

CONTRATACION ESTATAL - Régimen del contrato / CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Régimen legal aplicable / EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA - Establecimiento público del orden distrital / REGIMEN LEGAL APLICABLE - Decreto Ley 222 de 1983. Acuerdo 06 de 1985. Código Fiscal de Bogotá / CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS - Administrativos. Derecho privado / CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS - Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Contrato de obra pública / CONTRATO ADMINISTRATIVO / Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Cláusulas obligatorias

El contrato sobre el cual versa la presente controversia, es un contrato de obra pública celebrado por la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ –E.E.B.- el 27 de febrero de 1990, época para la cual su naturaleza jurídica era la de un establecimiento público del orden distrital sujeto a las normas del Decreto-Ley 222 de 1983 relativas a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios de terminación, modificación e interpretación unilateral –artículo 1º- y a las normas del Acuerdo 06 de 1985 contenido del Código Fiscal de Bogotá, en lo demás. El Decreto-Ley 222 de 1983, clasificaba los distintos contratos que podían celebrar las entidades estatales en contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración (art. 16), disponiendo en cuanto a los primeros, su sometimiento a las normas contenidas en el referido estatuto, mientras que para los segundos, estableció que, salvo lo dispuesto expresamente en el mismo decreto, les serían aplicables las normas de derecho privado. El contrato de obra pública fue incluido dentro de la primera clasificación como contrato administrativo, razón por la cual, en sus efectos, se hallaba sujeto a todas las disposiciones del estatuto contractual de la Nación. En los contratos administrativos regulados por el Decreto 222, resultaban de obligatoria inclusión las cláusulas de caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, cláusula penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar (art. 60).

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 16 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 60 / ACUERDO 06 DE 1985 / CODIGO FISCAL DE BOGOTA

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Contrato de obra pública / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Cláusula sobre multas / MULTAS - Imposición / MULTAS - Noción

En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: “No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o e incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en

oportunidad debida el objeto contractual". En el caso sub-examine, el contrato de obra pública n.º 5168 entre la Empresa de Energía de Bogotá y Construcciones Domus Ltda., consagraba la facultad de la entidad contratante de imponer multas al contratista -el equivalente a 1000 dólares por día de retraso en relación con los plazos máximos establecidos en el anexo 2-.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983

NOTA DE RELATORIA: Sobre indemnización y reparación del daño a través de las multas consultar, sentencia de 28 de abril de 2005, Expediente número 14393 y sentencia de 14 de julio de 2005, expediente número 14289. En relación con la imposición de multas como un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, ver sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente número 18496, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Caducidad administrativa del contrato / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Procedencia

En relación con la caducidad administrativa del contrato, el artículo 62 del Decreto-Ley 222 de 1983 -en disposición que fue reiterada por el artículo 286 del Código Fiscal de Bogotá-, establecía que se trataba de una cláusula de forzosa estipulación en los contratos administrativos que no fueren de compraventa de bienes inmuebles o de empréstito y que procedía, entre otras causales, por el incumplimiento del contratista del que se derivaren consecuencias que hicieren imposible la ejecución del contrato o se causaren perjuicios a dicha entidad. Y conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del mencionado Decreto-Ley 222 -reiterados en los artículos 287 y 288 del Código Fiscal de Bogotá-, la declaratoria de caducidad debía producirse a través de un acto administrativo debidamente motivado proferido por el jefe de la entidad contratante, en el cual se debían establecer los efectos de tal declaratoria así como las prestaciones a las que las partes quedaban obligadas, con la advertencia de que el acto administrativo, en cuanto ordenara hacer efectivas las multas ya impuestas y el valor de la cláusula penal pecuniaria, prestaría mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 62 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 63 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 64 / ACUERDO 06 DE 1985 / CODIGO FISCAL DE BOGOTA - ARTICULO 286 / ACUERDO 06 DE 1985 / CODIGO FISCAL DE BOGOTA - ARTICULO 287 / ACUERDO 06 DE 1985 / CODIGO FISCAL DE BOGOTA - ARTICULO 288

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Caducidad administrativa del contrato / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Declaratoria / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Noción. Definición. Concepto / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Consecuencias / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Sanción grave para el contratista. Inhabilidad

La declaratoria de caducidad del contrato es la facultad que tiene la entidad contratante de terminar de manera anticipada y unilateral un contrato estatal cuando se dan las causales legalmente consagradas para ello, con la finalidad de retomar su ejecución de manera directa o a través de otro contratista o del garante, según el caso y de esta manera, garantizar la obtención del objeto

contractual perseguido. Por las consecuencias que de tal declaratoria se desprenden para él, se ha considerado que la declaratoria de caducidad del contrato constituye así mismo la sanción más grave a la que se puede ver abocado el contratista, toda vez que ella se traduce en una causal de inhabilidad para contratar con las entidades del Estado durante un lapso de 5 años y permite así mismo, hacer efectivas tanto las multas impuestas como la cláusula penal pecuniaria, constituyéndose en el siniestro de incumplimiento que permite efectuar el cobro de la correspondiente garantía contractual; no obstante, la principal finalidad de dicha decisión, como ya se dijo, es permitir la cumplida ejecución del objeto contractual requerido por la Administración, una vez terminado el contrato con el contratista incumplido.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Caducidad administrativa del contrato / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Declaratoria / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Oportunidad. Reiteración jurisprudencial / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Facultad. Reiteración Jurisprudencial

