para la ejecución de los trabajos, sino que lo que ocurrió fue que el demandante pretendió ejecutar la obra con un personal que, además de ser insuficiente, carecía de experiencia en la instalación de tubería, circunstancia que se encontró acreditada porque en la prueba hidráulica la red instalada nunca dio resultados satisfactorios.



Se relacionaron las comunicaciones enviadas al contratista, en las que se le pusieron de presente las deficiencias presentadas en la ejecución de las labores correspondientes a esta zona de contrato.

Barrio Duitama.

En lo que a este barrio concierne, dijo la Empresa que el alcantarillado sanitario se terminó en su totalidad, pero con un atraso de 110 días respecto de la fecha programada para la obra. Expresó que en este frente se presentaron las mismas deficiencias que en los demás, tales como falta de organización, falta de personal, de falta de materiales y equipo. Igualmente, se relacionaron las comunicaciones que fueron remitidas al contratista en relación con las deficiencias presentadas que se habrían presentado en esta parte del contrato.

Barrio Emisario Final o Emisario Tunjuelito.

Explicó la entidad que en este frente se debía instalar el colector final de los barrios Duitama y Alaska y que la Empresa no realizó ningún cambio en cuanto al trazado del proyecto, lo cual se puede verificar con los planos y con una visita al terreno.

Dijo también la parte demandada que el contratista terminó de instalar la tubería después de muchos días de vencido el plazo, pero que no realizó correctamente los rellenos ni la pavimentación de la zona, además de que abandonó la obra sin justificación alguna y con ello produjo daños a la propiedad de la Ladrillera Santa Fe por efecto de las filtraciones en la tubería que derrumbó un muro de cierre, así como el deterioro en una vía que era la única entrada a la zona. Se relacionaron las comunicaciones que se enviaron al contratista en relación con las obras de este barrio.

Barrio Socorro.

Manifestó la entidad que en este barrio se instalaron 100 m.l. de tubería y que el contratista cumplió con sus obligaciones, pero porque fue forzado a que efectuara la obra, puesto que,



según indicó, a diez días de la terminación de plazo todavía se presentaban atrasos. Agregó que en este frente no se ejecutó un tramo porque ya estaba construido y, además, porque con ello se afectaría el pavimento puesto por la comunidad. También se relacionaron los oficios que fueron remitidos por la entidad al contratista en relación con el desarrollo de las obras en esta zona.

Después de presentar sus argumentos en cuanto a los hechos esbozados en la demanda respecto de cada barrio, concluyó la Entidad que la negligencia del contratista queda demostrada, por cuanto únicamente ejecutó un 21.6% del contrato, mientras que las obras dejadas de realizar por él se adjudicaron 4 meses después a otros contratistas que completaron el 78.4% restante del contrato sin que alegaran la existencia de los problemas a los que ha hechos alusión el demandante.

También señaló que el contratista sabía a ciencia y conciencia que las obras que se iban a ejecutar se debían desarrollar en barrios subnormales, porque así se expresó en la invitación a participar en la licitación pública y, además, que no se requería de altos estudios de ingeniería para advertir que existían redes provisionales, pues esa situación se hacía evidente con sólo visitar el sitio de las obras por los desagües de las redes existentes y porque las aguas corrían por zanjones. Asimismo, expresó la Entidad que el contrato tendía, justamente, a que en su desarrollo se fueran anulando las redes provisionales al irse instalando las oficiales.

En cuanto a la revisión de precios a la que se refirió la parte actora en la demanda, dijo la entidad pública que actuó de conformidad con la fórmula de reajustes pactada en el contrato y con el artículo 323 del Código Fiscal de Bogotá, según el cual, las revisiones de precios debían quedar consignadas en actas suscritas por las partes y reconocidas de conformidad con el índice de precios correspondientes al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, según el plan de trabajo, por lo que consideró que hacerlo de una forma diferente, esto es, tomando un porcentaje fijo como pide el demandante, implicaría que se infrinja la ley, además, que, según se le informó mediante comunicación 4101-93-2635 del 29 de septiembre de 1993, hacerlo significaría romper la igualdad de proponentes fijada en el momento de la licitación.



Sobre el particular dijo también que el contratista tomó los índices de Camacol en el mes de mayo de 1994, como si para ese mes hubiera efectuado la obra, cuando la ejecución del contrato inició en el mes de agosto de 1993 y, además, como si hubiera ejecutado toda la obra, cuando en realidad únicamente ejecutó un 21.6% de lo contratado.

En cuanto a la negativa de la Administración para aceptar la cesión del contrato 363 de 1992, dijo la entidad que la decisión se tomó en ese sentido por la falta de idoneidad del cesionante, pues se consideró que no reunía las condiciones técnicas, operativas, financieras y demás requisitos mínimos exigidos en el pliego de condiciones de la licitación adjudicada al señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez.

Dijo también la Empresa que no infringió ningún derecho del contratista ni realizó acto ilegal o irregular, dado que la situación encontrada en la obra fue la que la llevó a declarar la caducidad del contrato, puesto que los incumplimientos que se presentaron hacían imposible que el objeto se cumpliera dentro de los plazos pactados y que tal acto administrativo se adoptó con pleno respeto de los derechos del contratista.

Igualmente, señaló que en varias ocasiones se citó al contratista para que se presentara a liquidar las obras que asevera que se le adeudan, presentando los records de obra para compararlos con los de la interventoría, que en las comunicaciones recibidas se estableció que las diferencias eran mínimas, por lo cual se solicitó la presencia del hoy demandante para llegar a un acuerdo, pero que nunca asistió.

Por último, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá propuso las siguientes excepciones: *“TEMERIDAD O MALA FE”*, porque, según afirmó, en la demanda se alegaron hechos contrarios a la realidad, además de que se solicitaron perjuicios desproporcionados e injustamente reclamados; *“FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PARTE ACTIVA”*, porque los perjuicios únicamente fueron sufridos por la Administración; *“IMPROCEDENCIA DE LA ACCION”*, porque entre los hechos alegados por la parte actora y los derechos reclamados no existe una relación causa efecto; *“INFUNDADA MOTIVACION DE LA DEMANDA”*, por cuanto la actuación de la Empresa siempre tuvo por finalidad la realización de obras que solucionaran las necesidades de servicios públicos domiciliarios en las zonas objeto de contrato y, en tal virtud, acudió a las

leyes de contratación estatal para multar al contratista, pues se vulneró el interés general y el patrimonio estatal; “*ABUSO DEL DERECHO*” e “*INEPETITUD DE LA DEAMNDA*”; para sustentarlas transcribió unos apartes de unas providencias judiciales⁶.

1.5. La coadyuvancia.

Mediante proveído del 30 de noviembre de 2001, el Tribunal ordenó que se vinculara a la Compañía de Seguros Cóndor S.A.⁷. La Aseguradora, una vez notificada⁸, mediante escrito presentado el 8 de mayo de 2003, manifestó que coadyuvaba las pretensiones de la parte actora⁹.

2. La sentencia impugnada.

La Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 3 de noviembre de 2004, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; declarar la nulidad de la Resolución No. 237 del 20 de junio de 1994, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, así como de la Resolución No. 0315 del 15 de agosto de 1994, que confirmó tal determinación; negar la nulidad de la Resolución 0136 del 12 de mayo de 1995, por medio de la cual se declaró la ocurrencia del riesgo amparado en la póliza No. 96359 expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., para garantizar la buena utilización de materiales, y de su confirmatoria; y negó las demás pretensiones de la demanda.

Después de señalar que no procede declarar probada ninguna de las excepciones propuestas por la parte accionada y que se reúnen todos los requisitos procesales para emitir un pronunciamiento de fondo, el Tribunal expresó que era procedente anular los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad de contrato 363 de 1992, por cuanto al expedirlos la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá violó el

⁶ Folios 87 a 188 del cuaderno principal de primera instancia.

⁷ Folio 349 del cuaderno principal de primera instancia.

⁸ Folios 352 a 364 y 369 del cuaderno principal de primera instancia.

⁹ Folios 370 y 371 del cuaderno principal de primera instancia.

debido proceso del contratista, pues no se pronunció en relación con las pruebas que éste le solicitó.

En lo que concierne al incumplimiento del contrato presuntamente imputable a la entidad contratante, expresó el Tribunal que *“como se advirtió anteriormente no se practicaron las pruebas por la entidad, al resolver el recurso de reposición, que seguramente hubieran arrojado luces respecto de si se configuraron o no, los supuestos del incumplimiento que el demanda el contratista”*.

En relación con los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la ocurrencia del riesgo de buen manejo de materiales, el *a quo* manifestó que, de conformidad con el acervo probatorio, desde el inicio de las obras se evidenció un mal manejo de la tubería por parte del contratista, situación que perduró durante la ejecución del negocio jurídico, razón por la cual consideró que la decisión adoptada en los actos administrativos era coherente con los hechos ocurridos en relación con el manejo del material, los cuales únicamente le eran atribuibles al contratista¹⁰.

3. La apelación.

La parte actora, previo a exponer las razones que llevan a impugnar la sentencia de primera instancia, advirtió que el recurso no tiene por objeto refutar lo dicho y decidido por el Tribunal en relación con la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato 393 de 1992, sino que su inconformidad se erige en contra de los argumentos expuestos en la providencia en relación con los siguientes temas: *i)* la presunta ausencia probatoria que el *a quo* señaló como fundamento para negar la pretensión de incumplimiento contractual elevada en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, *ii)* la negativa a reconocer perjuicios y *iii)* la negativa del Tribunal de anular los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la ocurrencia del riesgo de mal manejo de materiales amparado mediante la póliza 96359, expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A.

¹⁰ Folios 401 a 425 del cuaderno principal.



Como fundamento de su oposición y en lo que concierne a la pretensión de incumplimiento, expresó la parte recurrente que, contrario a lo manifestado por el *a quo*, en el proceso sí se encuentran las pruebas que acreditan el supuesto fáctico de la petición. Así, por ejemplo, dijo que se logró demostrar que el pago del anticipo se realizó un año después de haberse suscrito el contrato, porque no se había nombrado al interventor y por falta de disponibilidad presupuestal y que, además, la suma que se canceló no fue la acordada por las partes, pues, como explicó en la demanda, el valor pagado se calculó sobre el valor fiscal del contrato y no sobre su valor real.

Indicó, también, que el dictamen pericial que se rindió en el proceso es claro al manifestar que el contratista cumplió con el suministro del cronograma y con la obra de conformidad con las exigencias establecidas en el pliego de condiciones, por lo cual la entidad carecía de argumento válido para negarse a cancelar el anticipo; así mismo, que en el dictamen se señaló que la Empresa cambió los diseños, los planos, las longitudes, las cotas, entre otros elementos de trabajo que inicialmente le fueron entregados al contratista, de lo cual, según dijo, también dan cuenta las modificaciones y otrosí que fueron acompañados a la demanda.

En cuanto al suministro de tubería, expresó que existen múltiples comunicaciones del contratista en donde se menciona la falta de disponibilidad del material, que, en efecto, la tubería fue entregada al contratista con 65 días de mora, es decir, cuando ya se había cumplido un 40% del plazo previsto para la ejecución de la obra, razón por la cual consideró que la Empresa no puede atribuir la causa del incumplimiento al contratista, puesto que fue ella la que no entregó el material necesario para desarrollar la obra.

Adicionalmente, adujo que en el proceso obra copia de la Resolución No. 1788 de 1993, por medio de la cual la Empresa multó al contratista por un valor 10 veces superior al permitido en el contrato. En relación con las demás pruebas, indicó que, por economía procesal se remitía a las señaladas en la demanda.

En lo que concierne a la declaración de ocurrencia del riesgo de buen manejo de materiales amparado mediante la póliza No. 96359, manifestó que su oposición con la decisión de primera instancia se fundamenta en que el *a quo* partió del supuesto de que el

incumplimiento del contrato en la ejecución de la obra habría obedecido a causas imputables a él, cuando en realidad la causa de la inejecución era imputable a la Empresa contratante.

Con el propósito de sustentar su afirmación hizo alusión a algunos de los presuntos incumplimientos en los que habría incurrido la Administración en el desarrollo del contrato y se remitió a la demanda para señalar otros, y dijo que eran esas circunstancias las que habían constituido el verdadero factor que imposibilitó al demandante cumplir el objeto del contrato en el plazo acordado.

Adujo la parte apelante que el Tribunal de primera instancia basó sus argumentos en unas comunicaciones enviadas por los habitantes de los barrios objeto del contrato, en las que manifestaban que no se habían iniciado las obras, así como en unas comunicaciones de la Empresa y en un informe de la Contraloría de Bogotá, que efectivamente daban cuenta del estado de la tubería, pero que no se tuvo en cuenta que si el material se encontraba en el estado mencionado, era por la negligencia de la entidad contratante, por la falta de previsión y por el retardo en el suministro de los diseños¹¹.

4. El trámite de la segunda instancia.

El recurso presentado por la parte demandante fue admitido mediante auto del 6 de diciembre de 2005¹² y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 25 de abril de 2006¹³ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, término procesal del que hicieron uso las partes para insistir en los argumentos expuesto a su favor a lo largo del proceso¹⁴ y, en el caso de la demandante, además, para señalar que la anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato conllevaba tanto el incumplimiento de la parte demandada como el reconocimiento de los perjuicios ocasionados al actor. El Ministerio Público guardó silencio.

¹¹ Folios 468 a 473 del cuaderno principal.

¹² Folios 478 y 479 del cuaderno principal.

¹³ Folio 482 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 482 a 494 del cuaderno principal.

A través de proveído del 6 de diciembre de 2005, se declaró desierto el recurso de apelación presentado por la parte demandada¹⁵.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de noviembre de 2004, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en cuatro mil millones de pesos (\$4.000'000.000), mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹⁶ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de nueve millones seiscientos diez mil pesos (\$9'610.000) (Decreto 597 de 1988).

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75¹⁷ prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa y como quiera que en este caso el contrato en virtud de cuya ejecución se expidieron los actos administrativos demandados se suscribió entre un particular y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, la cual, para la fecha de suscripción de contrato - 5 de octubre de 1992 - tenía la naturaleza de Establecimiento Público del orden distrital¹⁸, dable es concluir que esta Jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en su contra.

¹⁵ Folios 478 y 479 del cuaderno principal.

¹⁶ 13 de diciembre de 1995.

¹⁷ Art. 75, Ley 80 de 1993. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."

¹⁸ La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá fue constituida originalmente como un establecimiento público del orden Distrital, mediante Acuerdo 105 de 1955, expedido por el Consejo Administrativo del Distrito Especial de Bogotá. En cumplimiento del artículo 164 del Decreto-Ley 1421 de julio de 1993, Estatuto Orgánico de Bogotá D.C., y del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, la naturaleza

2. Aspecto preliminar.

Como quiera que en la cláusula décima quinta del contrato 363 de 1992 que da origen al litigio que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala las partes pactaron una cláusula compromisoria¹⁹ y dado que la demanda se encaminó a buscar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de caducidad, así como otras pretensiones que fueron planteadas de manera consecencial frente a dicha pretensión, previo a abordar el tema de fondo la Sala considera pertinente hacer las siguientes precisiones:

El contrato en cuestión fue celebrado en vigencia del Decreto – Ley 222 de 1983, de ahí que sea esta la norma que le resulta aplicable, la cual, en lo que a la cláusula compromisoria y a la competencia de los árbitros en relación con la declaratoria de caducidad del contrato y sus efectos concierne, establecía:

“ARTICULO 76. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.

Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho.

La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV” (Destaca la Sala).

jurídica de la EAAB-ESP, fue modificada mediante el Acuerdo Distrital No. 6 de julio 25 de 1995, en el cual se definió la naturaleza jurídica de la misma como Empresa Industrial y Comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

¹⁹ **“CLAUSULA DECIMA QUINTA: CONCILIACION DE CONTROVERSIAS**

Las diferencias o controversias que surjan entre LA EMPRESA y el CONTRATISTA, por concepto de la celebración, interposición, ejecución o terminación del presente contrato, y que no puedan ser resueltas de común acuerdo, serán dirimidas conforme al siguiente procedimiento:

15.1. Si la diferencia fuere de naturaleza técnica, contable o jurídica, podrá solicitar la intervención de árbitros a fin de que éstos diriman los conflictos contractuales presentados.

15.2. El respectivo laudo será proferido en derecho y el lugar de funcionamiento del tribunal será la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. El laudo arbitral será obligatorio para las partes.

15.3. El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, los cuales serán designados de común acuerdo por las partes.

15.4. Si las partes no se pusieren de acuerdo en la designación de uno o más árbitros, éstos serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá y deberán ser abogados titulados.

15.5. En caso de duda sobre la naturaleza de la discrepancia entre las partes, se entenderá que ésta es de naturaleza jurídica y por consiguiente será dirimida por árbitros”.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha mantenido clara y constante en señalar que, en tratándose de controversias surgidas en razón de la aplicación de la cláusula de caducidad contractual, tanto en vigencia del Decreto – Ley 222 de 1983, como en vigencia de la Ley 80 de 1993, no resulta legamente procedente reconocer competencia a los Tribunales de Arbitramento para desatar las diferencias surgidas entre las partes en torno a la legalidad de dicho acto administrativo, en el primer evento, por la existencia de norma expresa que sustrajo de la competencia arbitral los conflictos surgidos a partir de su aplicación, y, en el segundo, porque, con fundamento en lo previsto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo expresado en la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000²⁰, tanto la H. Corte Constitucional como la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyeron que la limitación a la competencia de los Tribunales de Arbitramento se predica concretamente en el caso de las cláusulas excepcionales de la contratación estatal específicamente en relación con las previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, entre las cuales se encuentra incluida, precisamente, la caducidad.

Ahora bien, una vez revisada la demanda en su integridad encuentra la Sala que, además de la pretensión de anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, se formularon otras pretensiones respecto de las cuales, en principio y vistas de manera aislada, podría llegar a considerarse que, ante la presencia de la cláusula compromisoria pactada por las partes, su conocimiento escaparía a la competencia de esta Jurisdicción.

²⁰ Al respecto, en el mencionado fallo de constitucionalidad, la H. Corte Constitucional al definir la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, en virtud de los cuales se autorizó a las entidades estatales para acordar cláusulas compromisorias o compromisos, declaró que los árbitros carecen de competencia para pronunciarse en relación con los actos expedidos en desarrollo de los poderes excepcionales del Estado, así:

“Decláranse **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993²⁰, **bajo el entendido que** los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, **no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.**” (Destaca la Sala).

La consideración básica de la Corte Constitucional, en lo que tiene que ver con la limitación de la competencia del Tribunal de Arbitramento, se concretó en la siguiente forma:

“**Al hablar de ‘disposiciones extrañas a la contratación particular’, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales.**” (Destaca la Sala).

No obstante lo anterior, considera la Sala que debido a la forma en que fueron planteadas tanto las pretensiones de la demanda, como la *causa petendi* que las sustentó, unas y otras se encuentran íntimamente ligadas con la pretensión de anulación de los actos por medio de los cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, pues, como a continuación pasará a exponerse, se plantearon como consecuenciales de aquella, de tal manera que se está en presencia de un conflicto originado en razón de la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad, expresamente sustraída de la competencia del Tribunal de Arbitramento por el artículo 77 del Decreto Ley 222 de 1983 que rigió el contrato.

Pues bien, se tiene que además de la pretensión referida expresamente a los actos administrativos de caducidad, la parte actora solicitó que se declarara el incumplimiento de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá “*al decretar la caducidad del contrato*”, pues, según se aludió en de la demanda, la imposibilidad de terminar las obras en el tiempo pactado obedeció exclusivamente a inobservancias contractuales atribuibles a la entidad pública, las cuales habrían sido la causa de los incumplimientos del contratista.

En efecto, al sustentar el recurso de apelación, la parte recurrente indicó que “*Todos los inconvenientes anotados, además de los expuesto en la demanda, los cuales se encuentran plenamente probados, son el verdadero factor que llevó al contratista a incumplir con el plazo previsto para la ejecución del contrato*” y, más adelante, concluyó, “*Con todo lo expuesto es claro que la Empresa demandada incumplió el contrato No. 363 de 1992, al decretar, indebida, irregular e ilegalmente la caducidad del mismo y por lo tanto es responsable de los perjuicios de todo orden ocasionados a mi representado*”.

En ese contexto, resulta claro que la pretensión de incumplimiento se presentó como un fundamento más para atacar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá declaró la caducidad administrativa del contrato 363 de 1992 y, a su vez, como una pretensión consecuencial a la declaratoria de nulidad de éstos; sin embargo, dado que el Tribunal al desvirtuar la legalidad de las resoluciones de caducidad no lo hizo con sustento en este cargo, sino en otro, la parte actora, al impugnar la sentencia, insistió tanto en el señalado argumento como

en la pretensión consecuencial de incumplimiento y aunque no se formuló apelación en relación con la decisión de anulación, ello no implica en forma alguna que la competencia de la Corporación se vea alterada en esta instancia, pues la pretensión de incumplimiento, como ya se dijo, fue planteada en el marco de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992.

En relación con la pretensión de nulidad de las resoluciones por medio de las cuales la entidad pública declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo de anticipo y ordenó hacer efectiva la respectiva garantía, a partir del texto de la demanda, así como de la apelación, se encuentra que el único cargo que elevó a la parte actora para cuestionar tales actos fueron los mismos incumplimientos que se endilgaron a la entidad con el propósito de enervar la validez de los actos administrativos de caducidad, tanto así que, al sustentar el recurso de apelación, la parte actora manifestó expresamente que *“[e]n relación con la ocurrencia del riesgo amparado (...) no se encuentra de acuerdo con la sentencia de primera instancia, pues parte del supuesto que el incumplimiento obedeció a razones netamente imputables a éste. Lo cierto es que, como se indicó en la demanda, durante la ejecución del contrato se presentaron serios problemas que obstaculizaron e interrumpieron el cumplimiento del cronograma por parte del contratista”* y, seguidamente, la parte impugnante procedió a reseñar, nuevamente, aquellos aspectos por los cuales indicó desde el inicio del proceso que el incumplimiento del contrato únicamente le era atribuible a la entidad accionada.

Resulta, pues, evidente que el incumplimiento es la base principal de la demanda y que al resolver acerca de este aspecto se resolverá de manera necesaria y consecuencial en relación con la pretensión de anulación de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo de materiales y se ordenó hacer efectiva la respectiva garantía, toda vez que en contra de estos actos administrativos no se concretaron en la demanda ni en el recurso de apelación ataques específicos o controversias particulares sobre su motivación o su contenido, de tal manera que esta pretensión se encuentra atada incuestionablemente a la de incumplimiento, cuyo nexos con la declaratoria de caducidad está suficientemente demostrado.

Queda claro, entonces, que las pretensiones están unidas todas por una misma *causa petendi*: el presunto incumplimiento que la parte demandante endilgó a la demandada como

fundamento para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá hizo uso del poder exorbitante de la caducidad, de tal manera que, al estar atadas por un mismo hilo conductor, y al haberse planteado el presunto incumplimiento como consecuencial a la caducidad, razonable resulta concluir que, en virtud de lo expresado en la demanda, todas las pretensiones se enmarcan en un conflicto originado en atención a la aplicación de dicha cláusula excepcional y, de contera, la competencia, en todos los casos, recae en esta Jurisdicción.

Así las cosas, si bien existió una cláusula compromisoria en el contrato, dadas las particularidades de este preciso asunto y, específicamente, en atención a la forma como fue planteada la *causa petendi* de la demanda, las pretensiones que se deben ventilar en esta instancia se encuentran íntimamente ligadas con la atacada validez de los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, cuyo control de legalidad, se insiste, no puede incluirse en la competencia del Tribunal de Arbitramento, por lo cual la Sala concluye que le asiste competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tanto en el momento en que se presentó la demanda como en la actualidad, para conocer acerca las demás pretensiones, toda vez que éstas se presentaron correctamente acumuladas en el mismo libelo y con innegable conexión, como ha sido expuesto en esta providencia.