En relación con la oportunidad dentro de la cual se puede ejercer la facultad de declarar la caducidad del contrato, la jurisprudencia actual de la Sala considera que en razón de su misma naturaleza y finalidad, la cual no es otra en últimas que la satisfacción del interés general que se halla envuelto en la cumplida ejecución del objeto contractual, esta decisión sólo puede tomarse respecto de un contrato que se encuentre vigente, es decir durante el término de ejecución de las prestaciones o plazo de cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues de esta manera la Administración podrá tomar en forma inmediata las medidas que sean necesarias para continuar con la ejecución contractual gravemente afectada o amenazada.

NOTA DE RELATORIA: Criterios. Sobre oportunidad de declarar la caducidad de un contrato, consultar sentencia del 22 de noviembre de 1979, expediente número 1485 sentencia del 13 de septiembre de 1999, expediente número 10264, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 18 de marzo de 2004, expediente número 15936, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque. En relación con la procedencia de declaratoria de caducidad del contrato, ver sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente número 17031, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento del contrato / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Declaratoria / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Decisión autónoma e independiente de la administración / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Cláusula penal pecuniaria / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Diferente a incumplimiento del contrato / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y CADUCIDAD DEL CONTRATO - Diferencias

En cuanto a la declaratoria de incumplimiento del contrato como decisión independiente y autónoma de la Administración, observa la Sala que en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, se admitía la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual una vez vencido el contrato, para los solos efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, toda vez que el artículo 72 establecía (...) En virtud del contenido de esta disposición, resulta clara entonces, la diferencia existente entre la caducidad del contrato y la declaratoria de

incumplimiento contractual como dos decisiones distintas que puede tomar la Administración, pues i) mientras la primera constituye una terminación anticipada del contrato, la segunda se produce cuando éste ya ha culminado por cualquier causa; ii) la principal finalidad de la primera decisión, es facilitar la ejecución del objeto contractual con persona distinta del contratista incumplido, en cambio la declaratoria de incumplimiento tiene como única finalidad permitir a la Administración el cobro de la indemnización de los perjuicios derivados de dicho incumplimiento, constituidos por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato; y finalmente, iii) la declaratoria de caducidad conduce a la inhabilidad del contratista, mientras que la declaratoria de incumplimiento contractual no, puesto que así no lo determina la ley –art. 8º, Decreto-Ley 222 de 1983-.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 72

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Liquidación del contrato / LIQUIDACION DEL CONTRATO - De forma unilateral / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Facultad ejercida mediante un acto administrativo / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Procedencia / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Contenido

En relación con la liquidación unilateral del contrato, que fue otra de las decisiones cuestionadas en el sub-lite, observa la Sala que se trata de una facultad que el legislador otorga a las entidades estatales para ser ejercida mediante la expedición de un acto administrativo, en aquellos eventos en los cuales los contratos no pueden liquidarse de común acuerdo con el contratista dentro del plazo estipulado para ello en el respectivo pliego de condiciones o en el contrato, bien sea porque el contratista que es debidamente citado por la Administración para llevar a cabo la diligencia no concurre a hacerlo o porque habiendo concurrido, no acepta la liquidación efectuada por la entidad y se abstiene de suscribir el acta. De esta manera, se observa que, conforme a lo dispuesto por el artículo 287 del Decreto Ley- 222 de 1983, debía procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos: (...) Por su parte, el artículo 289 ibidem, relativo al contenido de la liquidación, dispuso en el tercer inciso que “Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por vía gubernativa”.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 287 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 289

PRUEBA PERICIAL - Traslado / PRUEBA PERICIAL - Derecho de contradicción y de defensa / OBJECCION POR ERROR GRAVE - Pruebas / OBJECCION POR ERROR GRAVE - Demostración

La Sala resolverá las objeciones hechas a los dictámenes periciales, atendido el hecho de que el tribunal de instancia no realizó pronunciamiento alguno al respecto. Sobre el punto se observa que una vez practicada la prueba pericial que fue decretada por el juez, de la misma debe correrse traslado a las partes para que puedan ejercer el derecho de contradicción y defensa frente a la misma, mediante la posibilidad de solicitar aclaraciones y complementaciones y así mismo, para que puedan, en caso de que las mismas no sean suficientes, objetar el dictamen por error grave “(...) que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”,

caso en el cual, podrán pedir pruebas para su demostración, debiendo el juez resolverla en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el respectivo dictamen (art. 238, C.P.C.).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 238

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / ERROR GRAVE - Noción. Definición. Concepto / ERROR GRAVE - Reiteración jurisprudencial

El error grave al cual se refiere la norma, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado y como lo ha explicado la jurisprudencia de la Sección: (...). Aplicando las anteriores consideraciones a los dictámenes periciales que fueron objetados en el sub-lite, se advierte que los mismos recayeron sobre las materias que debían ser analizadas por los peritos y se refirieron a las cuestiones que les correspondía resolver, relacionadas con la ejecución de las obras del contrato n° 5168, para lo cual tuvieron en cuenta la información atinente a las mismas, contenida en el contrato mismo, las actas de obras extras y adicionales, los planos de construcción que rigieron la ejecución de los trabajos, la documentación atinente a las remisiones de tales planos entre las partes y las comunicaciones cruzadas entre ellas. En consecuencia, no se advierte la existencia del error grave alegado por la parte demandada y los argumentos expuestos en su escrito, corresponden más bien a la discusión y controversia de los análisis y las deducciones que efectuaron los peritos como sustento de sus conclusiones y que la entidad demandada no comparte, circunstancia que no resulta constitutiva de razón para desestimar las pruebas cuestionadas sino un elemento de juicio más para su valoración, que se realizará al resolver cada una de las causas de impugnación de los actos administrativos demandados.

NOTA DE RELATORIA: Sobre noción de objeción por error grave, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993, expediente número 3446. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente número 25177, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Origen / INTERES GENERAL - Prevalencia sobre el particular / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Alegado por el contratista

En relación con esta excepción, cuyo origen se halla en las normas de derecho privado (art. 1609, C.C.C) y se sustenta en los principios de buena fe y reciprocidad de prestaciones en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, observa la Sala que en materia de contratación estatal, ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Corporación la posibilidad de que los contratistas de la Administración puedan alegarla, aunque con algunas reservas, dadas la naturaleza y finalidad de los contratos estatales, orientados a garantizar la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, motivo por el que en su celebración y ejecución se halla involucrado y comprometido el interés general, el cual prevalece sobre el particular y se ve gravemente afectado siempre que el contrato no se ejecuta en debida forma y en consecuencia, no se logra el objeto

del mismo. No obstante, esa prevalencia del interés general sobre el particular no significa que para el ordenamiento jurídico la posición del contratista se encuentre desamparada y desprotegida o resulte indiferente, ya que también sus intereses deben ser objeto de protección, aún en esta clase de negocios jurídicos, pues no se desvirtúa el hecho de que se trata de una relación comercial basada en el principio de la autonomía de la voluntad y surgida de un acuerdo de voluntades, a la cual acude el contratista como colaborador de la Administración en la consecución de sus objetivos pero también actuando en calidad de parte de una relación contractual bilateral y sinalagmática, de la cual se derivan para él tanto obligaciones como derechos y en la que cualquiera de los contratantes puede incurrir en el incumplimiento de sus obligaciones, con todas las consecuencias que de ello se derivan, entre otras, la de impedir que la otra parte pueda ejecutar, a su vez, las prestaciones a su cargo. En consecuencia, aunque se trate de un contrato celebrado por una entidad pública, el contratista puede alegar la excepción de contrato no cumplido, en aquellos eventos en los que realmente el incumplimiento de la entidad contratante ha sido de tal magnitud, que en verdad lo ha puesto en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, es decir que se admite esta defensa pero en forma restringida

NOTA DE RELATORIA: Sobre excepción de contrato no cumplido alegado por el contratista, consultar sentencia del 31 de enero de 1991, expediente 4739, C.P. Julio César Uribe Acosta.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATACION ESTATAL - Procedencia de la excepción de contrato no cumplido / PROCEDENCIA DE LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Requisitos / ADMINISTRACION - No puede declarar la caducidad o el incumplimiento de un contrato cuando ella ha sido la causante de tal situación