3. El objeto de la apelación.

El recurso de apelación formulado por la parte demandada tiene por objeto que se revoque la sentencia de primera instancia únicamente en lo que le fue desfavorable, esto es, en cuanto a la negativa de declarar el incumplimiento del contrato 363 de 1992 por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en cuanto a la negativa de anular las Resoluciones 0136 del 2 de mayo de 1995 y 0311 del 9 de agosto de la misma anualidad, por medio de las cuales se declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo de anticipo y se ordenó hacer efectiva la respectiva garantía, así como en relación con la negativa de reconocer los perjuicios reclamados.

Indicó expresamente la parte recurrente su conformidad en relación con la decisión del Tribunal de primera instancia de anular las Resoluciones 0237 del 20 de junio de 1994 y

0315 del 15 de agosto de 1994, por medio de las cuales la Empresa declaró la caducidad del contrato 363 de 1992 con fundamento en la violación del derecho a la defensa del contratista.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, razón por la cual y dado que en el presente caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta²¹, la Sala debe abstenerse de emitir pronunciamiento alguno en relación con otros aspectos por carecer de competencia para ello, de conformidad con la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C.²², cuyo tenor indica:

“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”.
(Destaca la Sala).

A pesar de lo anterior, dado que, como ya se indicó en el acápite anterior, la pretensión de incumplimiento se planteó como consecencial a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, ésta y las demás que le están íntimamente ligadas, es decir, las atinentes a la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró el siniestro de buen manejo de materiales y se ordenó hacer efectiva la respectiva garantía, y la de reconocimiento de perjuicios, no pueden ser abordadas como autónomas, sino, como impone la *causa petendi*, enmarcadas en el conflicto de la declaratoria de caducidad del contrato, de ahí que, aun cuando la parte actora no hubiere atacado la anulación resoluciones de caducidad en el recurso de apelación, se llega ineludiblemente a la convicción de que los temas de debate que deben ser resueltos en esta instancia se encuentran implícitamente conectados con tales actos y, por tal razón, para resolver la apelación habrá que hacer alusión a ellos.

²¹ Artículo 184 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -. Ver también sentencia de unificación proferida el 9 de febrero de 2012 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado bajo el número interno 21060.

²² Al respecto se puede consultar también la sentencia de unificación proferida el 9 de febrero de 2012 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado bajo el número interno 21060.

Sobre el particular, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al precisar el criterio adoptado en sentencia de unificación en la que se resolvió acerca del alcance de la competencia del juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación²³, indicó:

“3.2.2.3. La Sala, en esta oportunidad precisa que la competencia del juez de segunda instancia abarca los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone, al sustentar el recurso de apelación de la sentencia. Se trata de dar alcance a la expresión ‘los aspectos que señale el recurrente’, a los cuales se limitó la competencia del ad quem en la providencia referida.

Para la Sala, la apelación de un aspecto de la sentencia confiere competencia al juez de segunda instancia para resolver todos esos asuntos, puntos o elementos que estén comprendidos en el mismo, en algunas ocasiones, inclusive, porque su mención resultaría ilógica, pero siempre que la revisión de esos asuntos le resulte favorable al recurrente...”²⁴.

En ese contexto, advierte la Sala que el hecho que deban analizarse los asuntos objeto de apelación en el marco de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992, no implica en forma alguna que la Sala se extralimite respecto del marco de competencia que fijó la parte recurrente a la hora de sustentar la impugnación, toda vez que, además de que es un tema implícito en relación con los planteados por el recurrente, en primera instancia la anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad administrativa del contrato se sustentó en la violación del derecho de defensa del contratista y fue respecto de ese cargo que la parte actora manifestó su conformidad y no respecto del relacionado con el incumplimiento que se pretende endilgar en cabeza de la entidad demandada. Por lo tanto, es desde la perspectiva de este último que será analizada la declaratoria de caducidad del contrato, pues, por la forma en que fueron planteadas la *causa petendi* de la demanda y sus pretensiones, de lo que resulte de dicho estudio dependerá que se despachen favorablemente, o no, las pretensiones que fueron negadas en la primera instancia.

Por ser ello así, cualquiera sea la determinación que en esta instancia se adopte en relación con el incumplimiento contractual que la parte actora atribuyó a la demandada, no alterará la determinación adoptada por el Tribunal en el sentido de anular los actos

²³ *ibídem*.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Plena de la Sección Tercera. Sentencia proferida el 9 de febrero de 2012 dentro del proceso radicado bajo el número interno 20104.

administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, pues el cargo con fundamento en el cual se tomó dicha determinación no fue objeto de apelación y, además, en este caso tiene aplicación el principio de la *no reformatio in pejus*, lo que obliga a la Sala a realizar el análisis únicamente con el propósito de determinar la procedencia, o no, de la anulación de los actos administrativos de caducidad con base en el presunto incumplimiento de las obligaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, así como en relación con las pretensiones consecuenciales que fueron negadas por el *a quo*.

En ese mismo sentido, debe tenerse en cuenta que los perjuicios solicitados en la demanda y cuya negativa se apeló, tienen dos orígenes: unos derivados del incumplimiento propiamente dicho, tales como los costos ocasionados por la mayor cantidad de obra ejecutada, el mayor tiempo de permanencia en la obra, entre otros, y, otros, los derivados de la declaratoria de caducidad del contrato, específicamente los generados en razón de la inhabilidad que recayó en cabeza del contratista. En cuanto a los primeros, es claro que su reconocimiento dependerá de la prosperidad de la pretensión consecuencial de incumplimiento, mientras que los segundos no y, por lo tanto, deberán ser analizados en forma independiente.

4. El ejercicio oportuno de la acción.

En el presente caso, la parte demandante solicitó se declarara la nulidad de las Resoluciones No. 0237 del 20 de junio de 1994 y 0315 del 5 de agosto de 1994, por medio de las cuales se declaró y confirmó la caducidad del contrato No. 363 de 1992; la nulidad de las Resoluciones No. 0136 del 2 de mayo de 1995 y 0311 del 9 de agosto de 1995, a través de las cuales se declaró y confirmó la ocurrencia del riesgo amparado por la póliza de seguro No. 96359 expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., y de manera consecuencial el incumplimiento de la entidad demandada respecto de las obligaciones surgidas en virtud del contrato 363 de 1992.

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984²⁵ - en su texto vigente para la fecha de celebración del contrato y para la fecha de presentación de la demanda²⁶-, la acción contractual debía interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento.

Ahora bien, en relación con los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato, se tiene que éstos fueron expedidos el 20 de junio y 5 de agosto de 1994, mientras que la demanda se interpuso el 13 de diciembre de 1995²⁷, por lo cual resulta evidente que el ejercicio de la acción fue oportuno, lo mismo que se predica en relación con los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza No. 96359 expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., puesto que estos fueron expedidos el 2 de mayo y el 9 de agosto de 1995.

5. Las pruebas que obran en el proceso

Obran en el expediente en debida forma las siguientes piezas probatorias:

5.1. Documentales

- A folios 28 a 40 del cuaderno número 5, reconocimientos geotécnicos de los barrios El Portal, La Fortaleza y Emisario Duitama - Alaska-Fiscalía.

- A folios 46 a 48 del cuaderno número 5, estudio de suelos del barrio la Aurora Sector II.

²⁵ Normatividad aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: “Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

²⁶ Para la fecha en que se celebró el contrato 5 de octubre de 1992 y para cuando se presentó la demanda 13 de diciembre de 1995, el texto vigente del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, era el modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 7 de octubre de 1989.

²⁷ Reverso folio 75 del cuaderno No. 1, constancia de recibo de la demanda.



- A folios 58 a 59 del cuaderno número 5, estudio preliminar de suelos y alcantarillado pluvial del barrio Moralva.
- A folios 69 a 70 y 75 a 80 del cuaderno número 5, reconocimientos de suelos de los barrios Diana Turbay y La Paz.
- A folios 8 a 10, 11 a 13 y 85 a 86 del cuaderno número 5, actas de visita No. 1, 2 y 3 del contrato 363 de 1992.
- A folios 153 a 167 del cuaderno número 5, 645 a 647 del cuaderno número 10 y 81 del cuaderno 20, certificados de reserva y disponibilidad presupuestal relacionados con el proyecto PAS y con los contratos 363, 363 y 374.
- A folio 68 a 69 del cuaderno número 2, Resolución No. 1516 por medio de la cual se adjudicó el contrato 363 de 1992.
- A folios 228 del cuaderno número 3, la póliza de cumplimiento para el contrato 363 de 1992.
- A folios 2 a 29 del cuaderno número 2, Contrato 363 de 1992, cuyo objeto consistió en *“La construcción de acueducto, alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario en barrios subnormales de la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. – Zonas 5, 6 y 18”*
- A folios 72 del cuaderno número 2, modificación No. 1 mediante la cual se pactó iniciar las obras los barrios El Portal y La Aurora 30 días después de la fecha inicialmente programada.
- A folio 93 del cuaderno número 3, orden de pago por concepto de anticipo del contrato 363 de 1992, por el valor de \$ 167'569.369.
- A folios 73 a 78 del cuaderno número 2, acta de iniciación de obras del contrato 363 de 1992.



- A folios 79 y 80 del cuaderno número 2, otrosí No. 1, mediante el cual se aclaró la cláusula 6, numeral 6.3, sobre la forma de pago y el ajuste de pagos del contrato 363 de 1992.
- A folios 81 y 82 del cuaderno número 2, otrosí No. 2, mediante el cual se aumentó un 25% el valor del anticipo del costo total del contrato 363 de 1992.
- A folios 85 y 86 del cuaderno número 2, Adición No. 3 al contrato 363 de 1992, mediante el cual se aumentó el plazo general del contrato y los subplazos.
- A folio 169 del cuaderno número 5, orden de pago No. 158492, por concepto del valor del anticipo del contrato 363 de 1992 equivalente a la suma de \$167'569.369.
- A folios 85 a 86 del cuaderno número 2, Adición No. 2 del contrato 363 de 1992, mediante la cual se adicionaron unas obras y se cancelaron otras.
- A folios 577 a 595 del cuaderno número 3, actas de obra Nos. 1, 3, 5 6 del contrato 363 de 1992, en la cual se trataron temas relacionados con los botaderos, el impacto urbano, la entrega de tuberías, planillas, topografía, personal, suministro de tuberías, programa de construcción, materiales, licencias de excavación, entre otros.
- A folios 87 a 91 del cuaderno número 2, Resolución No. 1788 por medio de la cual se impuso una multa en el contrato 363 de 1992.
- A folios 121 a 127 del cuaderno 2, Resolución No. 0015, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 1788.
- A folios 452 a 469 del cuaderno número 14, informe técnico del contrato 363 de 1992.
- A folios 204 a 218 del cuaderno número 2, Resolución No. 0237, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992.



- A folios 168 a 191 del cuaderno número 2, recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 237.

- A folios 221 a 240 del cuaderno número 2, Resolución No. 0315, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 0237.

- A folios 4 a 5 del cuaderno número 5, informe de inspección de obras de la revisoría fiscal del contrato 363 de 1992.

- A folios 241 a 244 del cuaderno número 2, Resolución No. 0136 por medio de la cual se declaró la ocurrencia del riesgo de buen manejo de materiales y se hizo efectiva la garantía.

- A folios 248 a 258 del cuaderno número 2, Resolución No. 0311 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 0136.

- A folios 253 a 297 del cuaderno número 3, cuentas de ajuste del contrato 363 de 1992.

- A folios 277 a 306 del cuaderno número 4, acta de recibo de obra del contrato del contrato 363 de 1992.

- A folios 1 a 13 del cuaderno número 20, acta de liquidación del contrato de obra 363 de 1992.

- A folios 2 a 417 del cuaderno número 8 y 133 a 481 del cuaderno número 9, registro fotográfico e impacto urbano del contrato de obra 363 de 1992.

- A folios 406 a 408 del cuaderno número 14, registro único de proponentes del señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez.

- A folios 178 a 193 del cuaderno número 5, planos correspondientes al contrato 363 de 1992.

- Documentos cruzados entre el contratista y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, cuadernos 2, 3, 4 y 5.

- En los cuadernos 10, 7 y 12 del expediente, documentos relacionados con el contrato T-625-094, cuyo objeto consistió en la *“construcción de redes de alcantarillado sanitario, combinado y acueducto del barrio Portal Sur”*

- En los cuadernos 10, 16, 17 y 18 del expediente, documentos relacionados con el contrato T-632-094, cuyo objeto consistió en la *“Construcción de redes de alcantarillado sanitario del barrio Diana Turbay, sector comuneros y, alcantarillado del barrio Moralva”*.

- En los cuadernos 17 y 18 del expediente, documentos relacionados con el contrato T-707-094, cuyo objeto consistió en la *“Construcción de alcantarillado combinado del barrio la Paz”*.

- En los cuadernos 7 y 8 del expediente, documentos relacionados con el contrato T-630-094, cuyo objeto consistió en la *“Construcción de redes de alcantarillado sanitario y acueducto del barrio la Paz”*.

- En el cuaderno 6 del expediente, documentos relacionados con el contrato T-631-094, cuyo objeto consistió en la *“Construcción de redes de alcantarillado sanitario y acueducto del barrio la Fortaleza”*.

- En los cuadernos 6 y 18 del expediente, documentos relacionados con el contrato T-629-094, cuyo objeto consistió en la *“Construcción de redes de alcantarillado pluvial de los barrios Chuniza, la Aurora y, terminación de Emisario Final, barrios Duitama y Alaska”*.

- En el cuaderno 7 del expediente, documentos relacionados con el contrato T-360-094, cuyo objeto consistió en *“Suministro de tuberías y accesorios para la construcción de redes de alcantarillado en barrios subnormales, correspondientes al plan de ajuste sectorial PAS”*.

5.1.1. Alcance probatorio de la providencia judicial proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá el 25 de mayo de 1994.

A folios 603 a 614 del cuaderno No. 2 del expediente, obra copia de la providencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá el 25 de mayo de 1994, por medio de la cual se rechazó una acción de tutela interpuesta en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y el contratista Jorge Humberto Vanegas Ramírez, en relación con hechos ocurridos en el marco de la ejecución del contrato 363 de 1992

En relación con la valoración de las providencias judiciales como medio de prueba en otros procesos, ha dicho la Corte Suprema de Justicia²⁸:

*“ (...) no puede perderse de vista que la copia de una decisión jurisdiccional de tal naturaleza, como lo ha reiterado la Corte, acredita su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, excluyendo las motivaciones que le sirvieron de soporte, doctrina con arreglo a la cual puede afirmarse que la copia de dicha providencia demuestra que se trata de una sentencia desestimatoria de la pretensión (...), proferida por dicha Corporación, en la fecha mencionada, **más no sirve para la demostración de los hechos que fundamentaron tal resolución** (...), pues como lo ha reiterado la Sala tener como plenamente acreditados los hechos tenidos como ciertos en la motivación de una sentencia proferida en otro proceso, podría suscitar eventos “(...) incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería el juez de la causa a quien correspondería valorizar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción (G.J. LXXV, 78)”*

En el caso de autos, se tiene que tanto la parte demandante como la parte demandada sustentaron algunos de sus dichos en una declaración a la que se hizo alusión en el contenido de la referida providencia judicial; sin embargo, de conformidad con el análisis jurisprudencial que viene de transcribirse, la Sala no podrá otorgar ningún valor demostrativo a la mencionada declaración, puesto que el contenido de la providencia no puede remplazar el acervo probatorio que debe obrar en este proceso, así como tampoco es posible que una prueba documental cuyo alcance demostrativo no supera el hecho de acreditar la decisión que por medio suyo se adoptó se convierta en una prueba testimonial en este juicio.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia S-011-99, 6 de abril de 1999, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez; Expediente 4931.

5.1.2. Valor probatorio de las copias simples.

En cuanto al valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, la Corporación, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, zanjó la controversia sobre el tema, así²⁹:

“En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas...

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.)”.

De conformidad con la cita jurisprudencial que viene de verse y en aplicación de los principios de lealtad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, es claro entonces que la prueba documental aportada en copia simple que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad tiene plena eficacia demostrativa y, por tal razón, será tenida en cuenta para resolver el caso puesto a consideración de la Sala.

5.1.3. Valor probatorio de los registros fotográficos allegados al proceso.

En relación con las fotografías que se allegaron al proceso y que pretenden demostrar la ocurrencia de los hechos que motivaron la demanda, corresponde a la Sala precisar que no serán tenidas en cuenta para resolver el asunto, toda vez que éstas carecen de mérito probatorio, por cuanto sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de agosto de 2013, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 25022.

es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso.

5.2. Testimonial.

Dentro del proceso se recibieron las declaraciones de los señores Juan Agustín Palacios Bejarano, Jorge Alberto Mendoza Corchuelo, Luis Eduardo Rodríguez Lourido y Víctor Firstman Mizrachi³⁰.

5.3. Interrogatorio de parte.

El contratista rindió declaración de parte que obra a folios 692 a 696 del cuaderno No. 2 del expediente.

5.4. Dictamen pericial.

A folios 1 a 126 del cuaderno número 13 del expediente obra dictamen pericial solicitado por la parte demandante; a folios 316 a 318 del cuaderno número 2 obra solicitud de aclaración y complementación del experticio; a folios 1 a 184 del cuaderno número 15 obra respuesta de los peritos a la anterior solicitud y, por último, a folios 328 a 329 obra objeción por error grave presentada por la parte demandada en contra de la experticia.

Debido a que en la sentencia de primera instancia no se resolvió acerca de la objeción que por error grave que formuló la parte demandada en contra del dictamen pericial rendido el 16 de diciembre de 1998, resulta indispensable en esta instancia pronunciarse al respecto, para ello la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

5.4.1. La objeción por error grave del dictamen pericial.

³⁰ Folios 690 a 691 y 701 a 708 del cuaderno No. 2.

Según se desprende de lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la finalidad de la experticia como medio probatorio es la de verificar hechos que interesan al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

De conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el cual regula el tema de la contradicción del dictamen pericial, establece que el mismo debe ponerse en conocimiento de las partes, quienes podrán pedir aclaraciones o complementaciones, así mismo, cualquiera de las partes de un proceso judicial –con mayor razón ambas - pueden hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo, caso en el cual el juez deberá decretar las pruebas pedidas y las que considere necesarias para establecer la existencia o no del referido error, pudiendo decretar aún de oficio un nuevo dictamen pericial.

Ahora bien, para que se configure el “*error grave*” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil; así lo han sostenido tanto la doctrina³¹ como la jurisprudencia³².

³¹ “[E]l Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:

“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción modernos de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase “*Precis de Philosophie*”, por Paul Foulqui., profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).....pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?.....Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin

De acuerdo con lo anterior, la objeción por error grave procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por la falencia a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia³³.

embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial..... **Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.**

“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. (U. Nacional de Colombia 3a. Edición 1951, pags. 230 y ss).” (Citado por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de mayo 30 de 1991, Radicado 3577, C. P. Julio César Uribe Acosta) - (negrillas por fuera del original)

El tratadista Jaime Azula Camacho al conceptuar que respecto del error grave de una experticia sostuvo que “el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den o falsas las conclusiones que de ellos se deriven” (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI ‘Pruebas Judiciales’. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286).

Gustavo Humberto Rodríguez afirmó que “El error grave no es la documentación deficiente, sino que resulta de conceptos objetivamente equivocados, en forma grave. Debe tratarse de errores de hecho, no de derecho. La jurisprudencia ha dicho que el error de hecho consiste en creer probado un hecho no demostrado, o al contrario; y que lo que lo hace grave es ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones” (RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Compendio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1983).

Para Rosember Emilio Rivadeneira: “El dictamen será objetado por error grave cuando la equivocación en la que haya incurrido el perito sea de tal magnitud que contraría la objetividad de los hechos o la naturaleza de las cosas, de manera tal que si en él no se hubiere incurrido otro fuera el sentido de las conclusiones.” (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. Manual de derecho probatorio administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2008).

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia del 15 de abril de 2010, radicación interna No. 18014; Sentencia del 15 de abril de 2010, radicación interna No. 18014; Sentencia de la Sección Tercera de mayo 5 de 1973 -Radicación 1270.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993, expediente 3446. Sentencia del 31 de octubre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 20912, C.P. Danilo Rojas Betancourth. “(...) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ‘... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus

5.4.2. La objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial rendido en primera instancia.

Según se extrae del contenido del dictamen rendido el 16 de diciembre de 1998, los peritos, con base en los documentos que obran en el expediente, los suministrados por la partes y la visita efectuada al lugar de la obra se ocuparon, en términos generales, del estudio de los siguientes temas: *i)* los perjuicios causados al demandante con ocasión del incumplimiento y la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992; *ii)* el programa de obra y el plano record de obra construida solicitadas en los pliegos de condiciones y la interventoría; *iii)* la tubería sobrante en los barrios, una vez efectuado el balance por le Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; *iv)* la forma correcta de construcción de un alcantarillado; *v)* las actividades realizadas, obras sin realizar y sin comenzar, ajustes de obras y cambio de diseños por la existencia de acueductos y alcantarillados clandestinos; *vi)* el estudio de las condiciones de los terrenos³⁴.

El Tribunal Administrativo *a quo*, mediante auto de 28 de enero de 1999, ordenó el traslado a las partes para los fines previstos en el numeral 1 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil³⁵, oportunidad en la cual la parte demandada solicitó aclaración y complementación del experticio³⁶.

Una vez rendidas las aclaraciones y complementaciones solicitadas, el Tribunal de primer grado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, corrió traslado del dictamen pericial, oportunidad en la cual la parte demandada lo objetó por error grave con fundamento, en suma, en los siguientes argumentos:

conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...'.

³⁴ Obra a folios 5 - 6 del cuaderno No. 15 relación sobre documentos suministrados por las partes.

³⁵ Folio 303 cuaderno principal de primera instancia.

³⁶ Folios 316 – 318 del cuaderno principal de primera instancia.

“Mediante memorial presentado por el suscrito a ese Tribunal el día 11 de febrero de 1999, se solicitó ordenar a los peritos hacer algunas aclaraciones y complementaciones, en relación con el trabajo pericial por ellos presentado. En el mencionado memorial se solicitaron aclaraciones y complementaciones sobre numeral y temas tales como: 3.1.1.1 relativo a programas y plazos de ejecución; 3.2 sobre el cumplimiento que dieron las partes a aspectos tales como plazo, formas de pago, ajustes, obras extras, cambios de especificaciones y diseños, ampliación de plazos, etc; 3.3 sobre el suministro de los planos de construcción; 3.4 sobre actividades realizadas, obras sin realizar y sin comenzar, ajustes de obras y cambios de diseños; 4.1.4. sobre el estudio de los suelos de cada uno de los barrios, establecer la razón de la diferencia de valores citadas por los peritos, presentación de documentos y soportes fundamento de los perjuicios tasados, aclaración sobre el AUI, aclaración sobre personal y maquinaria de que disponía el contratista, etc.

La solicitud formulada por el suscrito dio lugar a que el Despacho ordenara a los señores peritos, la complementación y aclaración de su trabajo en la forma requerida.

Los señores auxiliares presentan ahora un trabajo en el cual ellos mismos dicen: ‘Repetimos el dictamen pericial con las modificaciones hechas a mutuo propio y con las aclaraciones solicitadas’.

‘Para una mayor claridad y a mutuo propio aclaramos varios puntos del dictamen inicial de acuerdo a la nueva información suministrada por las partes’.

Se aprecia entonces claramente en el nuevo trabajo de los peritos, que ellos no dieron cumplimiento a lo solicitado por el suscrito y ordenado por el Despacho, de aclarar y complementar en la forma puntual requerida y en los términos solicitados, los numerales que igualmente fueron citados en el mencionado escrito.

Por lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 238 del C. de P.C., me permito objetar por error grave el dictamen pericial, pues al no darse cumplimiento a lo solicitado y ordenado por el Despacho, las conclusiones a que llegaron los peritos carecen de soporte y fundamentos serios, al desconocer el contenido de las observaciones, reparos y objeciones que se formularon a su trabajo inicial, las cuales fueron ignoradas de manera total”³⁷.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de auto calendado el 6 de agosto de 2001 ordenó dar traslado del escrito de objeción; la parte demandante guardó silencio³⁸.

³⁷ Folios 328 a 329 cuaderno No. 2.

³⁸ Folio 339 cuaderno No. 2.

Ahora bien, no advierte la Sala la existencia de errores graves en la experticia rendida por los peritos, por cuanto no se demuestra *“una falla de entidad en el trabajo de los expertos”*³⁹, por cuanto el error grave de una experticia es *“el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven”*⁴⁰, sino que únicamente se limitó a disentir de sus conclusiones, por no haberse aclarado y complementado en la manera que, según adujo la parte actora, se había solicitado.

Adicionalmente, considera la Sala que en el dictamen rendido por los peritos no se observa a primera vista la existencia del error grave, por cuanto la materia sobre la cual versó corresponde al objeto del proceso, sus conceptos y conclusiones se encuentran soportados en pruebas obrantes en el expediente y los documentos solicitados directamente a la entidad pública demandada, por lo cual el dictamen cumple con los requisitos previstos en el numeral 6 del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, diferente es el hecho de compartir o no las conclusiones a las cuales llegaron los peritos, tema sobre el cual se pronunciará la Sala en la valoración de la prueba. Por todo lo anterior, la objeción por error grave no tiene la virtud de prosperar.

6. Régimen jurídico aplicable al Contrato No. 363 del 5 de octubre de 1992.

El Decreto 222 de 1983 en su artículo 16 clasificó, entre los contratos de naturaleza administrativa, el de obra pública y en su artículo 81 lo definió como aquél que se celebra para la *“construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público”*.

Así las cosas, comoquiera que el Contrato No. 363 se celebró el 5 de octubre de 1992, esto es, en vigencia del Decreto 222 de 1983, y que su objeto consistió en ejecutar *“La construcción de acueducto, alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario en barrios*

³⁹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Pruebas. Dupré Editores, Bogotá D.C. 2001, página 235.

⁴⁰ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI 'Pruebas Judiciales'. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286.

subnormales de la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. – Zonas 5, 6 y 18”, resulta claro que el régimen jurídico que le es aplicable en lo sustancial es el contenido en la citada normativa, razón por la cual será bajo este que se estudiará el litigio que se originó con ocasión de su ejecución.

7. El caso concreto.

7.1. La pretensión consecuencial de incumplimiento.

Como se señaló con anterioridad, la pretensión de incumplimiento - de la cual depende la pretensión de anulación de las Resoluciones 0136 del 2 de mayo y 0315 del 15 de agosto de 1995 y la de resarcimiento de perjuicios -, se planteó en la demanda como un cargo en contra de los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, y, a su vez, como consecuencial a dicha pretensión anulatoria, pues, a juicio de la parte actora, fueron los incumplimientos de la entidad pública los que impidieron que el contratista terminara las obras en el tiempo pactado.

Desde este punto de vista considera la Sala que la parte demandante alegó a su favor de manera implícita la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil, a cuyo estudio se procederá, pues, como se advirtió en precedencia, aunque la nulidad decretada en primera instancia en relación con los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad de contrato 363 de 1992 no fue objeto de apelación, la pretensión de incumplimiento, cuya negativa si fue apelada, se planteó como consecuencial de aquella.

La figura de la “*excepción de contrato no cumplido*” se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C. en los siguientes términos:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Esta figura es propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, cuyo fundamento se encuentra en los principios de la equidad y de la buena fe⁴¹, ha sido instituida para impedir que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento mientras ella misma no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben⁴².

La excepción de contrato no cumplido, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales, de conformidad con los apartes que se transcriben a continuación:

“El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal del derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.”⁴³

No basta pues que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí, deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno por donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, ¿cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable”⁴⁴.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

⁴² Pérez Vives Alvaro, Teoría General de las Obligaciones, Bogotá, Editorial Temis, 1953.

⁴³ Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, entre otras, Sentencias del 15 de septiembre de 1983, Exp. 3244; de 25 de junio de 1987; Exp. 4994; de 31 de enero de 1991, Exp. 4739 y 4642; de 15 de mayo de 1992, Exp. 5950 y de 17 de enero de 1996, Exp. 8356.

⁴⁴ Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, Sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739.

Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia⁴⁵ que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: *i)* La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “*do ut des*” (te doy para que me des); *ii)* el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; *iii)* que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, *iv)* que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; *v)* el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

Adicionalmente, en sentencia proferida el 16 de febrero de 1984⁴⁶ se precisó que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo* (art. 83 Constitución Política).

En el marco de la pauta jurisprudencial reseñadas, procede la Sala a estudiar los incumplimientos en los que habría incurrido la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá respecto del contrato 363 de 1992, los cuales, a juicio de la parte actora, habrían sido determinantes en el no cumplimiento de sus propias obligaciones:

a) Incumplimientos relacionados con el pago del anticipo del contrato.

En la cláusula sexta del contrato 363 de 1992, denominada “*FORMA DE PAGO*”, además de otros aspectos, las partes pactaron que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá cancelaría al contratista un equivalente al 25% del valor del contrato dentro de los 30 días calendario siguientes “*a la presentación de la respectiva cuenta de cobro y una vez*

⁴⁵ Sección Tercera, entre otras, ver sentencias de 19 de septiembre de 2002, Exp.12726; de 15 de marzo de 2001, exp. 13415; del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530; del 17 de octubre de 1995, Exp. 8790; del 21 de febrero de 1992, Exp. 5857 y del 13 de abril de 1999, Exp. 10131.

⁴⁶ Expediente 2509. Actor: Cadavid Herrera Limitada.

se haya perfeccionado este contrato y hayan sido presentados por el CONTRATISTA y aprobados por la EMPRESA, los programas detallados de construcción, de inversiones mensuales y de inversión del anticipo”.

Según la parte actora, la entidad incumplió sus obligaciones en relación con este aspecto, por cuanto, además de haber realizado el pago del anticipo “*un año después de haberse suscrito el contrato y casi dos después de que se presentara la oferta*”, cuando lo hizo no pagó el 25% sobre el valor real del negocio jurídico, sino sobre su valor fiscal, lo cual habría puesto al contratista en imposibilidad de iniciar las obras dentro de la oportunidad que tenía presupuestada para ello y, a su vez, habría afectado financieramente el desarrollo del contrato, pues, según aseveró, la demora para iniciar los trabajos implicó para el contratista que los precios calculados a la hora de elaborar la propuesta no fueran suficientes ni siquiera para sufragar los costos de la realización de la obra.

El fundamento de la demanda que en este punto de la providencia es objeto de análisis encuentra sustento en dos supuestos: el primero, la demora en la iniciación de las obras atribuibles, según la parte actora, a la entidad pública demandada y, el segundo, la incidencia de esta circunstancia en la ejecución del contrato.

En cuanto a lo primero, es decir, la demora en el pago del anticipo y, en consecuencia, en la iniciación de las obras, según lo dicho en la demanda, se habría dado en razón de dos circunstancias: *i)* la entidad pública carecía de disponibilidad presupuestal para cancelar el anticipo, por lo cual, según se aseveró, la Empresa se habría aprovechado de esa situación para no tener que desembolsar los dineros correspondientes a ese concepto y por ello habría rechazado en varias oportunidades los programas presentados, lo que habría disfrazado mediante la exigencia del cumplimiento de requisitos no contemplados en el contrato ni comunes para el tipo de obra que se debía ejecutar, así como también mediante la presentación de programas no previstos ni en el pliego de condiciones ni en el contrato y *ii)* la demora en el nombramiento del interventor del contrato.

i) Presentación y aprobación del programa detallado y definitivo de ejecución del contrato y de inversiones mensuales.

Para resolver si le asiste razón a la parte recurrente en el planteamiento expuesto, resulta necesario remitirse a lo dispuesto en el pliego de condiciones que rigió la Licitación Pública PAS-AB-10-92, que hace parte integrante de contrato 363 de 1992, así como a lo estipulado por las partes en el contrato mismo.

En el numeral 16 de la Sección II “*INSTRUCCIONES A LOS LICITANTES*” de la Licitación Pública PAS-AB-10-92 para la “*construcción de redes de acueducto, alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario en barrio subnormales de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., zonas 5, 6 y 18*”, en relación con el plazo y la programación de los trabajos se dispuso los siguiente:

“16. PROGRAMA Y PLAZO DE EJECUCION”

Los proponentes deberán presentar sus ofertas teniendo en cuenta el PLAZO UNICO fijado por la EMPRESA para la ejecución de las obras objeto del contrato al cual deberá ceñirse estrictamente el proponente...

(...)

*El proponente respaldará su propuesta en término de plazo solicitado con un **programa general** de los trabajos que tiene que realizar.*

***Este programa deberá elaborarse para la obra objeto de la presente licitación y será presentado en forma de gráfico de barras**, indicando los tiempos e inversiones para la ejecución de las obras, así como el plazo total en días calendario necesario para su terminación definitiva.*

Si la propuesta no se ajustare al plazo único indicado por la EMPRESA su propuesta será rechazada⁴⁷ (Destaca la Sala).

En lo que al contrato 363 de 1992 corresponde, se encuentra que en el numeral 22.1 de la cláusula vigésima segunda⁴⁸ las partes acordaron que dentro de los 15 días siguientes a su perfeccionamiento el contratista debía presentar para aprobación ante la Empresa un “**programa detallado y definitivo de ejecución del contrato y de inversiones mensuales**”, lo cual era indispensable para el pago del anticipo, de conformidad con lo pactado en la cláusula tercera previamente transcrita.

⁴⁷ Folios 88 y 89 del cuaderno No. 14.

⁴⁸ Folio 17 del cuaderno No. 2.

Igualmente, en el numeral 22.3 de la cláusula vigésima segunda, los contratantes estipularon que *“los programas definitivos de construcción y de inversiones deberán indicar las cantidades de obra y las inversiones mensuales que el CONTRATISTA efectuará para cada uno de los ítems de pago de este contrato, los equipos y personal que se utilizarán para cada una de las etapas de la obra contratada, lo mismo que las fechas de iniciación y terminación de las distintas actividades”*.

De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala que en el pliego de condiciones se solicitó a los proponentes la presentación de un *“programa general”* de los trabajos a realizar teniendo en cuenta el tiempo e inversión para la ejecución de la obra, lo que deberían hacer a través del sistema de barras, únicamente con el fin de respaldar su propuesta en términos del plazo solicitado por la entidad licitante, mientras que en el contrato lo que se exigió fue la presentación de un *“programa detallado y definitivo de ejecución del contrato y de inversiones mensuales”*, como presupuesto para el pago del anticipo.

Ahora bien, alega el demandante que, a pesar de no haber sido señalados ni en los pliegos de condiciones ni en el contrato, para el pago del anticipo le fue exigida la presentación de programas de suministro de tuberías y de impacto urbano, lo cual le habría tomado mayor tiempo para que se aprobaran los programas presentados y, en consecuencia, para la cancelación del anticipo y la iniciación de las obras, argumento que la Sala no encuentra de recibo por las siguientes razones:

El objeto del contrato, según lo pactado por las partes en la cláusula segunda, consistió en *“la construcción de redes de acueducto y alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario en barrios subnormales de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., Zonas 5, 6 y 18, en las cantidades, precios y plazos consignados en los Anexos Nos. 1 y 2 de este contrato y con las **especificaciones técnicas y demás condiciones establecidas para su ejecución.** En desarrollo del objeto contractual, el CONTRATISTA **se compromete a efectuar todos los trabajos necesarios para que las mencionadas obras puedan destinarse al fin para el que fueron diseñadas (...)**”* (Destaca la Sala).

Pues bien, en cuanto al programa de suministro de tuberías concierne debe tenerse en cuenta que, como se evidencia sin mayor dificultad a partir del objeto contractual y como expresamente se indicó en la demanda, la instalación de tubería era una de las partes más importantes para desarrollar el proyecto, por lo cual resultaba apenas razonable considerar que cuando en la cláusula vigésima segunda del contrato se exigió la presentación de un “*programa detallado*” de “*ejecución de obra*”, en éste debían incluirse todos los aspectos relacionados con ese ítem, incluido su suministro por parte de la entidad pública contratante, pues si bien la provisión de este material estaba a cargo de ella, era al contratista a quien correspondía determinar, según su programa de obras, en qué cantidad y tiempo iba a requerir la tubería, por lo cual, claramente, el señalado era un aspecto relevante e indispensable para el desarrollo adecuado de los trabajos, pues, en gran medida, de éste dependía el engranaje y coordinación que debía existir entre las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la buena ejecución del contrato.

De hecho, así lo entendió el contratista, pues en la demanda se manifestó textualmente “... *Debe resaltarse que, era deber de la Empresa suministrar al contratista la citada tubería de manera que no se fuera atrasar la ejecución del contrato, en parte para ello se le había solicitado a éste la programación de la construcción de la obra*”.

En lo que al programa de impacto urbano concierne, considera la Sala que también debía ser incluido en el “*programa detallado de ejecución del contrato*”, ya que, según se definió en la cláusula segunda de negocio jurídico, la construcción de las redes de acueducto y alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario debía desarrollarse según las especificaciones técnicas, en las cuales se definió expresamente el tema de impacto urbano, así:

“IMPACTO URBANO

ALCANCE

Este capítulo tiene como objetivo establecer las normas de conservación del entorno humano en las áreas destinadas a las obras y adyacentes a las mismas. (...) El contratista deberá adoptar los controles y medidas para preservar el bienestar urbano y la seguridad de la población, así como para conservar la circulación vehicular y los demás servicios públicos. Incluye igualmente la implementación de mecanismos para minimizar las dificultades que resulten de la necesidad de efectuar desvíos de tránsito y de la reconstrucción o

*relocalización de los servicios que se vean afectados por la obra y establecer las normas para medida y pago de la parte **de la obra relacionada con este aspecto***” (Destaca la Sala).

Adicionalmente, en el acápite denominado “*SISTEMAS DE INFORMACION Y COMUNICACIÓN SOCIAL*”, de las especificaciones técnicas de Impacto Urbano, se indicó que “*el contratista deberá elaborar una serie de programas de comunicación social con sus respectivos presupuestos...*”⁴⁹.

De conformidad con todo lo anterior y teniendo en cuenta también que de acuerdo con la cláusula segunda del contrato 363 de 1992, el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez se comprometió a efectuar todos los trabajos necesarios para que las obras pudieran realizarse y dado que el trabajo de impacto urbano, según se acaba de ver, hacía parte de la obra, se concluye que lo relacionado con este aspecto estaba incluido en el programa detallado de ejecución de obra exigido por la entidad para la entrega del anticipo.

En lo que a los requerimientos que se hicieron al contratista para que el programa detallado de ejecución fuera presentado tramo a tramo, considera la Sala que si bien no se especificó en esa forma en el contrato, lo cierto es que, según se desprende de los planos⁵⁰, de las comunicaciones y notas de campo, tanto del contratista como de la interventoría, la construcción de la redes de acueducto y alcantarillado contratadas se diseñó para ser desarrollada tramo a tramo, por lo cual la presentación de un programa “*detallado*” de ejecución de la obra implicaba que así fuera presentado.

Se observa que para dar cumplimiento a la obligación de presentar los referidos programas, el contratista, mediante comunicación JHVR-592 del 20 de noviembre de 1992, entregó al Jefe de División de Interventoría - Zona Sur - de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, “*la Programación de Actividades a desarrollar en los contratos 363/92 y 365/92, al igual que el flujo de inversiones valorizado acumulativa y periódicamente para el total de las actividades*”⁵¹, que, a través de oficio 8422-93-032 del 22 de enero de 1993⁵², esto es, aproximadamente 2 meses después de presentados los programas, el Director de

⁴⁹ Folios 153 a 163 del cuaderno No. 14.

⁵⁰ Así se desprende de las convenciones indicadas en el plano que obra a folio 185 del cuaderno No. 5.

⁵¹ Folio 263 del cuaderno No. 2.

⁵² Folio 265 del cuaderno No. 2.

Interventoría solicitó que se detallara y se actualizara la programación de las obras que se debían adelantar en los contratos 363 y 365, lo cual comprendía: “*C.P.M. tramo a tramo, programa de inversiones, programa de inversiones de anticipo, programa de impacto urbano y programas de suministro por parte de la EAAB*”, petición que fue reiterada a través de oficio 8421-93-065 del 10 de febrero de 1993⁵³, es decir, aproximadamente 20 días después de la primera solicitud.

Así mismo, se encuentra establecido que, aproximadamente dos meses después de que le fuera solicitado al contratista que se detallara y actualizara la programación de las obras que se debían adelantar, el 29 de marzo de 1993, a través de comunicación JHVR-131, éste presentó los programas de trabajo de todos los barrios del contrato 363 de 1992, así mismo, que el 30 de marzo de 1993, mediante comunicación JHVR-130, presentó la programación de actividades a desarrollar en el contrato 363 de 1992 en relación con el acueducto, alcantarillado sanitario y alcantarillado combinado para el barrio La Paz, fase I y II, comunicación que fue respondida por el Jefe de Departamento de Interventoría - Zona Sur - el 12 de abril informándole que la evaluación del programa sería dado al día siguiente⁵⁴.

El 14 de abril de 1993, mediante oficio 8412-93-285, se remitió al contratista copia del formato propuesto para la programación resumida del suministro de tubería de acueducto, con el objeto de agilizar y unificar los criterios de su presentación, al día siguiente - 15 de abril de 1993 - se le entregaron al contratista los planos de construcción correspondientes al contrato para “*efectuar ajustes a los borradores de los programas de obra*”; el 27 de abril de 1993 se le informó que la programación detallada del contrato remitida mediante comunicación radicada bajo el número 597670, sin fecha, se revisaría de manera inmediata y se citó al contratista a una reunión para el día 28 día abril para realizar las observaciones pertinentes⁵⁵.

⁵³ Folio 110 del cuaderno No. 3.

⁵⁴ Folios 266, 267 Y 268 del cuaderno No. 2.

⁵⁵ Folios 116 y 316 del cuaderno 3, folios 270 a 272 del cuaderno 2.



Mediante oficio 8412-93-349 del 29 de abril de 1993⁵⁶, se le comunicaron al contratista las observaciones que se hicieron a los programas presentados en reunión del día anterior, entre ellas, se destacan las siguientes:

En el barrio El Portal - acueducto - faltaban incluir algunos tramos y se solicitó que en los que habían sido agrupados se presentaran tramo a tramo; en el barrio El Portal - alcantarillado - se indicó que únicamente se tenía la copia del primer borrador del programa y que estaba pendiente la entrega de la copia del programa definitivo; en el Barrio La Paz - alcantarillado combinado - se pidió aclarar que el programa comprendía tanto la parte exclusiva de aguas negras como de las combinadas, además que el tramo 67A-67 no aparecía en planos; en el barrio Duitama - alcantarillado - se pidió verificar el diámetro de unos tramos y se indicó que el tramo 6-5 estaba repetido en el programa y en el barrio Moralva se indicó que un tramo estaba repetido y, en relación con otro, que no existía en planos.

Consta en el expediente que el 28 de mayo de 1993, es decir un mes después de realizadas las anteriores observaciones, se solicitó al contratista agilizar las correcciones generales requeridas en los programas de obra detallados para proceder a la radicación de la cuenta de cobro.

Finalmente, el 31 de mayo de 1993 se emitió la orden de pago No. 158492 para el pago del anticipo por valor de \$167'569.369,40, correspondientes al 25% del valor del contrato pactado en la cláusula tercera en \$670'277.477,50, pago que, según afirmaron ambas partes y consta en el documento denominado "*Ordenes de pago del contrato 363*", se habría hecho efectivo el 18 de junio de esa misma anualidad⁵⁷.

A partir de la información recopilada en relación con este aspecto, queda establecido que entre la primera vez que se presentaron los programas exigidos en el contrato como presupuesto para el pago del anticipo y la cancelación de este rubro transcurrieron aproximadamente 7 meses, tanto por demoras imputables a la entidad contratante en la presentación de observaciones a los programas, como por causas imputables al contratista

⁵⁶ Folios 118 a 120 del cuaderno No. 3.

⁵⁷ Folios 122, 93 y 363 del cuaderno No. 3.

al realizar las correcciones pertinentes, demoras que en su caso el demandante pretendió justificar señalando que le fueron exigidos requisitos y programas no contemplados ni en el pliego de condiciones ni en el contrato, argumento que, por las razones antes expuestas, no puede ser aceptado ni tenido en cuenta como justificante de los incumplimientos en los que incurrió y con fundamento en los cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992.

Al sustentar el recurso de apelación indicó la parte actora que el dictamen pericial rendido dentro del proceso había sido claro en señalar que el contratista cumplió con el suministro del cronograma de obra de conformidad con el pliego de condiciones, por lo cual consideró que la referida prueba era suficiente para sacar adelante este argumento.

En relación con lo anterior corresponde a la Sala reiterar que en los programas indicados en el pliego de condiciones y a los cuales hicieron alusión los peritos que dictaminaron en el curso de este proceso eran de carácter “*general*” y tenían como objetivo respaldar las propuestas presentadas en términos del plazo solicitado por la entidad licitante, mientras que el programa exigido en el contrato era uno diferente y respecto del cual no se hizo mención en el dictamen, razón por que, en este punto, la referida prueba no resulta demostrativa del hecho alegado por la parte actora.

Es importante también precisar que si bien la parte actora se refirió a un presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que la configuración del mencionado fenómeno, respecto del cual, valga aclarar, no se pidió su declaratoria, se atribuyó al incumplimiento en el que habría incurrido la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al supuestamente demorar el pago del anticipo, razón por la cual se considera que pese a la mención de esa figura, el debate no rebasa el marco de la excepción de contrato no cumplido alegada de manera implícita por la parte actora⁵⁸.

En relación con este aspecto, resulta oportuno detenerse en las diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico - financiero del contrato y el incumplimiento

⁵⁸ Sobre la diferencia entre la figura del incumplimiento y la del rompimiento del equilibrio económico, ver entre otras, las siguientes providencias proferidas por esta Subsección: Exp. 31431 del 27 de noviembre de 2013; Exp. 20524 del 14 de marzo de 2013 y Exp. 26219 del 26 de febrero de 2014.

contractual. Sobre este aspecto se pronunció la Sala recientemente de la manera que sigue⁵⁹:

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

(...).”

En consideración a lo anterior y como quiera que, según lo que viene de exponerse, a la parte demandante también le asistió responsabilidad en relación con el tiempo transcurrido entre la presentación y la aprobación de los programas detallados de ejecución del contrato y de inversión mensuales, establecidos como presupuesto para el pago del anticipo, tampoco es posible aceptar el argumento que planteó en el sentido de señalar que la

⁵⁹ Sentencia proferida el 14 de marzo de 2013 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Rad. No. 20.524. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

presunta alteración financiera que se habría generado por la antedicha circunstancia y que habría afectado el desarrollo normal de las obras fuera atribuible exclusivamente a la parte demandada, esto, además, por las siguientes razones:

Encuentra la Sala establecido que, por petición del contratista y ante la demostrada demora que existió entre la fecha de celebración del contrato y el pago del anticipo por causas imputables a ambas partes, la entidad accedió a restablecer el equilibrio económico del negocio jurídico y para ello suscribió, junto con él, el otrosí No. 1⁶⁰, por medio del cual se aclaró el numeral 6.3 “AJUSTE DE PAGOS” de la cláusula sexta, previo concepto favorable emitido por el Director Jurídico de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en respuesta al oficio 8421-93-341 el 20 de septiembre de 1993⁶¹, por medio del cual la Interventoría había solicitado concepto sobre la petición del contratista relacionada con la actualización o ajuste de anticipo por mora en el pago del mismo y la actualización de precios del contrato. Dice así el concepto:

*“Respecto a la **actualización o ajuste del anticipo**, esta oficina, revisado el expediente, encuentra que efectivamente el pago por este concepto estaba sujeto a una condición cual era la de presentar por parte de contratista los programas de trabajo. Esta situación no obstante ser un pacto contractual, adolece de la solución que permita mantener el equilibrio financiero de contrato.*

El hecho de que hayan transcurrido varios meses entre la firma del contrato y el cumplimiento del contratista a la condición suspensiva, efectivamente rompe el equilibrio financiero previsto y debe subsanarse en aras a una correcta ejecución contractual, sin que el hecho sea imputable efectivamente a ninguna de las partes.