En relación con los requisitos de procedencia de la exceptio non adimpleti contractus en la contratación estatal, ha dicho la jurisprudencia de la Sala: (...) En forma más reciente, reiteró la jurisprudencia de la corporación, que la Administración no puede declarar la caducidad o incumplimiento de un contrato cuando ella ha sido la causante de tal situación, es decir cuando ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones que ha puesto en imposibilidad de cumplir al contratista y sostuvo: (...). Quiere decir lo anterior, que es de la mayor importancia analizar la conducta de las partes en el contrato, pues resulta insuficiente con evidenciar el incumplimiento puntual de una determinada obligación a cargo de una de ellas, para deducir a partir del mismo, que la otra quedó relevada a su vez, de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo. Siempre deberá determinarse, a quién en últimas, resulta imputable el retardo, deficiente cumplimiento o incumplimiento definitivo del objeto contractual.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos de procedencia de la excepción de contrato no cumplido, consultar sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente número 14.287, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 19 de septiembre de 2002, expediente número 12726; sentencia de 15 de marzo de 2001, expediente número 13415; sentencia del 14 de septiembre de 2000, expediente número 13530; sentencia del 17 de octubre de 1995, expediente número 8790; sentencia del 21 de febrero de 1992, expediente número 5857 y sentencia del 13 de abril de 1999, expediente número 10131. En relación con el incumplimiento de ambos contratantes, ver sentencia de 21 de febrero de 2011, expediente número 16105, Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA - Incumplimiento / ADMINISTRACION - Obligación de pagar oportunamente el valor del contrato

Es evidente que una de las obligaciones de la Administración cuyo incumplimiento puede incidir de manera decisiva en el propio cumplimiento de los deberes del contratista es la de pagar oportunamente el valor del contrato, pues en tal caso se le estaría imponiendo a éste el deber de financiar las obras estatales, lo que sin duda no fue pactado en el respectivo contrato. No obstante, debe resaltarse el hecho de que no es cualquier incumplimiento de la Administración el que permite al contratista alegarlo como excepción, sino aquel que resulta decisivo para la ejecución de las prestaciones a su cargo, es decir que si la entidad incumple alguna de sus obligaciones, así sean ellas de pago de sumas debidas al contratista, pero tal incumplimiento no es la causa directa de su incumplimiento, no resulta procedente la excepción y por lo tanto, no justifica ni disculpa al contratista por la inejecución de las prestaciones a su cargo. (...) En el caso concreto objeto de análisis, el demandante adujo como incumplimientos graves de la E.E.B. que le impidieron ejecutar las obras dentro de los plazos contractuales, básicamente, i) el hecho de que la entidad hubiera fijado la fecha de iniciación de la ejecución del contrato sin que se hubieran cumplido requisitos indispensables para ello, ii) el incumplimiento de la obligación de entregar oportunamente los planos de construcción a lo largo de toda la ejecución contractual y finalmente, iii) el no haber legalizado y pagado oportunamente las actas de obra extra 1 y 2. No obstante, la Sala no encuentra que los anteriores eventos aparezcan debidamente acreditados en el plenario como causa del incumplimiento contractual del demandante.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / INICIACION DE OBRAS - Requisitos / INICIACION DE OBRAS - Perfeccionamiento del contrato

En relación con el primer incumplimiento contractual que se le imputa a la entidad demandada relacionado con los requisitos necesarios para ordenar la iniciación del plazo de ejecución del contrato, se observa que de acuerdo con la cláusula décima del mismo, el único requisito exigido para que la entidad procediera a dar la orden de iniciación de los trabajos, era que el negocio jurídico se hubiera perfeccionado; (...) cuando la empresa le envió tales planos a su contratista, ya perfeccionado el contrato y una vez éste los solicitó en los mencionados términos, lo autorizó para utilizarlos en los fines que él inicialmente requería y que planteó en su comunicación (...) en relación con los planos necesarios para la instalación de equipos y campamentos por parte del contratista, tal y como lo reconoció la parte actora, debían ser presentados inicialmente por él y aprobados por la entidad, la cual efectivamente los revisó una vez le fueron entregados y les hizo observaciones que fueron atendidas por el contratista, faltando apenas una aprobación final; pero ya éste contaba con una primera revisión, que sin duda le permitía ir adelantando las labores de instalación. En cuanto al suministro de energía eléctrica, quedó demostrado en el proceso que la entidad efectivamente puso a disposición del contratista una línea de electricidad, que éste empezó a utilizar a través de un transformador perteneciente a otro contratista. De acuerdo con lo anterior, no halló la Sala pruebas demostrativas de que por causas imputables a la Administración, el contratista se vio impedido para realizar actividades relacionadas con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales una vez se impartió la orden de iniciación de las obras, pues no se probaron los incumplimientos atribuidos a la entidad contratante respecto de su obligación de

entregar en forma oportuna los terrenos en donde se ejecutarían las obras y los planos de construcción de las mismas.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / PLANOS DE CONSTRUCCION - Entrega