*Así las cosas, esta oficina conceptúa que **debe procederse a DESCONGELAR el factor de anticipo en la fórmula de tal manera que cubra el 100% del contrato hasta la fecha en que se entregue o haya entregado dicho anticipo.***

*Ahora bien, **respecto de la actualización de precios del contrato, esto no es procedente por cuanto se contempló como una fórmula de reajuste que mantiene el valor en el tiempo.** (...). (Destaca la Sala).*

Se desprende de lo anterior que la entidad contratante reconoció la existencia de una alteración de las condiciones económicas del contrato y que para remediar la situación

⁶⁰ Folios 79 y 80 de cuaderno No. 2 y 88 y 89 del cuaderno No. 3.

⁶¹ Folios 677 y 678 del cuaderno No. 3.

procedió, de común acuerdo con el contratista, a descongelar el factor del anticipo de la fórmula; no obstante ello, la parte demandante aseveró que dicha modificación no logró su cometido y que ello habría afectado el desarrollo del proyecto.

Al respecto, es necesario señalar que si bien los peritos se manifestaron en sentido favorable para el demandante en relación con este aspecto, lo cierto es que el dictamen, en lo que a ese punto concierne, no puede tenerse en cuenta como sustento de lo alegado por la parte actora, toda vez que la experticia no se encaminó a demostrar que la fórmula de ajuste de pagos, en la forma que fue modificada y aplicada al contrato, hubiere sido insuficiente para mantener las condiciones económicas del mismo, lo cual se infiere porque los peritos la tomaron, sin ninguna variación, para actualizar el valor del contrato, y para, a partir de ahí, reajustar el valor del anticipo, pero sin antes explicar por qué la fórmula modificada y aplicada no habría logrado restablecer las condiciones económicas del negocio jurídico en relación con el valor de este rubro, no empero que, según se desprende de concepto emitido por la Dirección Jurídica de la Empresa contratante, ese fue su objeto.

En cuanto a la actualización de precios, es importante recordar que la fórmula de reajuste se ha considerado como una medida preventiva⁶² a la que se ha hecho alusión, inclusive a nivel normativo, para afrontar la posible alza que por el sólo transcurso del tiempo puede ocasionarse en relación con los valores globales o unitarios de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida, capaz de afectar negativa y significativamente a cualquiera de las partes del contrato, haciéndola incurrir en mayores costos de los presupuestados inicialmente, porque a la hora de ejecutar las obras o servicios, los materiales, equipos y mano de obra no valdrán lo mismo que valían en la fecha en que se presupuestaron y se calcularon sus costos.

En efecto, en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, el legislador previó la posibilidad de que en los contratos a precio global o a precios unitarios se pactaran revisiones periódicas en función de las variaciones que podrían ocurrir en los factores determinantes de los costos, lo cual, según el mismo artículo, podía establecerse a través de fórmulas matemáticas incluidas en el contrato mismo.

⁶² Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente: 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912)

Resulta pues evidente que la probabilidad del alza de precios por el sólo transcurso del tiempo no es una situación imprevisible y que, por el contrario, la figura del reajuste es una medida preventiva que se adopta para enfrentar la eventual ocurrencia de dicha probabilidad, de tal manera que, cuando ésta se ha incluido en el contrato y ha sido aplicada por las partes, ha de entenderse que la probabilidad se materializó, pero que fue subsanada.

No obstante lo anterior, puede ocurrir que, como lo alegó la parte actora en este caso, la fórmula de reajuste pactada resulte ser insuficiente para restablecer las condiciones económicas esperadas para el desarrollo del contrato, pero en tal evento a la parte afectada le corresponderá demostrar dicha circunstancia, acreditando los mayores costos asumidos y la insuficiencia de la fórmula de reajuste para cubrirlos, lo que en el presente caso no se demostró.

En relación lo anterior, cabe mencionar que en el dictamen pericial, al hacer mención al *“costo directo por modificación de la fórmula de reajuste valor anticipo dejado de percibir traído a mayo de 1994”*, los peritos indicaron que *“como es de conocimiento público a principios del año los valores de mano de obra, maquinaria, equipo y materiales suben”*; sin embargo, por las razones que vienen de exponerse, esa sola circunstancia no implica que la fórmula de reajuste no hubiere sido suficiente para mantener en el tiempo las condiciones económicas del contrato, pues, como se ha visto, su inclusión persigue justamente ese objetivo, además de que tampoco obran en el expediente otros medios demostrativos como facturas o cotizaciones que permitan arribar a esa conclusión.

Así las cosas, no es posible declarar la excepción de contrato no cumplido planteada por la parte actora, por los temas analizados en este acápite, pues queda establecido que los aspectos a los que aludió y que, según dijo, habrían afectado el normal desarrollo del contrato, también fueron de su responsabilidad, circunstancia ésta que torna en innecesario realizar un pronunciamiento en relación con la mora en la que habría incurrido la entidad en el nombramiento de la interventoría técnica del contrato, esto, además, porque, según consta en oficio 8421-93-0003⁶³, dicho nombramiento se efectuó el 15 de enero de 1993, es

⁶³ Folio 104 del cuaderno No. 3.



decir mucho antes de la fecha en que se procedió al pago del anticipo - 18 de junio de 1993 - y a la fecha en que se ordenó la iniciación de las obras.

b) Incumplimientos que habrían afectado el flujo de caja del contratista y, consecuentemente, la ejecución del contrato.

Se aseveró en la demanda que, además de las anteriores circunstancias, la situación financiera del contrato y, por contera de su ejecución, se habría visto afectada con ocasión de la imposición al contratista de unas multas por un monto mayor al pactado, por la cesación de pago de cualquier cuenta de cobro a partir del mes de marzo de 1994, no solo en relación con el contrato 363 de 1992, sino también en relación con los contratos 365 de 1992 y 401 de 1993, y por la negativa de la entidad de aceptar el endoso de las cuentas o la negociación del pago anticipado de las mismas.

En cuanto a las multas, alegó la parte apelante que le fueron impuestas por un valor diez veces superior al pactado en el contrato, valor que se vio obligado pagar, por cuanto su no cancelación le sirvió de base a la Empresa para negarse a cancelar las cuentas que presentó para su cobro desde el mes de marzo de 1994, situación que, según aseveró, persistió a pesar del pago.

Sea lo primero precisar que la validez de los actos administrativos por medio de los cuales le fueron impuestas las mencionadas multas al contratista no es objeto de estudio en el presente litigio, toda vez que ninguna de las pretensiones se encaminó a desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos, sino que su mención en la demanda y, en consecuencia su estudio en la presente providencia, se centra en el impacto que el mayor valor cobrado en virtud de su imposición y la retención de dineros para amortizar el pago de la sanción habría tenido para la ejecución del objeto pactado en el negocio jurídico.

En ese contexto, lo primero que ha de determinarse es si en realidad el valor impuesto por concepto de multas fue superior al que correspondía según lo pactado en el contrato, respecto de lo cual se encuentra en el proceso que mediante Resolución No. 1788 del 2 de noviembre de 1993, se impuso al contratista una multa equivalente al *“5% del valor fiscal del contrato, es decir, a la cantidad de TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TRECE*

MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON 87/100 (\$33'513.873,87) M/CTE", acto administrativo que fue confirmado mediante Resolución No. 0015 del 27 de enero de 1994⁶⁴.

Se encuentra también que el 23 de junio de 1994, el valor impuesto por concepto de multas fue cancelado por el contratista⁶⁵ y que, posteriormente, mediante oficio 7420-94-1448 del 8 de septiembre de 1994⁶⁶, suscrito por el interventor de la obra, se reconoció que el valor impuesto y cancelado fue superior al que realmente correspondía. Al respecto en el señalado oficio se hicieron las siguientes consideraciones:

"En este análisis se aprecia que el atraso en el frente Chuniza es de 222 días y por lo tanto de acuerdo a la cláusula de multas se debe tomar el 0.2 por mil por cada día de atraso, siendo así que el porcentaje resultante es igual a $0.0002 \times 222 = 4.44\%$ del valor fiscal del contrato. Como el valor consignado por el contratista fue del 5% del valor del contrato tendríamos:

<i>Valor consignado por el contratista</i>	<i>\$33'513.873,87</i>
<i>Valor real de las multas</i>	
<i>$670.2777.5 \times 4.44\%$</i>	<i>\$29'760.319,00</i>
<i>Valor de demás consignado por el contratista y que se deberá abonar al valor pendiente de amortizar del anticipo</i>	<i>\$3'753.554,87".</i>

Ahora bien, según el relato de la parte actora, desde el mes de marzo de 1994 la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá habría cesado en el pago de todas las cuentas de cobro presentadas y, además, se habría negado a aceptar los endosos y descuentos por pronto pago, con fundamento en que primero debía amortizarse el valor impuesto por concepto de multas. Sobre el particular se encuentra probado lo siguiente:

Según las pruebas recaudadas, se halla establecido que, al menos desde el mes de abril de 1994, el contratista solicitó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que se realizara el pago de las obras ejecutadas, puesto que la retención de cuentas y la negativa de la entidad para aceptar el endoso de las mismas lo estaba llevando a una situación de iliquidez grave que afectaba el desarrollo de las obras, peticiones de las que

⁶⁴ Folios 87 a 91 y 121 a 127 del cuaderno No. 3.

⁶⁵ Folio 366 del cuaderno No. 3.

⁶⁶ Folio 502 del cuaderno No. 3.

dan cuenta, entre otras, las comunicaciones JHVR-434 del 13 de abril de 1994, JHVR-472 del 19 de abril de 1994, JHVR-817 del 17 de junio de 1994, JHVR-821 del 20 de junio de 1994⁶⁷.

Igualmente, se logró establecer que mediante oficio 7420-94-703 del 28 de abril de 1994⁶⁸, el Interventor, al dar respuesta a la comunicación JHVR-472 del día 19 de ese mismo mes y año, le informó al contratista que devolvía sin visto bueno los endosos de las cuentas presentadas, en razón a que en la resolución de imposición de multas se había dispuesto que el valor de las mismas se debía tomar de cualquier cantidad que la Empresa adeudara al contratista y que por ello hasta que no se amortizara su valor total no era posible endosar cuenta alguna.

Se logró determinar también que una vez efectuado el pago del valor total de las multas impuestas en contra del contratista, lo que tuvo lugar el 23 de junio de 1994⁶⁹, éste continuó insistiendo en que se pagaran las cuentas o se aceptaran los endosos, además de ofrecer descuentos por pronto pago a favor de la entidad pública contratante, de ello dan fe, entre otras, las comunicaciones JHVR-891 del 30 de junio de 1994, JHVR-938 y JHVR-941, ambas del 12 de julio de 1994, JHVR-902 y JHVR – 952 del 7 y 13 de julio de 1994, respectivamente, estas últimas en la que el contratista manifestó que de no procederse al pago de las cuentas de manera directa o a través de endoso, se estaba llevando el contrato a una iliquidez tal que no solamente se le causarían perjuicios a él si no a la misma Empresa ante la inminente paralización de las obras a las que se veía abocado por falta de recursos, tanto así que ya se había trastornado el pago de trabajadores, lo cual generaba consecuencias de bajo rendimiento en la obra⁷⁰.

La petición fue reiterada, entre otras, mediante comunicaciones 051507, JHVR-947 del 13 de julio de 1994, JHVR-1039, JHVR-1043 y JHVR-1047 del 27 de julio de 1994, en las que el contratista manifestó que la negativa a pagar las cuentas era ilegal, pues, según dijo,

⁶⁷ Folios 567, 298, 300, 319 y 301 del cuaderno No. 2, respectivamente.

⁶⁸ Folio 299 del cuaderno No. 2.

⁶⁹ Folio 366 del cuaderno No. 3.

⁷⁰ Folios 321, 322, 323, 387, 302, 303 y 605 del cuaderno No. 2, respectivamente.

ahora se debía a la expedición de una resolución de caducidad del contrato que no le había sido notificada y que, por tanto, aún no se encontraba en firme⁷¹.

Sobre el particular se encuentra que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá manifestó, mediante oficio 321094-002907 del 23 de agosto de 1994, que no aceptaba los endosos del contrato 363, puesto que éstos se habían sometido a un estudio para verificar que con su aprobación no se vulnerara la seguridad y cuidado de los dineros oficiales en relación con el anticipo pendiente de amortizar, en consideración a que se había expedido la Resolución No. 0237 por medio de la cual se declaraba la caducidad del contrato⁷², acto administrativo que había quedado en firme el 18 de agosto de 1994⁷³.

De conformidad con todo lo anterior, encuentra la Sala que es verdad que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al tasar las multas que le fueron impuestas al contratista, lo hizo por encima del valor estipulado en el contrato, así como también que para lograr el pago de las mismas se negó a cancelar de manera directa o a través de endosos algunas cuentas presentadas por él desde cuando quedaron en firme las resoluciones por medio de las cuales se impuso la sanción e, incluso con posterioridad a la fecha en que el contratista procedió a su pago; sin embargo, considera la Sala que las circunstancias antedichas no son suficientes para tener por establecida la configuración de la excepción de contrato no cumplido invocada en su favor por la parte demandante, por las siguientes razones:

De acuerdo con lo pactado por las partes en la cláusula sexta del contrato, los pagos se efectuarían de manera mensual dentro de los 60 días siguientes a la presentación de las cuentas de cobro correspondientes a las labores desarrolladas en el respectivo mes, cuentas que debían elaborarse, según lo estipulado en la cláusula trigésima, con base en las actas de entregas parciales de obras.

⁷¹ Folios 140 del cuaderno No. 5, 324, 325, 306, 307, 307, 310 y 327 del cuaderno No. 2.

⁷² Folios 394 y 395 del cuaderno No. 3.

⁷³ Día siguiente a la fecha en que se notificó personalmente al contratista la Resolución 0315 del 5 de agosto de 1994, por medio de la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 0237 del 20 de junio de 1994, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992. (Reverso folio 240 del cuaderno No. 2.).

Pues bien, una vez revisado el expediente, se encontró que en repetidas ocasiones la Interventoría llamó la atención al contratista por la no presentación oportuna de las actas, requerimientos que van desde el 23 de junio de 1993 hasta el 7 de julio de 1994⁷⁴, aspecto este que, según las cláusulas contractuales que vienen de mencionarse, implicaba una afectación del flujo de caja no atribuible a la entidad demandada sino a la parte actora.

Es evidente que no sólo la entidad pública contratante restringió el flujo de caja al suspender algunos pagos para lograr la amortización del valor impuesto por concepto multas, sino también que el contratista contribuyó a que los dineros necesarios para la ejecución del contrato no se tuvieran de manera oportuna y adecuada, al demorar la presentación de las actas necesarias para la elaboración de las cuentas de cobro, de ello da cuenta el oficio No. 7420-94-1251 del 29 de julio de 1994⁷⁵, por medio del cual el interventor de la obra indicó al contratista lo que sigue:

“En respuesta al oficio de la referencia la Interventoría sólo tiene que se le ha cancelado cada una de las cuentas de cobro dentro de los plazos contractuales y mucho más desde el mes de marzo por cuanto hay cuentas que se le cancelaron el 27 de abril de 1994 según el propio balance presentado por el contratista en las actas.

Las actas del mes de marzo, abril y mayo de 1994 fueron radicadas por el contratista en el mes de junio de 1994 y no se puede deducir que la Empresa ha incumplido por cuanto contractualmente dice que la Empresa pagará dentro de los sesenta días siguientes por lo tanto la Interventoría no encuentra justificación por parte del contratista.

Las actas de enero y febrero de 1994 que se radicaron en el mes de marzo y abril por causas imputables al contratista se debían cancelar en el mes de mayo y junio, pero como es bien sabido se retuvieron de acuerdo a la imposición de multas ya que según la cláusula tercera dice reténgase de cualquier suma que le adeude la Empresa al contratista hasta que se pague su totalidad.

Por esta causa la Secretaría General de la Empresa expidió un comunicado en el cual no se podía firmar ningún endoso hasta que se cancelara la totalidad de estas. El contratista el 23 de junio canceló el valor total de las multas y se expidió el certificado por parte de pagaduría que no había ningún embargo de tipo civil, etc., sobre unas cuentas y se procedió a firmar los endosos...

(...)”

⁷⁴ Folios 346 a 359 del cuaderno No. 3.

⁷⁵ Folios 427 y 428 del cuaderno No. 3.

A lo anterior ha de agregarse que en el expediente reposa un documento denominado “*ORDENES DE PAGO CONTRATO No. 363/92*”, cuya validez no fue refutada y que, por lo tanto, merece credibilidad, en el que consta que desde el mes de marzo de 1994 - época desde la cual aseveró la parte actora que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado habría cesado en el pago de todos los saldos existentes a su favor - hasta el mes de junio de esa misma anualidad, se realizaron giros a favor del contratista, lo cual indica que la suspensión del flujo de caja por parte de la entidad contratante no fue total como se indicó en la demanda.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que, además del anticipo inicialmente entregado al contratista, el 14 de diciembre de 1994 las partes suscribieron el otrosí No. 2 al contrato⁷⁶, por medio del cual acordaron aumentar en un 25% el porcentaje del anticipo, valor que, de conformidad con el documento denominado “*ORDENES DE PAGO DEL CONTRATO No. 363/92*”, fue entregado el 27 de diciembre de 1993, lo cual suponía un flujo de caja mayor al inicialmente previsto.

Así las cosas, aun cuando se logró establecer que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá retuvo dineros del contratista en razón del mayor valor impuesto por concepto de multas, lo cierto es que no es posible determinar el verdadero impacto que dicha retención pudo haber tenido en la ejecución del contrato, más si se tiene en cuenta que de conformidad con el oficio 7420-94-1448 del 8 de septiembre de 1994 antes transcrito, ese mayor valor ascendió a \$3'753.554,87⁷⁷, frente a un contrato de \$670'277.477,50 y a la entrega total de un anticipo de 50%, es decir, de \$335'192.739.

Finalmente, observa la Sala que los incumplimientos en los que incurrió el contratista no pueden justificarse en razón de la retención de dineros por parte de la entidad demandada, toda vez que, como se verá más adelante, las inobservancias imputables a él se venían presentado desde mucho antes de que se impusieran las multas.

⁷⁶ Folios 81 y 82 del cuaderno No. 2.

⁷⁷ Se adopta como cierta la suma indicada en razón a que la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa no ha sido desvirtuada.

c) Incumplimientos derivados de la deficiente planeación del contrato por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

En este punto de la providencia es oportuno destacar que las entidades oficiales que celebren contratos públicos están obligadas a respetar y a cumplir, entre otros principios y deberes, el de planeación, en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos que permitan y a la vez aseguren una alta probabilidad de que el objeto contratado se podrá ejecutar en el término previsto y acordado y, además, según las condiciones óptimas requeridas.

El Decreto 222 de 1983, norma aplicable al caso concreto, impuso a las entidades públicas el deber de atender y acatar el principio de planeación, así, además de otros artículos⁷⁸, dicha obligación fue consagrada en el artículo 84 de la norma⁷⁹, por medio del cual se dispuso que en tratándose de contratos de obra pública no se podía licitar ni contratar su ejecución sin que de manera previa se hubieran elaborado los planos, proyectos y presupuestos respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación, prohibición legal que le atribuyó a la entidad pública contratante el deber de entregar a su contratista todos los elementos que fueran necesarios e indispensables para el desarrollo de la obra encomendada, con el propósito de evitar dilaciones y tropiezos futuros que impidieran su oportuna y adecuada ejecución.

Ahora bien, de conformidad con lo expresado por la parte demandante, la falta de planeación en que habría incurrido la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá habría afectado ostensiblemente el desarrollo de las labores que se encontraban a cargo del contratista y, en consecuencia, habría incidido de manera determinante en el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que, según dijo, las falencias derivadas de la mala planeación del proyecto habrían afectado negativamente su desarrollo de acuerdo con la programación que se presentó y que se aceptó para su ejecución, desde su inicio hasta el final.

⁷⁸ Ver numeral 2º del artículo 30, artículo 46 y parágrafo 1º del artículo 83.

⁷⁹ El artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, prescribe: “**Artículo 84. De los requisitos para licitar o contratar.** No podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyecto y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación”.



De acuerdo con la demanda, las deficiencias más importantes en las que habría incurrido la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en la planeación del contrato 363 de 1993, habrían consistido en el inadecuado suministro de las tuberías que estaban a cargo de la entidad contratante, en la falta de disponibilidad de los predios por donde debía pasar el proyecto, así como en la incoherencia entre la realidad del terreno y los planos entregados.

Al respecto, encuentra la Sala que la Empresa de servicios públicos al contestar la demanda aceptó que las deficiencias relacionadas con el suministro de tuberías y la falta de disponibilidad de predios se presentaron y que muchos de los inconvenientes acaecidos en el desarrollo del contrato se derivaron de ellas, manifestación ésta que encuentra suficiente respaldo probatorio en el expediente y que, por lo tanto, se considera acreditada en el plenario; sin embargo, dijo también la entidad que para subsanar las falencias que a ella le fueron imputables tomó las medidas pertinentes ampliando no solamente los plazos de ejecución del contrato y reconociendo para ello un número mayor de días en relación con la cantidad de días afectados por causas atribuibles a ella, sino también ampliando el porcentaje de anticipo a entregar al contratista, además de que, según aseveró, a partir de la prórroga las causas de las deficiencias a ella imputables habían desaparecido. Al mismo tiempo, advirtió que desde la primera etapa de ejecución del proyecto existieron incumplimientos atribuibles únicamente al contratista que no podían ser justificados a la luz de los de la Empresa contratante, tales como falta de material, insuficiencia de personal y mal manejo de tuberías, a los cuales se hará alusión más adelante.

Por su parte, el contratista alegó que si bien era cierto que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá amplió los plazos del contrato, ese solo hecho resultaba insuficiente para que el proyecto pudiera desarrollarse y terminarse en debida forma, puesto que, según dijo, las anomalías que afectaron la primera etapa del contrato, persistieron después de la prórroga y le impidieron que cumpliera sus obligaciones dentro del plazo pactado para ello.

Para resolver el conflicto al que se ha hecho referencia, debe avanzar la Sala que su estudio se abordará en dos fases: una, la comprendida entre la fecha de iniciación de las

obras – 9 de agosto de 1993 - y la fecha en que se suscribió la adición No. 3 al contrato – 14 de diciembre de 1993 - y, la otra, desde el día siguiente a dicha ampliación de plazo – 15 de diciembre de 1993 - y la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad del contrato – 19 de agosto de 1994⁸⁰ -.

i) Incumplimientos relacionados con la tubería de la obra.

▪ **Primera etapa del contrato – 9 de agosto al 14 de diciembre de 1993 -.**

Se encuentra acreditado en el proceso que el 9 de agosto de 1993, las partes suscribieron el acta de iniciación de obras⁸¹, así mismo, que el 14 de diciembre de 1993, suscribieron la adición No. 3 al contrato, cuyo objeto consistió en *“la ampliación del plazo del contrato y de los subplazos que comprende la construcción de las redes de acueducto, alcantarillado sanitario y alcantarillado pluvial, de los barrios que se relacionan en el anexo No. 1 del presente documento, así como las fechas de iniciación y terminación de los mismos”*⁸².

En lo que concierne al ítem de tuberías, se indicó en la demanda que a pesar de que su suministro estaba a cargo de la entidad accionada, ésta no cumplió a cabalidad con su obligación, tanto por insuficiencia en el suministro del material, como por su baja calidad, lo cual, por tratarse de un ítem indispensable para la ejecución de las obras, habría afectado de manera ostensible su desarrollo haciendo incurrir al contratista en incumplimientos que no le eran imputables.

En cuanto al suministro del material, se tiene acreditado que para la ejecución del programa de ajuste sectorial (PAS), del cual hizo parte el contrato 363 de 1992, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adjudicó al señor Juan Alfredo Pinto Saavedra el contrato 360 de 1992, cuyo objeto consistió en *“el suministro de tuberías y accesorios para construcción de redes de alcantarillado en barrios subnormales”*.

⁸⁰ Día siguiente a la fecha en que se notificó personalmente al contratista la Resolución 0315 del 5 de agosto de 1994, por medio de la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 0237 del 20 de junio de 1994, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992. (Reverso folio 240 del cuaderno No. 2.).

⁸¹ Folios 73 y 74 del cuaderno No. 2.

⁸² Folios 83 y 84 del cuaderno No. 2.

Igualmente, se tiene establecido que era responsabilidad del contratista elaborar los planes y programas relativos al suministro de tubería, los cuales debían realizarse de acuerdo a la programación de ejecución de la obra.

En razón de lo anterior, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a través de oficio No. 8421-93-108 del 18 de junio de 1993, le solicitó al contratista la discriminación del suministro de tubería para las obras del contrato 363 de 1992, en relación con la cantidad y tipo requerido para su ejecución⁸³, con el fin de realizar la entrega de las mismas de manera ajustada al cronograma de las obras, la petición fue atendida por el contratista el 24 de junio de 1993⁸⁴.

Mediante oficio 8431-93-0277 del 22 de junio de 1993⁸⁵, la División de Coordinación de Obras y Suministros devolvió a la División de Interventoría el programa definitivo de suministro de tuberías para que se indicara la clase de tubería a suministrar, las yees y semicodos necesarios, así como para que se revisaran las cantidades requeridas. Posteriormente, el 16 de julio de 1993, a través de oficio 8421-93-0322⁸⁶, se reiteró la mencionada petición y se advirtió que por la no presentación del programa corregido no se había podido dar la orden de iniciar la fabricación de la tubería al fabricante.

Así mismo, se tiene acreditado que en reiteradas oportunidades el contratista puso en conocimiento de la entidad la insuficiencia del material, así, por ejemplo, se encuentra que mediante comunicación JHVR-369 del 23 de agosto de 1993, le informó sobre la escasez de tuberías en esa fecha para los barrios El Portal y Moralva, cuyas obras se habrían desplazado en razón de la citada circunstancia⁸⁷.

En ese mismo sentido, de conformidad con el contenido del acta de obra No. 3, del 25 de agosto de 1993, el contratista manifestó las dificultades presentadas en relación con el suministro de tubería para los frentes Duitama, El Portal, Moralva y La Aurora, por su parte, la Interventoría indicó que existía una diferencia entre lo solicitado y lo programado, no

⁸³ Oficio de fecha 18 de junio de 1993, folio 319 del cuaderno No. 3.

⁸⁴ Folio 273 del cuaderno No. 2.

⁸⁵ Folio 320 del cuaderno No. 3.

⁸⁶ Folio 325 del cuaderno No. 3.

⁸⁷ Folio 341 del cuaderno No. 2.

obstante lo cual se comprometió a gestionar la entrega de la tubería y a tomar las soluciones pertinentes⁸⁸.

En comunicaciones JHVR-374, JHVR-378, JHVR-379 y JHVR-380, todas del 26 de agosto de 1993, el contratista puso en conocimiento de la Interventoría del contrato que la falta de algunas clases de tubería estaba afectando el desarrollo de las obras, especialmente, en los barrios El Portal y Moralva, en donde las mismas se habrían paralizado en razón de dicha circunstancia⁸⁹.

En relación con la insuficiencia de la cantidad solicitada de tuberías para ejecutar la obra, reposan también en el expediente la comunicación JHVR-471 del 6 de octubre de 1993, por medio de la cual el contratista remitió a la División de Interventoría de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, la comunicación DV-305-93 del 5 de octubre de 1993, suscrita por el Director Comercial de Manufacturas de Cementos S.A., por medio de la cual se le informó acerca de la disponibilidad inmediata de 150 tubos de diámetro 36" clase II, así como de la disponibilidad de tubería de ese mismo diámetro pero clase III, pero después del 10 de octubre, a pesar de que el pedido, según manifestó el contratista, había sido presentado el 9 de agosto de acuerdo con la programación⁹⁰.

Así también obra en el expediente orden de trabajo sin número del 12 de noviembre de 1993, correspondiente al barrio La Fortaleza, por medio de la cual el interventor, según solicitud realizada por el contratista el 9 de noviembre de 1993 para la entrega de 170 tubos, informó que enviaba tres giros de tubería de 12" de 40 tubos cada uno, e indicó que posteriormente enviaría otro giro por 40 tubos más⁹¹.

Si bien es cierto que el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez en repetidas ocasiones increpó a la entidad demandada para solicitarle el debido suministro de tubería, toda vez que estaba afectando la ejecución normal de las obras, porque, según adujo, no se le estaba entregando por no existir su disponibilidad en bodega de la Empresa de suministro; se encuentra también acreditado en el proceso que en varias oportunidades él fue

⁸⁸ Folios 580 a 584 del cuaderno No. 3.

⁸⁹ Folios 484, 485, 528 y 559 del cuaderno No. 2.

⁹⁰ Folios 346 y 347 del cuaderno No. 2.

⁹¹ Folio 67 del cuaderno No. 4.

requerido por la Interventoría para que procediera a retirar las tuberías que estaban listas para ser transportadas a los lugares de construcción, sin que el contratista procediera a ello. Al respecto, se destacan, entre otros, los oficios 8421-93-419 del 8 de agosto de 1993, 8431-93-0521 del 21 de octubre de 1993 y 7420-93-0053 del 2 de diciembre de 1993, cuyo contenido, respectivamente, es el que sigue⁹²:

“Por medio de la presente solicito sea retirada de manufacturas la tubería del barrio de la referencia [se refiere al barrio Moralva] dado que la orden de pedido fue entregada al contratista el día 12 de agosto de 1993 y hasta la fecha no ha sido transportada y descargada a la obra”

“Atentamente me permito solicitar a usted se sirva instruir al contratista del contrato No. 363/92 para que se sirva proceder de inmediato a retirar las tuberías para la ejecución del contrato ya que de acuerdo a los programas presentado y aprobados por usted a la fecha se presenta un atraso grande en el retro de las tuberías, ocasionando graves perjuicios a la fábrica de tubería y al desarrollo del contrato 360/92 por el bodegaje de las tuberías no retiradas”.

“Atentamente le reitero la necesidad de retirar las tuberías de los patios de almacenamiento de Manufacturas de Cemento, ya que se encuentra congestionados y usted ha debido retirarlas de acuerdo al programa pactado...”

Del mismo modo, se logró comprobar que en algunas ocasiones la insuficiencia de tubería alegada por la parte demandante se debió a que el material solicitado no coincidía con el programa de suministro elaborado por el mismo contratista, de ello da cuenta el oficio No. 8431-93-0420, en el que si bien el interventor aceptó la inexistencia de algunas tuberías requeridas, también puso de presente que algunos tamaños y clases del material no se habían acordado dentro del plan o programa de suministro para el primer mes de la obra, como por ejemplo la correspondiente al diámetro de 1 metro clase II hasta 18⁹³.

En cuanto al tema del suministro, recuérdese que alegó también la parte actora que éste se afectó porque las tuberías no se ubicaron en las bodegas de la Empresa contratante sino en las de la empresa fabricante, lo cual habría generado traumatismos por interferencias, pues el proveedor no solo atendía pedidos de la entidad pública, sino de otros compradores, a los cuales se les daba prioridad porque cancelaban de manera oportuna

⁹² Folios 414, 335 y 334 del cuaderno No. 3.

⁹³ Oficio del 31 agosto de 1993, folios 328 – 329 cuaderno No. 3.

sus pedidos, mientras que, según aseveró, la demandada no pagaba oportunamente los despachos.

Al respecto, lo primero que debe indicarse es que no obra prueba en el proceso que indique que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá incumpliera los pagos que debía realizar a la cementera por concepto del despacho de las tuberías requeridas para la ejecución del contrato 363 de 1992 y, por supuesto, tampoco de que esa hubiese sido una razón para que la fábrica no entregara de manera oportuna los despachos.

Adicionalmente, debe recalcarse que, al menos en lo que respecta a las especificaciones técnicas para transporte e instalación de tuberías para acueducto, era responsabilidad realizar el cargue “*en fábrica o en bodegas*”⁹⁴, por lo cual la Sala resalta que no es de recibo que la parte demandante alegue que éstas no se dispusieron en las bodegas de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Otro argumento de la parte actora que la tubería se entregó recién fabricada y, por tanto, con baja resistencia para el transporte, lo cual habría ocasionado daños en el material que habrían afectado la ejecución de las obras ya pesar de ello la entidad se negó a reconocer a favor del contratista monto alguno por concepto de desperdicios.

En lo que a este tema concierne, se destaca que en las especificaciones técnicas que acompañaron al pliego de condiciones del contrato 363 de 1992, se dispuso que el cargue, verificación de calidad, transporte e instalación de tuberías eran responsabilidad del contratista. En cuanto a la verificación, se dispuso que una vez recibidas las tuberías y accesorios, el contratista debía poner inmediatamente de presente los desperfectos o defectos por escrito en el recibo respectivo, pues, de lo contrario, se debía entender que recibió a satisfacción el material al firmar la entrega sin presentar observaciones. Así mismo, en las especificaciones se indicó que una vez entregado el material al contratista, éste quedaba bajo su entera responsabilidad hasta la terminación de la obra a entera satisfacción de la Empresa.

⁹⁴ Folio 196 del cuaderno No. 14.

Adicionalmente, en las especificaciones se indicó también que “*todos los daños, pérdidas, deterioros y si fuere el caso el almacenamiento de las mismas [se refiere a las tuberías] dentro del área del proyecto correrán por cuenta del contratista*”.

Pues bien, revisado en su integridad el expediente, no se encontró recibo de tubería alguno en el que el contratista hubiera dejado constancia de la mala calidad del material, a lo cual debía proceder según lo indicado en las especificaciones que acompañaron el pliego de condiciones de la licitación pública del contrato 363 de 1992; por el contrario, lo que sí se encontró fue diversos oficios y notas de campo en las que la Interventoría llamó la atención al constructor por el mal manejo de este material.

En efecto, la Interventoría llamó la atención del contratista por utilizar un mecanismo inadecuado en el descargue del material, lo cual habría ocasionado daños a la tubería, así consta, por ejemplo, en nota de campo No. 8421-93-VF-01 del 20 de agosto de 1993⁹⁵, en la que se indicó que el procedimiento de descargue no era el más adecuado y que estaba generando roturas en el espigo-campana de las tuberías, igualmente en nota de campo 8422-VF-93-024 del 6 de octubre de 1993⁹⁶, se señaló lo siguiente:

"En repetidas oportunidades se le solicitó al contratista que utilizara un método de descargue que garantizara el no deterioro de las tuberías. El día de ayer se descargaron 8 tubos de los cuales uno se fracturó totalmente el cual quedó inutilizado y 3 tubos presentan daños en la campana-espiga de los cuales hay uno con más de 1 daño en la campana el cual la Interventoría no aceptará que sea utilizado en la instalación de la red de ALL..."

Así pues, en lo que al tema de tuberías concierne, queda establecido que si bien en la primera etapa del contrato la entidad pública no cumplió de manera adecuada con el suministro de este material, el contratista tampoco lo hizo.

▪ **Segunda etapa del contrato – 15 de diciembre de 1993 a 19 de agosto de 1994-**

Según la parte actora, la prórroga del contrato acordada mediante la adición No. 3 no fue suficiente para poder cumplir con el objeto del negocio jurídico dentro del plazo estipulado,

⁹⁵ Folio 119 del cuaderno No. 4.

⁹⁶ Folio 147 del cuaderno No. 4.

toda vez que, según aseveró, los incumplimientos que atribuyó a la entidad en la primera etapa persistieron en esta y pusieron al contratista en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.

En lo que corresponde a la responsabilidad de la Empresa contratante, se observa que después de la adición del 14 de diciembre de 1993, la única reclamación que el contratista presentó en su contra por este aspecto fue la contenida en la comunicación JHVR-032 del 20 de enero de 1994⁹⁷, en la que manifestó que se mantenían las condiciones en que la fabricante venía entregando las tuberías y que solicitaba el reconocimiento de un porcentaje de desperdicio, además de indicar que la mayor dificultad a la hora de retirar el material de manera eficiente era la ausencia del personal de la Empresa en los horarios previamente establecidos.

No obstante lo anterior, en relación con la forma en la que se venía realizando el retiro de las tuberías por parte del contratista encuentra la Sala que mediante oficio 7430-93-0200 del 21 de diciembre de 1993⁹⁸, la Interventoría había informado que eran frecuentes los reclamos de manufacturas de cementos para que se hiciera el retiro de las tuberías, que en la mayoría de los casos el retiro del material se venía haciendo en volquetas que llegaban muy tarde a la fábrica lo que impedía que se pudieran cargar de manera inmediata, además de que ese tipo de vehículo hacía que las operaciones de cargue fueran mucho más demoradas por las maniobras que debían hacerse para el efecto; igualmente, se dijo que para la entrega de tuberías se había establecido que el contratista debía presentar una relación de vehículos y conductores autorizados para el transporte, pero que en algunas oportunidades no se cumplió con esa condición, lo cual impidió la entrega del material⁹⁹.

Igualmente, en lo que concierne al contratista, se observa que la Interventoría continuó haciendo llamados de atención, no sólo para que se procediera a retirar el material de las bodegas¹⁰⁰, sino también por el mal manejo que se venía dando a las tuberías a la hora de transportarlas, cargarlas y descargarlas, así como el descuido que se estaba presentado en lo concerniente a su custodia.

⁹⁷ Folio 248 del cuaderno No. 2.

⁹⁸ Folio 340 del cuaderno No. 3.

⁹⁹ Al respecto ver también oficio 7430-93-0197 del 21 de diciembre de 1993, folio 337 del cuaderno No. 3.

¹⁰⁰ De ello da cuenta el oficio 7430-93-198 del 21 de diciembre de 1993, folio 339 del cuaderno No. 3.

Así, en efecto, en cuanto al transporte, cargue y descargue de las tuberías, reposan en el expediente los siguientes llamados de atención: en el oficio 7430-93-0199 del 21 de diciembre de 1993, la Interventoría señaló que el contratista estaba transportando la tubería en volquetas, vehículos que no eran adecuados ello, por las maniobras de cargue y descargue que debían hacerse y en las que se presentaban el mayor número de roturas, oficio 7420-94-298 del 22 de febrero de 1994, por medio de la cual la Interventoría manifestó su preocupación por el manejo que el contratista le estaba dando a las tuberías, puesto que en varios frentes éstas permanecían al borde de las zanjas, lo cual no garantizaba su cuidado y custodia, preocupación reiterada en oficio 7420-94-667 del 19 de abril de 1994¹⁰¹.

En cuanto a la calidad de las tuberías, se encuentra que la Interventoría reiteró al contratista que era posible que se presentaran desperfectos en su fabricación, por lo cual en las especificaciones se había indicado que de ello debía dejarse la respectiva constancia en el recibo correspondiente, so pena de entenderse recibidas a satisfacción por el contratista y, además, en atención a que una vez recibidas por él la responsabilidad por su manejo y custodia recaía únicamente en cabeza suya¹⁰²; sin embargo, no obra prueba en el expediente de que el demandante hubiera procedido en la forma indicada.

En cuanto al presunto hurto de tuberías, además de que no es un aspecto imputable a la parte demandada, se reitera que de conformidad con las estipulaciones técnicas del contrato 363 de 1992, una vez entregadas la tuberías y firmadas las correspondientes actas de recibo de las mismas, éstas quedaban bajo la custodia del contratista y estaba en cabeza suya el deber de velar por el cuidado y protección¹⁰³.

Así las cosas, con base en el material probatorio recaudado en relación con este ítem del contrato, ha de decirse que se encuentra establecido que, tanto en la primera etapa de ejecución del negocio jurídico, como en la segunda, se presentaron incumplimientos del

¹⁰¹ Folios 339, 662, 666 del cuaderno No. 3.

¹⁰² Al respecto ver oficios 7420-94-558 del 5 de abril de 1994, 7420-94-667 del 19 de abril de 1994 y 7420-94-794 del 10 de mayo de 1994. (Folios 664 a 667 del cuaderno No. 3).

¹⁰³ Además, obran dentro del expediente comunicaciones donde se le indica que es su responsabilidad el cuidado del material en el folio 662 del cuaderno No.2.

contratista que tenían la virtualidad de impedir la ejecución normal del contrato, sin que éstos puedan ser justificados en razón de los incumplimientos de la contratante, por lo que este aspecto no puede ser considerado como suficiente para declarar probada la excepción de contrato no cumplido invocada por la parte actora como supuesto de invalidez de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992.

ii) incumplimientos relacionados con la falta de disponibilidad de predios, cambio de diseños e inexactitud de planos.

Para resolver en relación con estos cargos de la demanda, la Sala analizará lo alegado por la parte actora, así:

Barrio La Paz.

- incumplimientos relacionados con la falta de disponibilidad de predios.

En lo que al barrio La Paz concierne, encuentra la Sala que, de conformidad con lo manifestado por la parte actora, la falta de disponibilidad de los predios que se requerían para ejecutar la construcción del colector combinado de este sector habría sido la causa que impidió al contratista desarrollar adecuadamente las obras correspondientes a este frente, puesto que, según aseveró, su ausencia imposibilitaba la construcción de las redes internas del sector por carecer de desagüe y, en relación con las obras de acueducto, porque, según dijo, éstas no podían adelantarse sin que se tuvieran primero las de alcantarillado.

▪ **Primera etapa del contrato – 9 de agosto al 14 de diciembre de 1993 -.**

En relación con la falta de disponibilidad de predios para la construcción del colector combinado del barrio La Paz en esta primera etapa del contrato, obran en el expediente las siguientes pruebas:

Se encuentra acreditado que en la primera etapa del contrato no se contaba la disponibilidad de la totalidad de los predios requeridos para adelantar las obras. De ello da fe el contenido del acta de reunión del 21 de julio de 1993¹⁰⁴, en la que las partes dejaron constancia en relación con la existencia de algunas dificultades en cuanto a la disponibilidad de predios de algunos frentes de trabajo, situación que también fue consignada en el acta de iniciación de obras del 9 de agosto de 1993¹⁰⁵, en los siguientes términos:

“Se deja constancia que los terrenos donde se ejecutarán las obras corresponden a zonas públicas y los privados tienen los permisos y autorizaciones correspondientes excepto los siguientes:

Barrio La Paz: La zona declarada de alto riesgo, en el corredor de instalación de los tramos Nos 67-89; 87A-130; 79-86 en donde existen viviendas construidas.

Igualmente, los corredores para los tramos Nos 108A-106'; 106A-105; 105A-104'; 108A-108; 108'-108; 106A-106'; 106?-106; 105A-105'; 105'-105 del sector Los Naranjos del barrio, los cuales están ocupados por viviendas. La ejecución de los tramos mencionados está condicionada a la reubicación de las viviendas”.

Se tiene que según informe rendido el 21 de septiembre de 1993 por el Jefe de División de Auditoría de Área de Obras y Proyectos¹⁰⁶, a la fecha aún se encontraba pendiente de realizar los nuevos diseños definitivos de algunos tramos que presentaron inconvenientes técnicos. En cuanto al barrio La Paz, se indicó en el informe que en la zona declarada de alto riesgo aún existían viviendas en el corredor de instalación, por lo cual la ejecución de las obras estaba condicionada a la reubicación de las mismas.

Obra igualmente, comunicación JHVR-474 del 7 de octubre de 1993, por medio de la cual el contratista le manifestó al Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que se había suspendido la construcción del colector combinado de ese barrio, no obstante lo cual aún no había recibido el diseño final de los tramos de aguas negras que debían llegar a ese colector, al tiempo que advirtió que de llegarse a construir según el diseño original éstos quedarían enterrados y sin desagüe. Igualmente, indicó que había recibido una modificación según la cual algunos tramos a construir quedarían sin desagüe y

¹⁰⁴ Folios 572 a 576 del cuaderno No. 3.

¹⁰⁵ Folios 73 a 78 del cuaderno No. 2.

¹⁰⁶ Folios 4 y 5 del cuaderno No. 5.

que a pesar de haber intentado cumplir en 5 frentes que se adelantaron trabajos, éstos no se pudieron concluir por la imposibilidad de instalar las domiciliarias en razón a que los desagües no estaban diseñados ni construidos¹⁰⁷.

Mediante oficio 8200-93-310 del 21 de octubre de 1993, el Director de Diseño y Desarrollo Urbano de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá se dirigió al Director de Interventoría para informarle que, con fundamento en el concepto geotécnico para el alcantarillado combinado del barrio La Paz, elaborado por el Departamento de Laboratorio y Perforaciones de la entidad¹⁰⁸, esa Dirección se ratificaba en el sentido de la viabilidad de la construcción del colector combinado proyectado, a pesar de la existencia de algunas viviendas cercanas al vallado existente¹⁰⁹, información que, según se desprende de la comunicación JHVR-553 del 28 de octubre de 1993, fue dada a conocer al contratista en comité de obra del día 26 de ese mismo mes y año¹¹⁰.

En la citada comunicación indicó también el contratista que cuando recibiera la orden escrita de realización de la obra presentaría ante la Empresa los valores que se causarían en razón de la modificación que tenía repercusiones grandes en la programación que se debía estar ejecutando.

A través de oficio 8421-893-518753 del 26 de octubre de 1993, el Gerente Técnico de la Empresa de Acueducto y Alcantarillo de Bogotá, manifestó al contratista que era necesario empezar de inmediato la construcción del colector combinado del barrio La Paz y para ello le solicitó presentar a la mayor brevedad posible la memoria técnica del procedimiento constructivo a emplear¹¹¹.

El contratista dio respuesta al oficio mediante comunicación JHVR-604 del 12 de noviembre de 1993, manifestando que en atención a la suspensión del colector procedió a programar la obra y a destinar todos los recursos disponibles para trabajar en otros frentes, no obstante lo cual indicó su inmediata disposición para realizarla, pero aclarando que no era

¹⁰⁷ Folio 354 a 357 del cuaderno No. 2.

¹⁰⁸ Folios 556 a 561 del cuaderno No. 3.

¹⁰⁹ Folio 555 del cuaderno No. 3.

¹¹⁰ Folio 447 del cuaderno No. 2.

¹¹¹ Folio 445 del cuaderno No. 2.

posible mantener las condiciones inicialmente pactadas, por cuanto el mercado laboral y de materiales tenía nuevos factores diferentes a los considerados al momento de la licitación. En ese sentido, señaló que ya no tenía la disponibilidad de la maquinaria adecuada, de tal manera que la obra sólo podía ejecutarse previo acuerdo de las nuevas condiciones económicas que mantuvieran el equilibrio económico del contrato¹¹².

▪ **Segunda etapa del contrato – 15 de diciembre de 1993 a 19 de agosto de 1994-**

En el anexo No. 1 de la adición No. 3 del contrato, consta que el subplazo establecido para este sector que inicialmente era de 270 días, se aumentó en 94 días más¹¹³.

Se encuentra acreditado en el proceso que el 21 de diciembre de 1993¹¹⁴, esto es, 7 días después de la adición del plazo acordada por las partes, el Gerente Técnico de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá dio respuesta a la comunicación JHVR-604 del 12 de noviembre de 1993, por medio de la cual el contratista había manifestado su disposición para realizar la obra previo acuerdo de las condiciones económicas de la obra, en el sentido de indicar que las condiciones pactadas para la ejecución de ese ítem no habían variado desde el punto de vista técnico y que en caso de presentarse algún sobre costo a la hora de su ejecución éste debía presentarse debidamente discriminado y soportado, pues hasta el momento sólo se habían manifestado consideraciones generales sin el soporte necesario para realizar el estudio detallado de tal circunstancia.