En relación con el supuesto incumplimiento de la E.E.B. respecto de su obligación de entregar oportunamente los planos de construcción, la parte actora adujo que se presentó a lo largo de toda la ejecución contractual y que le impidió al contratista ejecutar oportunamente sus obligaciones. Sin embargo, observa la Sala que de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, se acreditó que el día 12 de julio de 1990, es decir cuando no había transcurrido ni siquiera un mes desde la fecha de iniciación del plazo contractual -14 de junio de 1990-, la interventoría manifestó en una reunión celebrada entre la entidad y el contratista, que en días pasados le había entregado a este último aproximadamente 180 planos de construcción, con los cuales podía iniciar los trabajos, afirmación frente a la cual el contratista tan sólo manifestó que había quedado faltando la copia reducida de los planos del edificio SF-6 (...) Días después, frente a otra reclamación de planos por parte de DOMUS LTDA., el interventor, en un concepto que la Sala comparte, le manifestó que contractualmente no era obligación de la entidad entregar todos los planos al dar la orden de iniciación de obras, sino entregarlos oportunamente de acuerdo con el programa aprobado (...) Demuestran las pruebas que a lo largo de toda la ejecución contractual, se fue produciendo la entrega de planos por parte de la empresa al contratista y de éste a aquella, cuando era necesario que realizara planos de detalles y los despieces – labor que no procedía respecto de todos los planos de construcción-; así mismo, que varios planos fueron objeto de revisiones, observaciones y correcciones, lo que condujo a que se presentaran varios envíos de los mismos. No obstante, reitera la Sala, que el hecho de que la E.E.B. hubiere entregado planos durante todo el plazo de ejecución de las obras, no significa incumplimiento contractual de su parte, puesto que en el mismo contrato quedó consignada la posibilidad de que la entidad suministrara los planos en la medida en que se fueran requiriendo según el avance de las obras (...) El hecho de que se haya pactado un término máximo para las observaciones y revisiones de tales documentos contractuales, apunta simplemente a introducir una nota de control de dicha actividad, para inducir a las partes a agotarla en el menor tiempo posible, pero no puede ser tomada como una modificación o adición de los plazos de ejecución contractual ni del programa de obra o ruta crítica de la misma.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / FIGURA DE LA RUTA CRITICA - Existencia / RUTA CRITICA - Cumplimiento / TRABAJOS A CARGO DEL CONTRATISTA - Oportuna Ejecución

La Sala no desconoce la existencia de la figura de la ruta crítica en los contratos de obra en la forma como lo explican los peritos, es decir que existen unas labores cuya ejecución previa es indispensable para poder adelantar otras y sin las cuales resulta imposible la realización de estas últimas; pero el hecho, por sí sólo, de que en el contrato hubiera existido una ruta crítica que no se cumplió, no constituye prueba suficiente de que la causa de ello hubieran sido las observaciones y revisiones a unos determinados planos, que impidieron ejecutar la totalidad de las obras previas necesarias para las subsiguientes, en tal forma que se haya afectado realmente el cronograma de las obras, la ruta crítica y por lo tanto, la oportuna ejecución de los trabajos a cargo del contratista, por cuanto no se puede perder de vista que precisamente en el contrato se estipuló en forma expresa, la

posibilidad de practicar revisiones y correcciones a los planos de la obra, es decir que era una cuestión del giro normal de la ejecución contractual y el hecho de que se hayan producido no implicó incumplimiento alguno de la Administración, ni se traduce automáticamente en la causa de los retrasos que presentaron las obras, cuestión que ha debido ser plenamente acreditada por la parte actora. (...) n el contrato se pactaron unos plazos para las revisiones que fuere necesario efectuar a los planos, pero sin que ello significara, obviamente, una ampliación del plazo o una suspensión en su contabilización, como parecen entenderlo tanto la parte actora como los auxiliares de la justicia; ese efecto no lo establece parte alguna del contrato y, por lo tanto, resulta inadmisibles.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / PRUEBA PERICIAL - Precedente jurisprudencial / PRUEBA PERICIAL - Sustentación. Demostración

En relación con la prueba pericial, ha dicho la Sala: (...) Los peritos adujeron haber constatado la entrega tardía de planos por parte de la entidad contratante afirmando que ello había conllevado a un atraso en la ejecución de las obras, que fue la causa de que las mismas no se hubieran ejecutado dentro de los plazos acordados y que el contratista sufrió perjuicios de índole financiera por las consecuencias que tuvieron estos retrasos en la facturación prevista inicialmente. No obstante, tales afirmaciones no fueron debidamente sustentadas por los auxiliares de la justicia, pues no demostraron los casos concretos en los cuales fue la falta de planos la que impidió ejecutar oportunamente alguna o algunas labores a cargo del contratista, aspecto éste que resultaba de la mayor importancia por cuanto se trata precisamente del asunto especializado y técnico respecto del cual el juez no puede aplicar su conocimiento personal al proceso y por lo tanto es el que justifica la práctica del dictamen pericial, dado que al juez le está vedado basarse en su propia experiencia para dictar sentencia y por ello surge la necesidad de la prueba, debidamente aportada al proceso, respecto de la cual se pueda ejercer el derecho de contradicción. (...) en el presente caso, se requería que los peritos demostraran concretamente cuándo un determinado plano resultaba o no suficiente para la ejecución de cierto trabajo y cuándo una modificación era sustancial o de menor entidad, afectando o no la ruta crítica de las obras; pero se limitaron a hacer una afirmación general, con fundamento en que hubo planos que fueron objeto de revisiones y por lo tanto, se enviaron varias veces al contratista. Los peritos atribuyeron el atraso en la ejecución de las obras al hecho de que a varios planos se les hubieran efectuado 2 o más revisiones, sin discernir ni demostrar ni ilustrar al juez sobre la gravedad o importancia de las correcciones que se hubieran practicado a los distintos planos de construcción, ni demostrar en forma fehaciente que fueron ellas las que impidieron seguir adelante con todos los trabajos a cargo del contratista y por lo tanto, las que produjeron los permanentes y constantes atrasos que se presentaron en la ejecución de las obras. (...) aunque la Sala reconoce el volumen de información que se debió manejar –relación de más de 300 planos correspondientes a toda la obra, algunos con varias remisiones entre las partes- y que hacía bastante dispendioso su estudio y análisis para proferir el dictamen, éste no resulta suficientemente claro, preciso y detallado ni en él se explicaron los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, o los fundamentos técnicos o científicos de las conclusiones, en forma tal que conduzcan al convencimiento del juez sobre la veracidad de sus afirmaciones.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la sustentación y demostración en la prueba pericial, consultar sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente número 22011, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Obras extras y adicionales / OBRAS EXTRAS Y ADICIONALES - Perfeccionamiento de las actas / PERFECCIONAMIENTO DE LAS ACTAS - Demora por parte de la administración / OBRAS EXTRAS - Ejecución establecida en las cláusulas del contrato

El demandante adujo que los retrasos en la ejecución de las obras a su cargo -y por ende su incumplimiento contractual- tuvieron como causa, entre otras, el retardo de la Administración en perfeccionar las actas de obras extras y obras adicionales y así mismo la tardanza en su pago, por lo cual alegó que el contratista no estaba obligado a ejecutar tales obras de manera previa a la existencia de dichas actas, en las que constaran los valores a pagar por las obras correspondientes y sostuvo, además, que se ha debido pactar un plazo adicional para su ejecución, tal y como lo ordenaba el contrato y que el pago tardío de estos trabajos había afectado su situación económica y financiera, impidiéndole ejecutar las obras a su cargo en debida forma. Al respecto, observa la Sala: (...) la iniciación de las obras de construcción de tales edificios no dependía de los nuevos precios unitarios ni tenía por qué retrasarse por su causa, y mucho menos las obras de los otros edificios que debían haberse comenzado con anterioridad, no obstante lo cual, desde el inicio de la ejecución del contrato, ya se presentaban inconvenientes y retrasos que fueron advertidos constantemente por la entidad contratante y el interventor, como se registró en las comunicaciones que le fueron enviadas y en las constancias que se plasmaron en las respectivas actas de reuniones de trabajo y programación enunciadas en los hechos probados. (...) el contrato de obra pública n.º 5168 de 1990, tal y como ya se anotó, establecía la facultad de la Administración de ordenar la ejecución de obras adicionales y obras extras al contratista, quien estaba obligado a ejecutarlas "... siempre que los trabajos ordenados hagan parte de la obra contratada o sean necesarios para ejecutar esta obra, para protegerla o complementarla" (cláusula décima cuarta), con la sola exigencia de que tales trabajos fueren ordenados por escrito, en el que se incluyera el alcance del trabajo a realizar, así como su plazo de ejecución y su forma de pago.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Obras extras y adicionales / OBRAS EXTRAS Y ADICIONALES - Obras adicionales / OBRAS ADICIONALES - Pactadas en las cláusulas del contrato / OBRAS ADICIONALES - Acta

En relación con las obras adicionales, se pactó que serían pagadas con los precios del contrato y en relación con los trabajos extras, según los precios unitarios acordados con el contratista, aunque se consideró la posibilidad de que no se llegare a un acuerdo sobre tales precios, caso en el cual, de todas maneras, la entidad podía ordenar su ejecución, por el sistema de costo necesario mas porcentaje. También se estableció en la referida cláusula que antes de ejecutar las obras extras se redactaría un acta entre la empresa y el contratista, en la que constara la cantidad de obra, el sistema de pago y los plazos para el trabajo, (...) se observa que ante las circunstancias de atraso que se estaban presentando respecto del cronograma de obras, el contrato sí sufrió modificaciones en sus plazos, toda vez que, a través del contrato adicional no. 1, se prorrogó el plazo para la entrega del edificio B y por acta "de modificación unilateral" del 15 de mayo de 1991 suscrita por las partes, se acordó ampliar el plazo de entrega de los edificios de control y SF6 hasta el 31 de mayo y 30 de junio, respectivamente, no

obstante lo cual, tampoco fueron entregadas debidamente terminadas, todas las obras objeto del contrato.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Obras extras y adicionales / OBRAS EXTRAS Y ADICIONALES - Obras adicionales / OBRAS ADICIONALES - Dictamen pericial / DICTAMEN PERICIAL - Debe ser concreto, completo y convincente