Igualmente, se solicitó al contratista que presentara una propuesta para determinar la posible reubicación de las familias que habitaban la zona de los trabajos, mediante la modalidad de costo necesario más porcentaje, a la vez que se reiteró la orden de iniciación del colector combinado y se requirió nuevamente la presentación de la memoria técnica respectiva, así como el análisis de costos no pactados para proceder a su estudio.

Posteriormente, se observa que el 2 de febrero de 1994, mediante oficio 7420-94-180¹¹⁵, el Coordinador de Interventoría reiteró nuevamente al contratista la necesidad urgente de que se presentara el programa de obra del colector combinado del barrio La Paz; que el 17 de

¹¹² Folios 448 a 450 del cuaderno No. 2.

¹¹³ Folio 84 del cuaderno No. 2.

¹¹⁴ Oficio 7420-93-521801, folio 452 del cuaderno No. 2.

¹¹⁵ Folio 696 del cuaderno No. 3.

febrero, mediante oficio 7420-94-262¹¹⁶, le manifestó su preocupación por el incumplimiento que se venía observando en la reprogramación propuesta para la terminación de las obras de los sectores La Paz y El Portal y pidió que se incrementaran los rendimientos y se iniciaran la totalidad de las zonas aprobadas, frente a lo cual el contratista expresó su rechazo, pues, según dijo, todavía estaba pendiente la aprobación de la forma en que se iba a ejecutar el colector combinado del barrio La Paz, lo cual era necesario para adelantar en forma eficiente la construcción de todas las redes¹¹⁷.

Mediante oficio 7420-94-1032/533468 del 28 de junio de 1994¹¹⁸, el Gerente Técnico de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, reiteró al contratista que una vez revisado el proyecto por la Dirección de Diseño, lo cual tuvo lugar en el mes de octubre de 1993, se encontró que los tramos 67-68-69-70-73-74 se podían efectuar porque no presentan interferencias de viviendas, por lo cual se le había solicitado que procediera a ejecutar el colector y además que enviara la memoria técnica del proceso constructivo, le indicó también que el 9 de noviembre de 1993 se envió el plano 1B-22 en el que se indicaron los planos 67 al 74, 75 al 77, 79 al 82, 87 al 92 y todos los tramos a partir del pozo 126 se podían ejecutar sin problema alguno, pero que el contratista, a la fecha del oficio, no había realizado las obras indicadas, presentándose graves incumplimientos en la iniciación de la obra.

Así mismo, indicó que el 23 de marzo de 1994 el contratista presentó propuesta económica para ejecutar el frente del alcantarillado combinado del barrio La Paz por costos directos más porcentajes; sin embargo, dado que esa modalidad no era la prevista en el contrato, y como quiera que los tramos del 67 al 74, 75 al 77, 79 a 82 y a partir del pozo 126 no habían variado las condiciones iniciales, la Interventoría no encontró procedente la petición y así se lo informó mediante oficio 7420-94-844, al tiempo que le solicitó que se iniciaran las obras de acuerdo a la nota 6421-93-618 del 25 de octubre de 1993, pues a la fecha el contratista no se había pronunciado en relación con las alternativas que solicitó ejecutar la Empresa según el plano 1B-22 en la que un sector no tenía interferencias y se cumplían todos los

¹¹⁶ Folio 699 A del cuaderno No. 3.

¹¹⁷ Comunicación JHVR-259 del 11 de marzo de 1994, folio 455 del cuaderno No. 2.

¹¹⁸ Folios 477 y 478 del cuaderno No. 2.

requisitos que solicita el contratista (disponibilidad de zonas, reconocimiento de sobrecostos, si los hubiere, plazo del contrato - adición No. 3 -).

Finalmente, señaló que la disponibilidad de la zona de trabajo para los tramos 67-74, 75-77, 79-82, 87-96 y a partir del pozo 126 estaban a su disposición desde el inicio del contrato, esto es, desde el 9 de agosto de 1993 y agregó que los sobrecostos, si se llegaban a causar, se irían reconociendo a medida en que se fuera desarrollando la obra, pero que como no se había iniciado no era posible determinarlos y que, además, el plazo se modificó según propuesta presentada por el contratista en un término adicional de 90 días, pero que hasta la fecha no se había iniciado ninguna actividad en ese frente, quedando 45 días para que se cumplieran los 220 días programados para esa zona.

El contratista disiente respecto de los argumentos señalados en el oficio que viene de citarse, en suma, por dos razones, una de carácter técnico, pues, según indicó en comunicación JHVR-595 del 9 de mayo de 1994¹¹⁹, pretender que se construyeran las redes interiores del sector sin tener desagüe va en contra de sentido común y de las condiciones técnicas generalmente aceptadas, además de que, según dijo, las redes de acueducto se deben instalar con posterioridad a las de alcantarillado, la otra razón es de carácter económico, puesto que, según aseveró, las soluciones provisionales sugeridas por la Interventoría para construir los tramos que conectaban todo el sistema al colector llevaban siempre un cambio de diseño, no solo de los tramos sino de los pozos y el colector lo que implicaba una variación en las condiciones del contrato y un grado de dificultad superior al inicialmente presupuestado, por lo cual manifestó su disposición a realizar la obra siempre que se reconocieran dichos costos adicionales.

A partir de la información recolectada en relación con este ítem de la obra, concluye la Sala que si bien en la primera fase del contrato se presentó un dilema en relación con la posibilidad de construir el colector combinado de este barrio en razón de la presencia de viviendas en las zonas donde debían ejecutarse las obras, lo cierto es que dicha incertidumbre se superó en esa misma fase del contrato con fundamento en un concepto técnico emitido por la Dirección de Diseño y Desarrollo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, según el cual la presencia de las viviendas no era óbice para que

¹¹⁹ Folios 496 y 497 del cuaderno de pruebas No. 2.

se adelantaran las obras, siempre que se siguieran las recomendaciones indicadas en el documento, determinación frente a la cual, según se desprende de la comunicación JHVR-604 del 12 de noviembre de 1993 antes transcrita, el contratista no tuvo reparos de carácter técnico, pero sí de carácter económico, pues, según dijo, realizar la obra según las condiciones inicialmente pactadas después de que ésta se había suspendido, le generaría sobrecostos que debían serle reconocidos, petición que elevó aproximadamente 20 días después de conocer la determinación técnica de la Administración y prácticamente en el último mes del contrato antes de la suscripción de la adición No. 3.

Iniciada la segunda etapa del contrato – 7 días después de la firma de la adición No. 3 - la entidad negó la solicitud económica del contratista, pues no encontró fundamento para ello, en razón a que las condiciones técnicas de la obra no variaban en relación con las inicialmente acordadas y, además, porque el contratista no había demostrado los mayores costos en los que debía incurrir, razón por la cual le solicitó que iniciara los trabajos en el menor tiempo posible; sin embargo, no le cerró la posibilidad de que presentara un análisis de costos no pactados para proceder a su estudio, sin que ello implicara en forma alguna que se estuviera cuestionando nuevamente la posibilidad de ejecutar, o no, ese ítem del contrato, pues ese aspecto ya estaba claramente definido.

Ahora bien, aseveró el contratista que las obras a realizar tenían un valor que en forma oportuna había hecho conocer a la entidad y que debía ser reconocido previa la ejecución de la obra, pues de lo contrario su realización bajo las condiciones inicialmente pactadas lo llevaría a la quiebra económica¹²⁰; sin embargo, además de la mera manifestación de la parte actora, en ese sentido, no se encuentra prueba alguna en el proceso que acredite la existencia de los mayores costos a los que aludió como justificación para no iniciar a ejecutar la obra, mucho menos que fueran de tal magnitud que en realidad lo hubieran puesto en imposibilidad de hacerlo, ya que al respecto únicamente se cuenta con la comunicación JHVR-221 del 23 de marzo de 1994¹²¹, por medio de la cual se presentó una propuesta económica para ejecutar los trabajos del colector combinado, pero ésta no cuenta con ningún soporte que la justifique.

¹²⁰ Así lo manifestó en comunicación JHVR-955 del 9 de julio de 1994. Folios 481 y 482 del cuaderno No. 2.

¹²¹ Folios 481 a 486 del cuaderno No. 14.



En razón de lo anterior, la Sala deberá estarse a lo que en ese sentido decidió la contratante, es decir, a que como no se generaban cambios técnicos en la ejecución de esta parte del proyecto, según lo inicialmente acordado, la obra debía realizarse bajo las mismas condiciones.

Adicionalmente, en lo que a este punto concierne, es importante destacar que no obra en el proceso ninguna prueba que logre desvirtuar el concepto técnico emitido por la Dirección de Diseño y Desarrollo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en el sentido de que la presencia de viviendas en el sector donde debía construirse el colector no era óbice para que se adelantaran las obras, siempre que se siguieran las recomendaciones indicadas en el documento, por lo cual esta circunstancia tampoco puede ser considerada como un impedimento que justifique la negativa del constructor para construir esa parte de la obra en el barrio La Paz.

Vistas así las cosas, no encuentra la Sala justificación alguna para que el contratista en la segunda fase de ejecución de las obras no hubiera iniciado la construcción del colector combinado del barrio La Paz, menos aún si se tiene en cuenta que la entidad le manifestó que de llegarse a generar sobrecostos en su realización éstos serían reconocidos.

En ese mismo orden ideas y dado que la parte actora manifestó que la imposibilidad de la construcción del colector habría generado a su vez la imposibilidad para adelantar otros tramos en ese sector, su no realización tampoco está justificada, esto, además, si se tiene en cuenta que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá indicó al contratista en varias oportunidades la posibilidad de adelantar la construcción de algunos tramos sin que se presentaran interferencias con el colector, a pesar de lo cual el contratista tampoco los ejecutó.

En relación con este último aspecto, es necesario mencionar que si bien en el dictamen pericial se indicó que la forma correcta de construir una red de alcantarillado es a partir del desagüe en dirección aguas arriba, lo cierto es que esa sola manifestación resulta insuficiente para desacreditar la orden que dio Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en cuanto a la posibilidad de adelantar algunos tramos de la obra sin necesidad de

la existencia del colector, puesto que los peritos simplemente se limitaron a contestar una pregunta formulada de manera general, pero sin detenerse a considerar los pormenores de este contrato, así como tampoco que dicha orden se dio con fundamento en que no había interferencia con el colector y que, en relación con algunos tramos, éstos podían desaguar de manera provisional en el tramo 61-67, razones técnicas que no fueron desacreditadas con el dictamen, ni por ninguna otra prueba obrante en el plenario¹²².

En consecuencia, como quiera que el contratista manifestó que la imposibilidad para adelantar las obras relacionadas con el acueducto se dio en razón de la imposibilidad de adelantar las obras de alcantarillado y que, a su vez, éstas se vieron truncadas por la imposibilidad de construir el colector combinado del barrio La Paz, con base en los argumentos antes expresados, la Sala tampoco encuentra justificación para que las labores relacionadas con el acueducto de este barrio no se hubieran adelantado.

Barrio El Portal.

- incumplimientos relacionados con la falta de disponibilidad de predios.

En relación con este sector, dijo la parte actora que la falta de autorizaciones en el tramo 2A-3A, implicó un cambio en el diseño, lo cual, a su vez, habría implicado una mayor cantidad de obra e incremento en la dificultad para realizarla, puesto que se requería mayor profundidad y longitud. Dijo que la falta de permisos en ese tramo afectó la ejecución del desagüe final del colector del barrio, que era la obra principal de la cual dependían las demás obras de ese sector.

Adicionalmente, dijo la parte actora que existieron inconvenientes para adelantar unas obras que afectaban unos terrenos de la Penitenciaría La Picota, en donde tampoco se tenía autorización para el desarrollo de los trabajos.

¹²² Al respecto ver nota de campo 044 del 15 de marzo de 1994. Folio 704 del cuaderno No. 3.

▪ **Primera etapa del contrato – 9 de agosto al 14 de diciembre de 1993 -.**

Obra prueba en el proceso en cuanto a que en la primera etapa del contrato la entidad pública no contaba con total disponibilidad de los predios de este sector. De ello da fe el contenido del acta de reunión del 21 de julio de 1993¹²³, así como el acta de iniciación de obras del 9 de agosto de 1993¹²⁴, en los siguientes términos:

“Se deja constancia que los terrenos donde se ejecutarán las obras corresponden a zonas públicas y los privados tienen los permisos y autorizaciones correspondientes excepto los siguientes:

(...)

Barrio El Portal: El corredor par la instalación del tramo Nos 14-14' y 96-14', pendiente definir su ejecución.

También el tramo 2A-3A, cuyo corredor está cercado por particulares y el permiso está en trámite.

En el alcantarillado combinado de diámetro 12”el tramo 95-23; está en trámite el permiso. Afecta los tramos 23-24; 24-25; 25-26; 26-30”.

Se tiene que según informe rendido el 21 de septiembre de 1993 por el Jefe de División de Auditoría de Area de Obras y Proyectos¹²⁵, a la fecha aún se encontraba pendiente de realizar los nuevos diseños definitivos de algunos tramos que presentaron inconvenientes técnicos. En cuanto al barrio El Portal, indicó que también estaba pendiente por definirse su ejecución, puesto que el corredor estaba cercado por particulares y se estaba tramitando un permiso de servidumbres.

En cuanto a las dificultades presentadas en el tramo 2A-3A, encuentra la Sala que, efectivamente, en la primera etapa del contrato no se tenía la disponibilidad de ese espacio y que, además, según consta en nota de campo 014 del 24 de septiembre de 1993, en esa fecha se le hizo entrega al contratista del esquema con las cotas y longitudes para ese espacio, con lo cual se habría resuelto este inconveniente.

¹²³ Folios 572 a 576 del cuaderno No. 3.

¹²⁴ Folios 73 a 78 del cuaderno No. 2.

¹²⁵ Folios 4 y 5 del cuaderno No. 5.

Respecto de la autorización del Penitenciaria La Picota, se cuenta en el proceso con la siguiente información:

Según nota de campo No. 014 del 24 de septiembre de 1993¹²⁶, el 10 de septiembre de ese año se llevó a cabo una reunión en la que se solicitó al contratista una comunicación escrita en la que indicara el personal, equipo, materiales y tiempo de duración de los trabajos a ejecutarse en el penal, información que el contratista no entregó sino hasta el 23 de septiembre de 1993, pero sin incluir el tiempo de duración de las obras; sine embargo, en esa misma fecha se le informó al contratista que podía iniciar los trabajos a partir del día 25 de ese mismo mes y año.

▪ **Segunda etapa del contrato – 15 de diciembre de 1993 a 19 de agosto de 1994-.**

En el anexo No. 1 de la adición No. 3 del contrato, consta que el subplazo establecido para este sector que inicialmente era de 120 días para acueducto, y 180 días para alcantarillado combinado y sanitario, se aumentó en 177 días más para cada sector¹²⁷.

En cuanto a las dificultades presentadas en el tramo 2A-3A, no se encuentran en el expediente reportes específicos en cuanto a ese espacio después de la fecha de adición del plazo.

Ahora bien, es oportuno señalar que, según la parte actora, la demora en la definición de la situación presentada en ese tramo habría afectado la construcción del desagüe final del colector combinado de ese barrio, que era la obra de la cual dependían todas las demás; sin embargo, dado que la situación de este espacio se solucionó en el mes de septiembre de 1993, es decir, durante la primera etapa del contrato, y que el plazo de ese frente se adicionó en prácticamente el mismo número de días inicialmente pactados para su ejecución, no encuentra la Sala que los incumplimientos del contrato que se presentaron en relación con el colector en la segunda fase de desarrollo de ese negocio jurídico puedan ser atribuibles a esa causa, más aun cuando, según se desprende de la nota de campo 047 del

¹²⁶ Folio 402 del cuaderno No. 3.

¹²⁷ Folio 84 del cuaderno No. 2.

30 de marzo de 1994¹²⁸ y del oficio 7420-94-555 del 7 de abril de 1994¹²⁹, el contratista presentó problemas de personal y materiales en la ejecución de esta parte del contrato. Dicen así los documentos:

"Nuevamente se solicitar terminar en forma inmediata los pozos del colector combinado en el sector El Portal San Agustín II y otro. A la fecha no se encuentra personal trabajando en esa actividad".

"Indicó que la instalación de colector de 1,00 mts del sector El Portal se encuentra sin presentar avance sin que exista justificación motivada desde el 23 de noviembre de 1993 fecha en que se suspendió su instalación, dijo que no existe obstáculo ni de terreno ni de diseño que lo impida, sino que lo que ha observado la interventoría es falta inexistencia de personal y equipo para continuar".

Información que fue ratificada por la interventoría mediante oficio 7420-94-0686 del 20 de abril de 1994¹³⁰.

Mediante comunicación JHVR-595 del 9 de mayo de 1994¹³¹, el contratista manifestó su inconformidad con lo indicado por la Interventoría en relación con los aspectos señalados, con fundamento en que desde el inicio del contrato la Empresa había aceptado la imposibilidad de adelantar las obras por falta del colector del barrio La Paz, tema que ya fue analizado y que, por las razones expuestas en su oportunidad, no puede ser considerado como válido de los incumplimientos de contratista.

En lo que a las obras de la Penitenciaría La Picota se refiere, se encuentra notas hasta el notas únicamente hasta el 26 de enero de 1994, lo que permite inferir que en la primera parte de la segunda etapa del contrato el tema fue superado, sin que pueda establecerse que por las dificultades que se presentaron en relación con la autorización para desarrollar los trabajos en ese centro carcelario y, a pesar de la prórroga otorgada para este sector, se hubieran generado grandes traumatismos que hubieran puesto al contratista en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.

¹²⁸ Folio 16 del cuaderno No. 4.

¹²⁹ Folio 491 de cuaderno No. 2.

¹³⁰ Folio 19 a 22 del cuaderno No. 4.

¹³¹ Folios 496 y 497 del cuaderno No. 2.

- incumplimientos relacionados con el cambio de diseños y la inexactitud de los planos.

Barrios La Paz y El Portal.

- **Primera etapa del contrato – 9 de agosto al 14 de diciembre de 1993 -.**

En lo que a estos dos frentes del contrato se refiere, una vez revisado el expediente no encontró la Sala que en la primera fase del contrato se hubiesen presentado cambios de diseño significativos o interferencias que hubieran puesto al contratista en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.

Al respecto, se encontraron las comunicaciones JHVR-416 y JHVR-420 del 14 y 15 de septiembre de 1993¹³², respectivamente, por medio de las cuales el contratista pidió que se haga un nuevo levantamiento de los primeros tramos del sector, e hizo alusión a la suspensión de las obras por orden de la Interventoría en razón a un cambio del proyecto en cuanto a un cambio de pendientes y costas de excavación, por lo cual solicitó la entrega del nuevo proyecto, pues, según dijo, debido a que la instalación de la tubería llegaba por debajo de la cota de lámina de aguas era necesario cambiar el proyecto en la mayoría de los tramos.

La Interventoría de la obra, por medio de nota de campo 009 del 20 de septiembre de 1993¹³³, se pronunció en relación con las anteriores comunicaciones, en el sentido de señalar que la suspensión de la obra se ordenó por 3 horas en el único frente en el que se estaba laborando y para manifestar que no existieron cambios de diseño y que por ello se podía seguir adelantando la obra en la forma en que se venía ejecutando.

Por el contrario, en lo que a las obligaciones del contratista corresponde, se observó que en esta primera fase del contrato y en relación con estos dos frentes de trabajo, venía incumpliendo sus obligaciones, por falta y baja calidad de materiales, falta de maquinaria e irregularidades en la ejecución de los trabajos.

¹³² Folios 444 y 446 del cuaderno No. 2.

¹³³ Folio 685 del cuaderno No. 2.

En efecto, en relación con la falta de materiales se tiene que en nota de campo 017 del 5 de octubre de 1993¹³⁴, la Interventoría dejó constancia en cuanto a que en los tramos del sector La Paz en donde se encontraba instalada la tubería no habían llegado ladrillos.

Igualmente, mediante oficio 8421-93-413 del 7 de septiembre de 1993¹³⁵, la Interventoría hizo las siguientes observaciones al contratista:

- “1. No se ha entregado a la Interventoría las oficinas correspondientes a los sectores de la referencia.*
 - 2. Los materiales a utilizar como base y atraque de la tubería no han sido suministrados para su aprobación por parte de la Empresa.*
 - 3. En la obra no existen a la fecha los equipos de compactación exigida por las especificaciones.***
 - 4. Las planillas de topografía del portal no han sido entregadas a Interventoría para su respectivo chequeo.*
 - 5. el manejo que se está dando a la tubería no es el apropiado encontrándose tubería rota en su cámara y su espigo la cual no será aprobada para su instalación.*
- (...)”.* (Se destaca).

En cuanto a la calidad de los materiales, mediante oficio 7420-93-001 del 6 de noviembre de 1993¹³⁶, la Interventoría informó al contratista que una vez efectuadas las pruebas de laboratorio en relación con los ladrillos llevados a la obra para los sectores de El Portal y La Paz, se estableció que no cumplían con las especificaciones, por lo cual se indicó que no podían ser utilizados en la obra.

Y, en relación con la ejecución de los trabajos, se encontró que el 23 de octubre de 1993 la Interventoría no autorizó continuar con la excavación hasta tanto procediera a solucionar los problemas que se estaban ocasionados por zanjas abiertas por mayor tiempo al permitido según las especificaciones¹³⁷. Posteriormente, el 29 de noviembre de 1993¹³⁸, manifestó su preocupación en razón a que se continuaban dejando zanjas abiertas por mayor tiempo del permitido, e hizo expresa referencia a la excavación del tramo 57-576 que

¹³⁴ Folio 683 del cuaderno No. 3.

¹³⁵ Folios 681 y 682 del cuaderno No. 3.

¹³⁶ Folios 7 y 8 del cuaderno No. 4.

¹³⁷ Nota de campo 022 del 23 de octubre de 1993. Folio 687 de cuaderno No. 3.

¹³⁸ Nota de campo 032 del 29 de noviembre de 1993. Folio 690 del cuaderno No. 3.

había permanecido descubierto por un período de dos meses sin hacer la instalación, según se dijo, por no tener en la obra el equipo necesario para remoción de roca.

▪ **Segunda etapa del contrato – 15 de diciembre de 1993 a 19 de agosto de 1994-**

En la segunda etapa del contrato se logró establecer la presencia de una interferencia – poste - en la zona de desarrollo del contrato en lo que concierne a la red de acueducto del sector Los Naranjos del barrio La Paz, por lo cual el contratista, mediante comunicación JHVR-646 del 18 de mayo de 1994¹³⁹, pidió que se solucionara este aspecto para poder continuar con el trabajo. Con base en las pruebas que obran en el proceso no es posible determinar la magnitud de los traumatismos que dicha interferencia pudo haber causado en el desarrollo de la obra.

En lo que al contratista concierne se logró establecer que los incumplimientos que venía presentando desde la etapa inicial se perpetuaron en la segunda fase. Así, por ejemplo, en relación con el desconocimiento de las especificaciones por zanjas abiertas, se tiene que mediante oficio 7420-93-285 del 27 de diciembre de 1993¹⁴⁰, la Interventoría indicó que a pesar de que el contratista se había comprometido a tapanlas no lo había hecho, por lo cual la petición se reiteró el 7 de enero de 1994. En el mismo sentido se encuentran las siguientes notas de campo: nota 040 del 28 de febrero de 1994, 042 del 9 de marzo de 1994, 050 del 7 de abril de 1994, 049 del 16 de abril de 1994, 055 del 11 de mayo de 1994 y el oficio No. 7420-94-1190 del 22 de julio de 1994¹⁴¹.

Persistió también la falta de materiales, de ello dan cuenta, entre otras, las siguientes pruebas: nota de campo 048 del 22 de febrero de 1994, en la que se señaló la falta de ladrillos, cemento y gravilla, nota de campo 040 del 28 de febrero de 1994, nota de campo 041 del 10 de marzo de 1994, nota de campo 044 del 15 de marzo de 1994. Así mismo, en oficio 7420-94-555 del 20 de abril de 1994, la Interventoría manifestó que la instalación del colector del barrio El Portal se encontraba sin presentar avances a pesar de que no existían

¹³⁹ Folio 468 del cuaderno No. 2.