En los dictámenes periciales practicados en el proceso, los auxiliares de la justicia sostuvieron que el incumplimiento de la E.E.B. respecto de su obligación de pagar oportunamente las obras extras y adicionales, fue una de las causas que condujo a que el contratista no pudiera ejecutar sus obligaciones dentro de los plazos contractuales, pero esta es una afirmación respecto de la cual, a juicio de la Sala, los peritos no explicaron de manera completa, concreta y convincente de dónde surgió, puesto que se advierte que simplemente se atuvieron a los documentos que demuestran que el contratista presentó reclamaciones ante la entidad en relación con este aspecto y dieron por ciertos los hechos afirmados en ellas, lo cual, a juicio de la Sala, resulta insuficiente para derivar de allí una responsabilidad contractual de la Administración.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Cumplimiento de obligaciones por parte del contratista / CARGA DE LA PRUEBA - A cargo del demandante

Pesaba, pues, sobre el demandante, la carga de probar, entre otros elementos, que él no se encontraba en mora de cumplir sus obligaciones o que no estaba obligado a ejecutar, en primer lugar, prestaciones a su cargo, de acuerdo con lo estipulado en el contrato y que los retrasos e incumplimientos suyos se debieron a esta circunstancia, de falta de pago oportuno de las obras extras. La Sala echa de menos esta prueba, puesto que lo que surge del material probatorio allegado al plenario es la acreditación de que la entidad contratante, frente a las reiteradas reclamaciones del contratista por su falta de recursos para cumplir con sus obligaciones, imputando tal situación al no pago oportuno de las obras extras ejecutadas, no sólo duplicó el monto del anticipo inicialmente pactado en el contrato y le entregó al contratista, en total, un 30% del valor del mismo por este concepto, sino que tomó otras medidas y adoptó modificaciones contractuales relacionadas con la forma de pago, tendientes a suministrarle un flujo de fondos que le permitiera contar con los recursos necesarios para la debida ejecución de las obras y además, lo autorizó para destinar parte de esos recursos al pago de las obligaciones financieras asumidas con terceros, como lo fue la autorización para que realizara la cancelación de un crédito con el Banco Popular, mediante descuentos a favor del mismo respecto de las cuentas de cobro pagadas a DOMUS LTDA. a través de la cuenta que, en manejo conjunto con el interventor, tenían en dicha entidad bancaria.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Administración. No se probó

Para la Sala, las anteriores consideraciones llevan a concluir que no se probó la afirmación de la parte actora, en el sentido de que fueron causas imputables a la Administración, las que le impidieron a DOMUS LTDA. el cumplimiento de sus

obligaciones contractuales y por lo tanto, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad contratante le impuso multa al contratista por el retraso en el desarrollo de las obras y en la iniciación de la construcción de uno de los edificios y declaró luego su incumplimiento, por la no entrega total de las obras contratadas dentro del plazo pactado.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Equilibrio económico del contrato / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Rompimiento / PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA - Aplicación

Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Ecuación contractual / ECUACION CONTRACTUAL - Noción. Definición. Concepto

En consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el pacta sunt servanda ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que corresponde a la regla jurídica contractus qui habent tractum succesivum vel dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Ecuación contractual / ECUACION CONTRACTUAL - Contratos de tracto sucesivo

Es claro entonces que, por regla general, esta figura se manifiesta en los contratos de tracto sucesivo, en los que las prestaciones se van realizando en un lapso más o menos largo; por ejemplo, los contratos de suministro, de prestación de servicios o de obra pública, en los cuales, hechos sobrevinientes a la celebración del

contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, pueden afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Equilibrio económico del contrato / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Regulación normativa / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Noción. Definición. Concepto

En materia de contratación estatal y más específicamente para la época en la que fue celebrado el contrato objeto de la presente litis, el ordenamiento legal que regía los contratos de las entidades estatales contemplaba disposiciones tendientes a la preservación del equilibrio económico del contrato. Es así como la Ley 19 de 1982, estipuló en su artículo 6º que, cuando de la modificación de los contratos administrativos ordenada por la Administración en razón del interés público, se derivaren nuevos costos a cargo del contratista, éste tendría derecho a ser reembolsado por ellos y si la variación del valor del contrato era superior al 20%, el contratista podía desistir del mismo; y en el artículo 8º, establecía que en los casos de terminación unilateral por inconveniencia o inoportunidad del contrato, se contemplaría dentro de la liquidación del mismo, un estimativo de los perjuicios que debieran pagarse. El Decreto Ley 222 de 1983, además de reiterar estas disposiciones, estipuló en su artículo 20 que, cuando se fuera a modificar unilateralmente un contrato, se debía: 1) mantener las condiciones técnicas para la ejecución del mismo, 2) respetar las ventajas económicas que se hubieren otorgado al contratista, 3) guardar el equilibrio financiero del contrato para ambas partes y 4) reconocer al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación. Sin embargo, como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de la Sección: (...) no han sido éstas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia..

FUENTE FORMAL: LEY 19 DE 1982 - ARTICULO 6 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato consultar sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14577, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Equilibrio económico del contrato / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Teoría de la imprevisión / TEORIA DE LA IMPREVISION - Noción. Definición. Concepto / TEORIA DE LA IMPREVISION - Aplicación / APLICACION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION - Requisitos

En relación con la teoría de la imprevisión como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos, su aplicación surgió dentro del ámbito de la contratación administrativa por vía jurisprudencial y para que opere la misma como causa que da lugar al restablecimiento económico del contrato a favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º. Que con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho

extraordinario e imprevisto, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas. 2º. Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya un álea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes. 3º. Que esa nueva circunstancia, no hubiere sido razonablemente previsible por las partes. 4º. Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión, consultar sentencia del 18 de abril de 1989, expediente número 5426; sentencia del 29 de junio de 1989, expediente número 5295; sentencia del 16 de abril de 1991, expediente número 6102; sentencia del 27 de junio de 1991, expediente número 3600; sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente número 10151; sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente número 14577; sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente número 15119; sentencia de 24 de febrero de 2004, expediente número 14043 y sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente número 14854.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Equilibrio económico del contrato / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Causas

Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato. Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Equilibrio económico del contrato / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Aplicación de la teoría de la imprevisión. Consecuencias patrimoniales. Indemnización limitada

En cuanto a las consecuencias patrimoniales que se derivan de la aplicación de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos. No se reconocen las utilidades que haya dejado de percibir, como tampoco ningún otro perjuicio que haya sufrido por esa causa. La razón de ser de esta indemnización limitada, radica en el hecho de que el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la entidad contratante, quien por lo tanto, también se ve sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que surge una amenaza a la correcta ejecución del contrato; por lo tanto, si se establece la obligación legal de ésta de acudir en

ayuda del contratista mediante la asunción de los mayores costos en los que tuvo que incurrir, es porque con ello se busca precisamente, que el servicio o actividad estatal para el cual se celebró el respectivo contrato, no se vea paralizado o afectado y que pueda llevarse a buen término la ejecución del objeto contractual, sin que tal obligación obedezca a algún tipo de responsabilidad de la contratante – puesto que ningún daño ocasionó-, y si asume parte de las consecuencias adversas derivadas de ese hecho imprevisto y exógeno a las partes, lo hace por razones del buen servicio, porque resulta más conveniente para los fines que se busca satisfacer a través de la ejecución del objeto contractual, que ella asuma el reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir el contratista, que arriesgarse a que la prestación quede inconclusa o mal ejecutada, o a tener que tramitar un nuevo contrato con nuevas condiciones económicas. Finalmente, cuando se alega la teoría de la imprevisión para solicitar con fundamento en la misma el reconocimiento de los mayores costos en los que haya debido incurrir el afectado, se exige que éste haya ejecutado las obligaciones a su cargo. Como se vio, uno de los requisitos para que opere la teoría es que la circunstancia extraordinaria, imprevista e imprevisible, que se presenta con posterioridad a la celebración del contrato y que lo afecta de manera significativa, dificulte mas no imposibilite su ejecución, porque de ser así, se estaría frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual y por lo tanto exonerativa de responsabilidad, que por ende, releva al contratista de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo -sin derecho a reclamación económica alguna-, puesto que a lo imposible nadie está obligado; en cambio, en la teoría de la imprevisión, la ejecución de las prestaciones contractuales a cargo de la parte afectada no se imposibilita, sólo se torna mucho más onerosa y el contratista que se halla en tales condiciones no está relevado de su obligación de cumplir, debiendo ejecutar las prestaciones a su cargo en la forma pactada, si pretende sacar adelante su pretensión de reconocimiento de los mayores costos.

CONTRATO ESTATAL - Obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Empresa de Energía de Bogotá / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - No hay lugar a declarar la nulidad

En cuanto a la impugnación del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, observa la Sala que la misma se sustentó en la ilegalidad de los actos de multas e incumplimiento y en la necesidad de excluir de la liquidación las consecuencias patrimoniales de estas decisiones así como de incluir las indemnizaciones que se derivaran como consecuencia de su anulación y de las indemnizaciones que se ordenaran en virtud, bien fuera de la declaratoria de incumplimiento de la entidad demandada o de la orden de restablecimiento del equilibrio económico del contrato; y dado que ninguna de estas pretensiones prosperó, no hay lugar tampoco a declarar la nulidad de la resolución de