¹⁴⁰ Folio 13 del cuaderno No. 4.

¹⁴¹ Folios 700, 705, 702, 708, 710, 711, 721 y 722 del cuaderno No. 3, respectivamente.

inconvenientes ni de terreno ni de diseño y que dicha situación en realidad se debía a la falta de personal y de equipo para continuar las labores¹⁴².

En cuanto a la calidad de los materiales, mediante comunicación JHVR-345 del 23 de marzo de 1994¹⁴³, manifestó el contratista que se encontraba verificando su calidad según indicaciones de la Interventoría, por lo cual había suspendido su suministro.

En relación con el personal, se encuentra también que era insuficiente para el desarrollo de las labores. En ese sentido la Interventoría dejó constancia en oficio 7420-93-285 del 27 de diciembre de 1993 en donde informó que en los frentes El Portal y La Paz únicamente habían 4 trabajadores, lo mismo que hizo en notas de campo 044 del 15 de marzo de 1994 y 050 del 7 de abril de 1994¹⁴⁴.

Al respecto, se encuentra también la comunicación JHVR-325 del 18 de marzo de 1994 por medio de la cual el contratista señaló que las labores se venían incrementando por la presencia de 30 obreros en el barrio La Paz; sin embargo, en comunicación JHVR-406 del 8 de abril de 1994, el mismo contratista señaló que en el frente El Portal a 5 de abril habían, al menos, dos trabajadores, mientras que en nota de campo 049 del 16 de abril de 1994, la entidad llamó nuevamente la atención del contratista por la disminución progresiva del personal y el 16 de junio, en oficio 7420-94-1069, manifestó que el número de personal que estaba trabajando en promedio en los frentes El Portal y La Paz era insuficiente para cumplir con las obras contratadas¹⁴⁵.

En relación con la insuficiencia de personal y de materiales, se destaca el contenido del oficio sin número del 28 de junio de 1994¹⁴⁶, así:

“Por medio de la presente y para los fines pertinentes, se realiza el listado de lo observado en la obra el día 27 de junio de 1994:

Barrio La Paz

- En el sector Caracas se encuentran laborando 7 obreros en el tramo 1A-1B.

¹⁴² Folios 705, 703, 704 del cuaderno No. 3 y 491 del cuaderno No. 2, respectivamente.

¹⁴³ Folio 463 del cuaderno No. 2.

¹⁴⁴ Folios 13 del cuaderno No. 4, 704 y 708 del cuaderno No. 3, respectivamente.

¹⁴⁵ Folios 462, 492 del cuaderno No. 2, 710 y 712 del cuaderno No. 3, respectivamente.

¹⁴⁶ Folios 713 y 714 del cuaderno No. 3.

- En el sector La Torre se encuentran 4 obreros en el tramo 85-18A.
- En el frente acueducto alcantarillado combinado no hay actividad.
Barrio El Portal.
- Desde el sábado 25 no hay nadie trabajando en el frente de acueducto que se vence el 30 de junio de 1994.
- En los frentes de alcantarillado la única actividad fue el relleno al lado del muro de la Picota.
(...)"

Igualmente, mediante oficio 7420-94-1112 del 8 de julio de 1994¹⁴⁷, se comunicaron al contratista las observaciones encontradas en la obra el día 2 de se mismo es y año, en cuanto al barrio El Portal se indicó que a pesar de que el subplazo había vencido el 30 de junio de 1994, para esa fecha el frente se encontraba sin actividad y que, además, estaban destapados los tramos 54-53-51-52, se indicó también que los frentes alcantarillado sanitario y alcantarillado combinado se encontraban inactivos a pesar de que el plazo contractual vencía el 30 de julio de 1994.

En cuanto al barrio La Paz, se mencionó que no había suficientes materiales para el alcantarillado del sector, puesto que sólo se llevó un viaje de recebo lo cual implicaba que el rendimiento fuera muy bajo, que en el sector Caracas se estaba excavando un tramo pero que no había materiales para la instalación de la tubería y que en el sector La Torre se realizó la excavación para el pozo 18, pero que no habían materiales para su construcción.

Posteriormente, mediante oficio 7420-94-1190 del 22 de julio de 1994¹⁴⁸, la Interventoría señaló que el abandono de las obras de los barrios El Portal y La Paz era absoluto al tiempo que solicitó al contratista corregir las anomalías que quedaron consignadas en el documento.

En relación con la falta de presencia en la obra de personal y materiales, el contratista indicó que se debía al hurto de materiales y a las amenazas que los trabajadores de la zona habrían recibido; sin embargo no obra prueba en el proceso que logre acreditar de manera fehaciente que tales hechos se hubieran presentado, así como tampoco que, de haber ocurrido, hubieran sido de tal magnitud que pusieran al contratista en imposibilidad de adelantar la ejecución de las obras.

¹⁴⁷ Folios 717 a 718 del cuaderno No. 3.

¹⁴⁸ Folios 721 y 722 del cuaderno No. 3.

Finalmente, se logrón también establecer que en relación con la ejecución de las obras se presentaron irregularidades que afectaron el desarrollo de los trabajos, de ello, por ejemplo, da cuenta la nota de campo No. 050 del 7 de abril de 1994¹⁴⁹, a través de la cual la Interventoría le manifestó al contratista que la tubería de acueducto no se estaba colocando a la profundidad exigida y que tampoco se le estaba colocando aspa a los últimos tres metros del tramo 44 – 44, por lo que, hasta que la situación no fuera corregida, estas obra no iban a ser recibidas.

Igualmente, en oficio 7420-94-1112 del 8 de julio de 1994¹⁵⁰, se señaló que en el barrio La Paz en el sector cebadal se encontraban excavaciones abiertas que estaban ocasionando por falta de señalización adecuada, además de que no se estaba cumpliendo con las especificaciones, que en ese frente se encontraba la tubería de 12" de acueducto destapada en su inicio y que por ella se estaban manejando aguas negras e introduciendo piedras, ladrillos, papeles, tablas a la red lo que en determinado momento ocasionaría su taponamiento.

De conformidad con la información recopilada hasta ahora, concluye la Sala que, desde el inicio del contrato y hasta su finalización, el contratista incurrió en inobservancias que no pueden ser justificadas a la luz de las falencias en las que también incurrió la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, pues ninguna de las pruebas que obran en el plenario es suficiente para establecer un nexo entre unas y otras, lo cual, dada la naturaleza de los incumplimientos en que incurrieron cada una de las partes, resultaba imprescindible para sacar adelante la excepción de contrato no cumplido alegada a favor del contratista, más aun si, como en este caso ocurre, la mera constatación de los hechos no pone en evidencia una necesaria conexión entre tales incumplimientos, lo cual, de suyo, impide tener por demostrado que las fallas atribuibles a la entidad pública contratante pudieran haber sido la causa de aquellas endilgables al contratista.

Además de lo anterior, para la Sala el recuento probatorio que viene de hacerse es suficiente para establecer que la gran mayoría de las fallas que pudieran ser imputables a

¹⁴⁹ Folio 708 del cuaderno No. 3.

¹⁵⁰ Folios 717 y 718 del cuaderno No. 3.

la entidad contratante se superó en la segunda etapa del contrato; sin embargo, no es lo mismo lo que puede predicarse en relación con el contratista, pues los incumplimientos que en relación con la insuficiencia de materiales, de personal y los relacionados con la deficiente ejecución de algunos trabajos se presentaron en la primera fase del contrato, persistieron en la segunda.

En ese sentido, es claro para Sala que si bien en el período de adición de los plazos del contrato se siguieron presentando algunos inconvenientes que eran de cargo de la entidad pública, lo cierto es que éstos eran mínimos en relación con los incumplimientos del contratista, los cuales, dada su naturaleza y reiteración a lo largo de toda la ejecución del negocio jurídico, eran lo suficientemente graves como para impedir que el contrato se desarrollara en forma adecuada, se hubieran, o no, presentado los incumplimientos atribuibles a la entidad pública contratante.

d) Los incumplimientos relacionados con los demás frentes del contrato 363 de 1992.

Dado que lo analizado hasta ahora impide que se declare la excepción de contrato no cumplido que invocó la parte actora en su favor para obtener la anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992 y como quiera que, a pesar de que se trataba de diferentes frentes, el contrato era uno sólo, resulta innecesario e irrelevante continuar con el estudio de los demás incumplimientos endilgados por la parte actora en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, pues aun cuando se logran acreditar, ninguno ellos tendría la virtualidad para justificar los incumplimientos del contratista que ya se establecieron en este proceso en relación con la ejecución de las obras de los barrios La Paz y El Portal.

En todo caso, no sobra advertir que al realizar el análisis de la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, se logró establecer que, así como en los dos casos analizados, en los demás barrios el contratista incurrió, en términos generales, en las mismas fallas, tanto en la primera como en la segunda etapa del contrato, así, por ejemplo, se tiene que:

En el barrio La Aurora, hay constancia en cuanto a que los porcentajes de compactación no cumplían con las especificaciones, que los ladrillos utilizados en el pozo 19 no cumplían con la resistencia requerida, lo cual implicó su demolición y la de los sumideros de los

pozos 30 y 19. Igualmente, la Interventoría advirtió sobre la falta de personal en la obra y el no reconocimiento de labores hasta que se arreglaran algunos aspectos¹⁵¹.

En el barrio La Fortaleza, se encontró que, al menos en la primera parte del contrato, se presentaron inconvenientes atribuibles al contratista por no seguir las indicaciones de la interventoría en cuanto a manejo de aguas y entibados para evitar derrumbes, igualmente, se logró establecer que los ladrillos y el concreto utilizado en el pozo No. 40 no cumplieron con las resistencias requeridas en las especificaciones, por lo cual se tuvo que demoler, lo cual afectó también el pozo 39 por haberse construido con los mismos materiales. Así mismo, se logró establecer la escases de material en la obra y la necesidad de cambiar el relleno de algunos tramos por deficiencias en la compactación¹⁵².

En cuanto a la segunda fase del contrato, se encontró que la Interventoría llamó la atención del contratista por el atraso de las obras, en vista de que no había problemas de predios, suministros o diseños. Igualmente, se estableció que el adelantamiento de los trabajos se afectó por falta del permiso de excavación, cuya “*obtención*”, según lo previsto en la cláusula 9 del contrato 363 de 1992, era obligación del contratista¹⁵³.

En cuanto a las licencias de excavación, ha de mencionarse que no le asiste razón a la parte actora en el sentido de que el pago que debía realizarse para su expedición corría a cargo de la entidad pública contratante, puesto que, de conformidad con lo estipulado por en la cláusula 9 del contrato, el demandante asumió la obligación de “*obtener*” las licencias necesarias para el desarrollo de la obra, de donde se desprende que su deber no se limitaba al mero trámite, sino a realizar todos los actos tendientes para lograr la expedición de ese documento.

¹⁵¹ Oficio 7420-94-495 del 22 de marzo de 1994, folio 47 del cuaderno No. 4, Nota de campo del 23 de marzo de 1994, folio 44 del cuaderno No. 4, Nota de campo del 23 de marzo de 1994, folios 45 y 46 del cuaderno No. 4, Oficio 7420-94-673 del 24 de abril de 1994, folio 38 del cuaderno No. 4, Oficio 7420-94-745/530503 del 12 de mayo de 1994, folio 37 del cuaderno No. 4, nota de campo de 6 de abril de 1994, folio 40 del cuaderno No. 4, respectivamente.

¹⁵² Notas de campo del 2 y 8 de septiembre de 1993, folios 410 y 53 del cuaderno No. 4, Notas de campo Nos. 1 y 3 del 10 de septiembre de 1993, folios 55 y 57 del cuaderno No. 4, nota de campo del 28 de octubre de 1993, folio 61 del cuaderno 4, órdenes de trabajo del 6 de diciembre de 1993, folios 70 y 71 del cuaderno No. 4, oficio 7420-94-430 del 11 de marzo de 1994, folio 208 del cuaderno No. 4.

¹⁵³ Oficio 7420-94-509 del 11 de abril de 1994, folio 602 de del cuaderno No. 3. y oficio 7420-94-729 del 29 de abril de 1994, folio 609 del cuaderno No. 4.

En lo que concierne al barrio Moralva, se tiene que, tanto en la primera, como en la segunda fase del contrato, el contratista presentó demoras en la presentación de planillas de excavación y de replanteo, así como también que en reiteradas ocasiones fue requerido por la Interventoría para que retirara la tubería necesaria para las obras de este sector, sin que el demandante procediera a ello¹⁵⁴.

En lo atinente al barrio Chuniza, se encontró que en la obra se presentó una marcada falta y baja calidad tanto de materiales como de maquinaria, la cual, al menos en dos oportunidades se retiró de la obra, sin que se procediera de manera rápida a su reposición, así mismo, se observó que algunos trabajos fueron realizados de manera deficiente y en desconocimiento de las instrucciones dadas por la interventoría, por lo cual ésta se negó a recibirlos¹⁵⁵, incumplimientos éstos que no pueden ser justificados a la luz de los que le fueron atribuibles a la entidad demandada.

¹⁵⁴ Oficios: 8421-93-327 del 17 de agosto de 1993, folio 94 del cuaderno No. 4, 8421-93-343 del 24 de agosto de 1993, folio 406 del cuaderno No. 3, 8421-93-419 del 8 de septiembre de 1993, folio 414 del cuaderno No. 3, 8421-93-484 del 23 de septiembre de 1993, folio 421 del cuaderno No. 3, 8421-93-256 del 1 de octubre de 1993, folio 104 del cuaderno No. 4, 8421-93-577 del 13 de octubre de 1993, folio 106 del cuaderno no. 4, 7420-93-005 del 3 de noviembre de 1993, folio 107 del cuaderno no. 4, 7420-93-016 del 4 de noviembre de 1993, folios 109 y 110 del cuaderno No. 4, 7420-93-0024 del 16 de noviembre de 1993, folio 112 del cuaderno no. 4, 7420-93-0084 del 19 de noviembre de 1993, folio 113 del cuaderno no. 4, 7420-93-227 del 21 de diciembre de 1993, folio 114 del cuaderno No. 4, 7420-94-112 del 26 de enero de 1994, folio 115 del cuaderno No. 4 y 7420-94-655 del 19 de abril de 1994, folio 117 del cuaderno No. 4.

¹⁵⁵ Oficios: 8421-93-351 del 20 de agosto de 1993, folio 97 C.4, 8421-Vf-93-007 y 8421-VF-93-008 del 3 de marzo de 1993, folios 124 y 125 el C.4, 8421-VF-93-009 y 8421-93-1112 del 7 de septiembre de 1993, folios 127 y 128 del C.4, 8421-VF-93-011 del 8 de agosto de 1993, folio 129 C4, 8421-93-41 del 13 de septiembre de 1993, folio 428 del C.3, 8421-93-488 del 24 de septiembre de 1993, folio 434 C.3, 8421-93-506 del 29 de septiembre de 1993 y 8421-93-511 del 29 de septiembre de 1993, folios 138 y 139 del C.4, 8421-93-529 del 1 de octubre de 1993, folio 140 C.4, 8421-VF-93-019 del 4 de octubre de 1993, folio 141 del C.4, 8422-VF-93-021 y 8422-VF-93-020 del 5 de octubre de 1993, folios 144 y 154 C.4, 8422-VF-93-025 del 6 de octubre de 1993, folio 146 C.4, 8422-VF-93-026 del 9 de octubre de 1993, folio 148 C.4, 8421-93-574 del 13 de octubre de 1993, folio 151 C.4, 8422-93-VF-036 del 21 de octubre de 1993, folio 161 C.4, 8422-VF-93-037 del 25 de octubre de 1993, folio 164 C.4, 8422-VF-93-038 del 26 de octubre de 1993, folio 165 C.4, 8422-VF-93-039 del 28 de octubre de 1993, folio 166 C.4, 8422- VF-93-039 y 8421-93-63 del 3 de marzo de 1993, folios 168 y 171 C.4, 7420-VF-93-001 del 8 de noviembre de 1993, folio 178 C.4, 8421-VF-93-002 del 10 de noviembre de 1993, folio 180 C.4, 7420-93-VF-006 del 16 de noviembre de 1993, folio 146 C.4, 7420-93-0089, 7420-93-081 y 7420-VF-93-007 del 19 de noviembre de 1993, folios 187, 188 y 191 C.4, 7420-VF-93-009 del 22 de noviembre de 1993, folio 191 C.4, nota de campo 003-AP del 26 de noviembre de 1993, folio 191 C.4, 7420-VF-93-012, 7420-VF-93-013 y 7420-VF-93-014 del 2 de diciembre de 1993, folios 194, 195 y 196 C.4, 7420-93-157 del 6 de diciembre de 1993, folio 197 y 198 C.4, 7420-VF-93-015 del 13 de diciembre de 1993, folio 200 y 7420-VF-193 del 14 de diciembre de 1993.

En lo relacionado con el barrio Diana Turbay, se tiene que, a pesar de que no se presentaron problemas de predios, servidumbres o suministro de tubería, el contratista jamás inició las obras y, en cambio, dejó tubería abandonada en la zona¹⁵⁶.

En lo concerniente al barrio Antonio José de Sucre se observó que además de la demora en la entrega del replanteo, la insuficiencia de materiales, mano de obra y maquinaria, la prueba hidráulica, en las veces que fue realizada, no fue superada¹⁵⁷.

En lo que respecta al barrio Emisario Final o Emisario Tunjuelo, se observó que el contratista incurrió en demora en la elaboración del replanteo y se presentó insuficiencia de materiales, personal y maquinaria. Adicionalmente, en este frente también tuvo repercusión la falta de la licencia de excavación¹⁵⁸.

Las obras de los barrios Duitama y El Socorro fueron recibidas a satisfacción por la entidad pública contratante.

De todo lo anterior queda por concluir que, al no hallarse acreditada la configuración de la excepción de contrato no cumplido, la pretensión consecuencial de incumplimiento que se sustentó dicha figura no puede prosperar, así como tampoco las pretensiones que se plantearon en la demanda de manera consecuencial a ésta, es decir, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá declaró la ocurrencia del siniestro de manejo de materiales y los perjuicios derivados del incumplimiento.

¹⁵⁶ Comunicación del 2 de noviembre de 1993, folio 644 C.4, orden de trabajo 363 del 19 de noviembre de 1993, folio 212 C.4, oficio 7420-94-430 del 11 de marzo de 1994, folio 208 C.4, oficio del 24 de junio de 1994, folio 205 C.4 y oficio 7420-94-1109 del 7 de julio de 1993, folio 202 C.4.

¹⁵⁷ Oficios: 8421-93-349 y 8421-93-VF-005 del 24 y 25 de agosto de 1993, folios 407 C.3 y 226 C.4, 8422-VF-93-017 y 8421-93-483 del 20 y 23 de septiembre de 1993, folios 230 C.5 y 420 C.3, 8421-93-525 y 8422-VF-93-032 del 1 y 10 de octubre de 1993, folios 232 y 335 C.4, 7420-VF-93-016, 7420-VF-019 y 7420-93-234 del 13, 16 y 20 de diciembre de 1993, folios 240, 241 y 243 C.4, 7420-94-303 del 22 de febrero de 1994, folio 244 C.4, 7420-94-366 y 7420-94-431 del 3 y 11 de marzo de 1994, folios 245 y 246 C.4, 7420-94-777 del 5 de mayo de 1994, folio 247 y 248 C.4, 7420-94-959 del 3 de junio de 1994, folio 249 C.4 y oficio del 24 de junio de 1994, folio 250 C.4.

¹⁵⁸ Oficios: 8421-93-380 del 30 de agosto de 1993, folio 408 C.3, 8421-93-390, 8421-93-447 del 3 y 15 de marzo de 1993, folios 409 y 429 C.3, 8421-93-442, 7420-93-198, 7420-93-285 del 13 y 27 de diciembre de 1993, folios 416, 598,599 C.4 y 13 C.4, 7420-94-0024 del 6 de enero de 1994, folio 255 C.4, 7420-94-293 del 21 de febrero de 1994, folio 264 C.4, 7420-94-325 del 25 de febrero de 1994, folio 265 C.4, 7420-94-367, Comunicación JHVR-261/94 y 7420-94-513 del 3, 11 y 14 de marzo de 1994, folios 266 C.4, 362, 563 C.2, 267 C.4 y 601 C.3, 7420-94-554, 7420-94-509, 7420-94-729 del 6, 11 y 29 de abril de 1994, folios 268 C.4, 602 C.3, 604 C.3 y 573 C.2, 7420-94-770 del 6 de junio de 1994, folio 260 C.4.

8. Los perjuicios derivados de la anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad de contrato 363 de 1992.

Como se explicó con antelación, los perjuicios solicitados en la demanda y cuya negativa se apeló tienen orígenes diferentes, puesto que unos se derivan de la pretensión de incumplimiento que se erigió sobre la base de la excepción de contrato no cumplido como un cargo a través del cual se pretendía obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992, cuyo reconocimiento ya fue negado de conformidad con las consideraciones que viene de exponerse y, otros, los relacionados con la anulación de esos mismos actos, pero con fundamento en el cargo de la violación del debido proceso del señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez, el cual fue acogido por el *a quo*.

En ese contexto y en atención a que la decisión adoptada por el Tribunal de primera instancia en ese sentido no fue objeto de apelación y que, por tanto, la anulación de los actos administrativos de caducidad del contrato 363 de 1992 con fundamento en el cargo de violación de debido proceso se mantiene incólume y, además, en consideración a que en el recurso de apelación se solicitó el reconocimiento de los perjuicios que fueron negados en la primera instancia, corresponde ahora a la Sala pronunciarse en relación con la procedencia, o no, de los derivados de dicha anulación, esto es, los ocasionados en virtud de la inhabilidad surgida en razón de aquellos actos, sin que sea posible cuestionar la decisión de anulación adoptada por el *a quo*, pues, se insiste, dicha determinación no fue objeto de apelación y, por tanto, no puede ser revisada en esta instancia.

8.1. Lucro cesante.

Expresó la parte actora que como consecuencia derivada de la caducidad administrativa del contrato 363 de 1992, el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez quedó inhabilitado para continuar ejecutando los contratos que tenía vigentes y, por contera, para percibir la utilidad proveniente de los mismos.

- Contrato 363 de 1992.

En cuanto al contrato 363 de 1992 se refiere, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que con base en lo analizado a lo largo de esta providencia se pudo establecer que el demandante incurrió en una serie de incumplimientos que eran de tal gravedad y magnitud que tenían la suficiente entidad como para truncar el desarrollo adecuado del proyecto y que esa circunstancia impide reconocer a su favor indemnización alguna, inclusive la derivada de la pérdida de la utilidad que esperaba percibir en razón de la ejecución del contrato, no pasa por inadvertido que la declaratoria de caducidad que se anuló en la primera instancia de este proceso imposibilitó al contratista para continuar con la ejecución del negocio jurídico y, por tal motivo, le arrebató la posibilidad de terminar las obras en el tiempo pactado y, en consecuencia, de recibir la utilidad que esperaba obtener, esto es, le ocasionó una pérdida de oportunidad.

Ahora bien, la Sala se permite citar en extenso en esta oportunidad la sentencia proferida por esta Corporación del 11 de agosto de 2010¹⁵⁹, dada, además de la pertinencia del asunto, la precisión y la claridad con la que abordó la pérdida de la oportunidad en la citada providencia.

*“De acuerdo con esta concepción, entonces, ‘la doctrina de la pérdida de oportunidad **se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal**’¹⁶⁰, por manera que no deben catalogarse como ‘pérdida de chance’ ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance ‘... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada’¹⁶¹. (Destaca la Sala).*

¹⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

¹⁶⁰ Eiusdem, p. 88.

¹⁶¹ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, La teoría de la pérdida de oportunidad, cit., p. 88. En el mismo sentido, el autor citado —p. 89— expresa lo siguiente en relación con el tipo de supuestos en los cuales la noción de pérdida de oportunidad debe tener aplicación: “Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y

(...)

El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto¹⁶²; de allí que resulte atinado aseverar que ‘cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño’¹⁶³.

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de la probabilidad de obtener el aludido provecho o de eludir el referido detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos —la pérdida de la ventaja esperada— sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala —la pérdida de chance—.

(...)

reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada” (énfasis añadido).

¹⁶² GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación, cit., pp. 42-57.

¹⁶³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil. Tomo II, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de destacar la que entiende que es la “diferencia entre incertidumbre causal y pérdida de oportunidad —título número 354 de la obra aludida— el citado autor afirma que “el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad”.

Sin embargo, la aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante¹⁶⁴ —baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, por vía de ejemplo, frente a eventos de responsabilidad médica¹⁶⁵—, es una cuestión que no precisa, en modo alguno, del recurso a la figura de la pérdida de oportunidad, cuyos alcances, propósitos y ubicación conceptual entre los elementos del juicio de responsabilidad son claramente diversos, según se ha dejado expuesto: la causalidad probabilística perfectamente puede operar en el territorio del examen de la relación causal, sin necesidad de entremezclarse o de confundirse indebidamente con el contenido de una modalidad singular del daño, como lo es la pérdida de chance o de oportunidad.

(...)

En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la

¹⁶⁴ El aludido recurso a la causalidad probabilística ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos:

“En términos generales, y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante. No basta con que el hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante” (subraya la Sala). Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño, Civitas, Madrid, 1995, pp. 77-79.

¹⁶⁵ A este respecto pueden verse los siguientes pronunciamientos, a los cuales se hará nuevamente alusión, con mayor detenimiento, más adelante dentro del presente proveído: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”.

Adicionalmente, en la mencionada providencia se señalaron los siguientes requisitos cuya concurrencia se precisó con el propósito de que pueda considerarse configurada la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto:

*“(i) **Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde**, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’¹⁶⁶ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes¹⁶⁷;*

*(ii) **Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento**, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida¹⁶⁸; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el ‘chance’ aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por*

¹⁶⁶ Idem, pp. 38-39.

¹⁶⁷ A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, Responsabilidad civil extracontractual, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 263.

¹⁶⁸ HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían¹⁶⁹—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida’¹⁷⁰ (Negrillas fuera de texto).

Dado que en el proceso se logró establecer que los incumplimientos en los que había incurrido el demandante desde el inicio de la ejecución de las obras correspondientes al contrato 363 afectaron su normal desarrollo, para establecer si en este caso la pérdida de oportunidad a la que se ha hecho alusión puede considerarse como un daño indemnizable, la Sala deberá tener en cuenta esa circunstancia, de manera conjunta con el avance de los trabajos y el tiempo que restaba para que venciera el plazo acordado por las partes para la ejecución de las obras, a la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad.

Según lo pactado por las partes en la cláusula cuarta del contrato, el plazo inicial era de 180 días para los barrios del grupo I y 270 días para los plazos del grupo II; sin embargo,

¹⁶⁹ Al respecto la doctrina afirma que “...‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio””. Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.

¹⁷⁰ ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, cit., pp. 110-111.



según lo dispuesto en el numeral 16 del pliego de condiciones¹⁷¹, el plazo único de contrato era el de 270 días, es decir, el del grupo II que era el mayor.

Posteriormente, a través de adición No. 3 al contrato suscrita el 14 de diciembre de 1993¹⁷², las partes acordaron ampliar los plazos en 161 días para el grupo I, que vencían el 26 de julio de 1994, y en 94 días para el grupo II, que terminaban el 6 de agosto de esa misma anualidad, de tal manera que, siguiendo los lineamientos del pliego de condiciones, debe considerarse que la vigencia del contrato iba hasta esa última fecha por ser el plazo mayor acordado.

Ahora bien, de conformidad con el informe rendido por la Gerencia Técnica, Dirección de Interventoría, División de Supervisión de Obras, cuyo contenido no fue desvirtuado en este proceso, faltando un día para vencerse el plazo total del contrato, es decir, a 5 de agosto de 1994, el avance total de ejecución de las obras ascendía apenas a un 22%, por lo cual la Sala concluye sin dubitación alguna que el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez no se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender terminar las obras y obtener la utilidad esperada por ese trabajo, más aún si se tiene en cuenta que, según el contenido del acta de recibo final de la obra¹⁷³, en los frentes Diana Turbay, Moralva, y La Paz combinado el contratista no había efectuado ninguna actividad, lo cual impide que se reconozca indemnización alguna por este concepto.

- Otros contratos.

A pesar de que la parte actora manifestó que fueron varios los contratos que se terminaron en razón de la inhabilidad que se generó como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992, la Sala únicamente logró establecer que esa circunstancia se materializó en relación con el contrato 365 de 1992, pues así se desprende

¹⁷¹ Folio 89 del cuaderno No. 14.

¹⁷² Folios 83 y 84 del cuaderno No. 2.

¹⁷³ Folios 277 a 289 del cuaderno No. 4.

expresamente de la siguiente comunicación remitida al contratista por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá:

“De acuerdo a la Resolución 0315, la Gerencia General confirmó la resolución 0237 del 20 de junio de 1994, por la cual se declaró la caducidad administrativa al contrato 363 de 1992.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 la caducidad, constituye una inhabilidad sobreviniente a Usted como contratista, ya que se encuentra impedido para continuar ejecutando los contratos estatales vigentes, entre ellos el contrato 365 de 1992.

(...)

Por lo anterior, es nuestro deber informarle a Usted, el impedimento para continuar la ejecución del contrato 365/92...”¹⁷⁴.

Así las cosas, en atención a que se encuentra demostrado que fue la inhabilidad surgida de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992 la circunstancia que impidió que el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez terminara el contrato 365 de 1992 y, en consecuencia, que obtuviera la utilidad que esperaba percibir por su ejecución, ante la decisión de anular los actos administrativos por medio de los cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá tomó dicha determinación, la Sala encuentra acreditada la existencia del perjuicio de lucro cesante en relación con ese negocio jurídico y, por tal razón, deberá proceder a su reconocimiento.

Dado que en el expediente no obra copia del contrato 365 de 1993, así como tampoco de la propuesta presentada por el contratista para su ejecución, para establecer la cuantía del daño que por concepto de lucro cesante le fue irrogado a la parte demandante se acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹⁷⁵— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

¹⁷⁴ Folio 148 del cuaderno No. 5.

¹⁷⁵ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

En ese sentido y como quiera que, según la información que obra en el proceso, el contrato 365 de 1992 que se celebró con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, tuvo por objeto desarrollar obras similares a las del contrato 363 de 1992, ambos celebrados en el marco del proyecto PAS adelantado por esa misma entidad, la Sala tomará el mismo porcentaje de utilidad que el contratista calculó en la propuesta que presentó para el contrato 363, es decir, el equivalente al 6% del valor total del contrato¹⁷⁶.

Así las cosas, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá deberá cancelar a favor del contratista el valor equivalente al 6% del valor total del contrato 365 de 1993, o, en caso de que el demandante hubiera alcanzado a recibir algún valor por concepto de utilidad de ese contrato, se deberá pagar a su favor el valor que le hubiere faltado percibir en relación con ese porcentaje.

Se aclara que las conclusiones arrojadas en la experticia en relación con este aspecto no serán consideradas, por cuanto los cálculos realizados por los peritos se elaboraron sobre la base del reconocimiento, no sólo de la utilidad, sino de todo el componente del AIU, es decir, incluyendo gastos de administración e imprevistos, los cuales son costos propios del contrato y, no ingresos del contratista, por tanto, no es posible entender que su patrimonio se hubiere afectado al no percibirlos.

Igualmente, si bien en el dictamen pericial se indicó que existieron otros contratos afectados en razón de la inhabilidad surgida de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992, lo cierto es que no obra en el proceso ninguna prueba que indique que tales negocios jurídicos se hubieran encontrado vigentes para la fecha en que quedó en firme la resolución por medio de la cual se adoptó dicha determinación y, menos aún, que su terminación hubiese obedecido a la señalada circunstancia, razón por la cual la Sala tampoco otorgará mérito probatorio a la experticia en lo que a este asunto concierne.

- La pérdida de oportunidad.

Como quiera que en al sustentar la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia la parte actora solicitó que se reconociera a su favor la “*indemnización de perjuicios solicitada en la demanda*” y que en ésta se pidió la indemnización de “*los*

¹⁷⁶ Folio 391 del cuaderno No. 14.

perjuicios de todo orden (morales y materiales), que se le han causado, por razón de la indebida terminación unilateral e intempestiva del contrato y por las actuaciones administrativas irregulares cumplidas dentro de la ejecución del mismo (anteriores y posteriores a la declaratoria de caducidad)...”, al encontrar acreditada la existencia de la pérdida de oportunidad de contratar con el Estado por un período de 5 años, derivada de la declaratoria de caducidad de contrato 363 de 1992, la Sala deberá proceder a su reconocimiento, según las razones que pasan a exponerse:

Como ya se dijo, en el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de obra 363 de 1992 y por disposición expresa contenida en el litera c) y en el inciso final del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez quedó automáticamente inhabilitado para participar en procesos de selección con el Estado, así como para celebrar y ejecutar contratos con éste por el término de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria del mencionado acto administrativo.

En ese contexto, resulta razonable concluir que el demandante sufrió un daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad para participar en procesos de selección en procedimientos administrativos con entidades públicas en Colombia, para celebrar y ejecutar contratos estatales y, en tal virtud, se le privó también de la oportunidad que tenía para obtener un beneficio económico proveniente de tal actividad.

Así las cosas, encuentra la Sala que en este caso se reúnen los requisitos necesarios para que se entienda configurado el daño consistente en la pérdida de oportunidad, pues existe **certeza** en cuanto a que, por disposición legal, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato No. 363 de 1992, el demandante quedó inhabilitado para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, **oportunidad que perdió definitivamente** durante ese lapso; así mismo, se encuentra demostrado que el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez, antes de la declaratoria de caducidad se **encontraba en una situación potencialmente apta para contratar con el Estado**, tanto así que celebró el negocio jurídico el cual fue objeto de la declaratoria de caducidad.

- La liquidación del perjuicio.

Para llevar a cabo las correspondientes operaciones y razonamientos en orden a establecer en qué monto la oportunidad perdida es resarcible, la Corporación en la sentencia del 11 de agosto de 2010 que viene de citarse, se basó en las ilustraciones que para tales efectos ha señalado la doctrina, así:

“... el juez debe realizar un análisis retrospectivo, para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Una vez situado allí, tendrá que realizar un análisis prospectivo de cómo podría haber evolucionado la situación del perjudicado, de acuerdo con las circunstancias en que se encontraba; es decir, determinar cuál de sus posibilidades era la de más probable realización. Establecido ello, se deberá evaluar, aproximadamente, cuál era la proporción estimativa de esa posibilidad, en comparación con los otros escenarios futuros posibles de la víctima.

Sólo entonces surgirá la cuantificación definitiva del chance perdido. Cuando se determine si era probable que se concretara y, por lo tanto, fuese indemnizable; en su caso en qué medida o proporción lo era o si en definitiva no lo era verdaderamente, en cuyo caso no sería, entonces, resarcible”¹⁷⁷.

Con base en lo anterior, en la citada providencia se concluyó que:

“Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida”.

Aunado a lo anterior, en similares términos la Sección Tercera discurrió respecto del tema en cuestión en los siguientes términos:

“(...) la institución de la pérdida de oportunidad debe lidiar con una dificultad intrínseca, que le es connatural a su concepto, esto es, la cuantificación del perjuicio, ya que en la mayoría de los casos no existe una forma de determinar con precisión cuáles eran las probabilidades que se tenían de evitar el daño o de obtener una ganancia. No obstante lo anterior, la forma más adecuada de hacer una aproximación a ese porcentaje de pérdida, es el análisis de las circunstancias fácticas presentadas y avaladas por el acervo probatorio, asimismo, los datos que la estadística pueda proporcionar en relación con la pérdida de la oportunidad. De forma subsidiaria, el juez deberá echar mano de la

¹⁷⁷ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, La pérdida de chance, cit., pp. 276-277.

equidad y el principio de reparación integral como lo ordena el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

En consideración a que la pérdida de oportunidad permite hacer una proyección porcentual del daño, la indemnización de todos los perjuicios reconocidos por la ley y la jurisprudencia se tasarán en función de la probabilidad pérdida, que para efectos prácticos y de indemnización, es el mismo criterio usado cuando concurren culpas en un daño antijurídico”¹⁷⁸.

Ahora, si bien en el dictamen pericial rendido en el proceso los peritos determinaron el valor al que correspondería la indemnización por este concepto, la Sala no lo tomará, toda vez que el cálculo realizado se proyectó con miras a establecer “*lo que esperaba percibir*” el contratista dentro de los 5 años siguientes a la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992, más no a calcular la probabilidad de obtener, o no, las utilidades esperadas.

Adicionalmente, se observó que para calcular los valores que el contratista esperaba obtener dentro de los 5 años posteriores a la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992, no se realizó una proyección sobre posibles utilidades, sino sobre el total del AIU, los cuales, según se explicó al estudiar el lucro cesante reclamado en relación con la ejecución del contrato 363 de 1992, son costos propios del contrato que, por esa misma razón, no puede afectar el patrimonio de contratista.

Así pues, dado que en este caso se cuenta con los elementos suficientes para establecer la existencia del daño relativo a la pérdida de oportunidad mas no con aquellos que permitan determinar su cuantificación, toda vez que, si bien en el dictamen pericial obra pronunciamiento técnico relacionado con este punto¹⁷⁹, el mencionado experticio no se ajusta a los presupuestos jurisprudenciales de ésta Corporación en cuanto a su liquidación¹⁸⁰, le corresponde a la Sala proferir una condena en abstracto en relación con este punto, con el propósito de que, a través de un incidente, se practiquen las pruebas necesarias que permitan dilucidar este extremo de la litis.

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 25869. Sentencia de 24 de octubre de 2013. M.P.: Enrique Gil Botero.

¹⁷⁹ Dictamen Pericial, folios 150 – 154 cuaderno No. 13.

¹⁸⁰ Sobre la liquidación de perjuicios relacionados con la pérdida de oportunidad consultar Sentencias de ésta Sección No. 24559 del 26 de junio 2013, No. 25132 del 12 de junio 2013, No. 15024 del 12 de julio de 2012.

En consecuencia, en caso de llegar a promoverse el referido incidente, el Tribunal Administrativo de origen deberá realizar la liquidación del perjuicio, teniendo en cuenta para ello las bases que se señalan a continuación, las cuales se fijaron atendiendo las pautas a las que hizo referencia la Corporación en la sentencia del 11 de agosto de 2010 que viene de citarse, así:

- Información que deberá acreditarse.

La parte actora deberá allegar la documentación contentiva de la información que se describe a continuación, para cada uno de los cinco (5) años anteriores a la fecha de ejecutoria del acto administrativo a través del cual se declaró la caducidad del contrato:

1.1. Estados de resultados, firmados por profesional idóneo (Contador Público con tarjeta profesional vigente ante la Junta Central de Contadores), en los cuales se deberá evidenciar la siguiente información: i) A_i = Ingresos operacionales; ii) B_i = costos y gastos operacionales; iii) C_i =Utilidad operacional, la cual se obtiene de la diferencia entre A_i y B_i ($C_i=A_i-B_i$). El subíndice i varía entre 1 y 5 y corresponde a cada uno de los años en estudio.

1.2. Facturas, cuentas de cobro o certificaciones expedidas por las entidades estatales, con las cuales se acredite el monto de la contratación con el Estado para cada uno de los años mencionados.

- Bases para el cálculo.

A continuación indicará la Sala las bases que se deben tener en cuenta por el Tribunal, a efectos de determinar: *i)* el monto de la contratación estatal, *ii)* las posibles utilidades derivadas de la misma y con base en la información arrojada de tales aspectos calcular *iii)* el costo de la pérdida de oportunidad.

A través de un método estadístico apropiado se deberá proyectar la pérdida de oportunidad en relación con la contratación estatal durante los cinco (5) años en los cuales tuvo efecto la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad, a la cual alude el artículo octavo, letra c, de la Ley 80 de 1993, lo cual se hará con base en el comportamiento de la actividad



contractual con el Estado de la demandante, durante el mismo número de años, inmediatamente anteriores a la entrada en vigencia de tal inhabilidad.

Comoquiera que la pérdida de oportunidad se debe calcular de manera proporcional al beneficio que se esperaba percibir, con base en la contratación estatal de los cinco (5) años anteriores a la declaratoria de caducidad, se deberá proyectar la utilidad de los cinco (5) años en los que permaneció vigente la inhabilidad.

La proyección se deberá realizar con base las siguientes pautas:

a) Se debe obtener la suma de los contratos celebrados por el demandante con el Estado dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad administrativa del contrato 363 de 1992.

b) Con base en el método contable que se considere apropiado, se deberá calcular el porcentaje de las utilidades derivadas de los contratos celebrados por el demandante dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad administrativa del contrato 363 de 1992.

c) Con base en el método estadístico que se considere adecuado y teniendo en cuenta la información obtenida según lo indicado en el punto a), se deberá proyectar el valor correspondiente a los contratos que hubiera podido celebrar el demandante durante los cinco (5) años en los cuales permaneció vigente la inhabilidad para contratar con el Estado.

d) Al valor que resulte después de desarrollar el punto anterior, se deberá aplicar el porcentaje de utilidad hallado según lo indicado en la letra b).

Así entonces, a partir de los valores contratados en los cinco (5) años anteriores a la declaratoria de caducidad, será posible predecir los valores de los contratos que corresponderían a los cinco (5) años posteriores a dicha declaratoria, sin embargo, como no se cuenta con la certeza absoluta de que efectivamente los hubiera contratado, toda vez que en la vida cotidiana la posibilidad real de recibir tales sumas se encuentra sometida a una serie de contingencias, resultará necesario ajustar tales valores en función de una

interpretación probabilística que permita vislumbrar cómo puede ser afectado el resultado por diversas circunstancias externa, por tanto:

e) Al valor que resulte después de desarrollar el punto *d)*, con base en un método estadístico que se considere adecuado, se le deberá aplicar la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener las utilidades anteriormente proyectadas.

f) La probabilidad aplicada a la proyección de la utilidad constituirá el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió el demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992.

- Indemnización en caso de un único contrato estatal.

Precisa la Sala que la forma de efectuar los cálculos que antes se expresó parte del presupuesto de que se trata de una contratista habitual del Estado, cuyos volúmenes de contratación se ven perfectamente reflejados en sus estados de resultado; en virtud de lo cual es posible estadísticamente estimar tendencias y aproximarse a resultados respecto de la oportunidad perdida.

Sin embargo, puede ocurrir que la persona afectada con la declaratoria de caducidad no hubiere sido un contratista habitual del Estado, o que no logre acreditar la celebración de más de un contrato estatal, evento en el cual se deberá estimar el monto de la indemnización, de la siguiente forma:

i) Atendiendo a los criterios expuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 12 de julio de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 15.024, en la que, en un caso como el descrito, se estimó, con base en la equidad, que el contratista podía ejecutar un contrato igual a aquel cuya caducidad le fue declarada por cada uno de los cinco (5) años de vigencia de la inhabilidad, respecto de cada uno de los cuales debía serle indemnizada la utilidad.

Luego, siguiendo las pautas descritas anteriormente se deberá:

ii) Calcular el valor de utilidad con base en el método contable que se considere apropiado.

- iii) Calcular la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener tales utilidades.
- iv) La probabilidad aplicada a la utilidad constituirá el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió la demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992.

8.2. Perjuicios morales.

En relación con los perjuicios morales reclamados por la parte actora, resulta pertinente establecer, como lo señaló la Corporación en sentencia del 8 de febrero de 2001¹⁸¹, que en materia contractual es perfectamente válido que el Juez condene a la parte demandada por este concepto, no obstante, dicho reconocimiento está condicionado, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, a la prueba de su existencia. Al respecto se ha manifestado:

“En otras palabras, los precitados perjuicios morales contractuales, que pudieron ocasionarse con la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, y que podrían consistir, según el caso, en el pesar, angustia, congoja, tristeza, desolación etc. que sufrió el contratista, requieren ser demostrados en el proceso, como todo aquel perjuicio respecto del cual se pretenda su resarcimiento.

Así lo precisó la Sala al negar los perjuicios morales reclamados por el contratista; afirmó:

“En general, la doctrina del Consejo de Estado¹⁸² ha sido reacia a reconocer el perjuicio moral tratándose de responsabilidad patrimonial contractual o precontractual, aunque no niega su procedencia en el evento de que se presentare lesión a alguno de los bienes extrapatrimoniales (honor, reputación, etc.) y estuviese demostrada en el expediente. En el subjuicio no procede la condena por daño moral solicitada por el actor por cuanto no hay una sola prueba que así lo indique y los perjuicios no pueden presumirse del sólo incumplimiento obligacional (¹⁸³).

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad: 12848 M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁸² Ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de julio 25 de 1985. Expediente 2963 Magistrado Ponente Julio César Uribe Acosta; Sentencia del 24 de septiembre de 1987. Expediente 4039. Magistrado Ponente Jorge Valencia Arango y Sentencia del 24 de agosto de 1990. Expediente 5712. Consejo Ponente Gustavo De Greiff Restrepo.

¹⁸³ Sentencia proferida dentro del expediente 10038 el día 6 de marzo de 1997; actor: Oscar Gómez España.

Es cierto que el acto de caducidad del contrato puede alterar el good will del contratista sancionado lo que indiscutiblemente causaría su afectación emocional; pudo acontecer también que a raíz del mismo acto el contratista sancionado perdiese nuevas oportunidades de contratar, lo que también podría afectar su tranquilidad y autoestima, pero todas estas posibilidades, causas y efectos, de llegar a concretarse en la realidad, deben acreditarse ante el juez del contrato para que, establecida su existencia y magnitud, profiera la deprecada decisión condenatoria.

La sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no es de recibo para la Sala; no es dable presumir, porque no existe sustento normativo, que la expedición de un acto de caducidad del contrato declarado nulo, causa perjuicios morales”.

Así las cosas, sin duda alguna la prueba del perjuicio es condición necesaria para que proceda su restablecimiento y, comoquiera que en el presente asunto la parte demandante no acreditó la existencia de los perjuicios relacionados con su congoja, angustia, pesar no habrá lugar a concederlos.

9. Condena en costas

La parte demandante solicitó que se condene en costas a la entidad demandada.

En relación con el tema se tiene que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dispuso que: *“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.*

Lo anterior significa que no basta que la parte sea vencida, sino que se requiere valorar la conducta asumida por ella en el proceso. Como en el presente asunto no se vislumbra

temeridad, ni mala fe de la parte demandada, la Sala se abstendrá de condenarla en costas de conformidad con lo reglado en la norma antes citada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2004 por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual, en consecuencia, en su parte resolutive quedará así:

1.- DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

2.- DECLARAR la nulidad de las resoluciones 0237 del 20 de junio de 1994 y 0315 del 15 de agosto de 1994, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato 363 de 1992.

3.- Como consecuencia de la declaración anterior, **CONDENAR** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**, a pagar a favor del señor **JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ** el valor equivalente al 6% del valor total del contrato 365 de 1992, o, en caso de haber recibido alguna parte de la utilidad, a la parte que le hubiere faltado percibir en relación con ese porcentaje.

4.- CONDENAR en abstracto a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**, a pagar a favor del señor **JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMIREZ**, a título de pérdida de oportunidad, la suma que resulte liquidada mediante trámite incidental, en los términos y bajo las pautas que se dejaron sentadas en la parte considerativa de la presente providencia.

5.- NO DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 0136 del 2 de mayo de 1995 y de la Resolución No. 0311 del 9 de agosto de 1995, proferidas por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**.

6.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.



6.- Sin condena en costas.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA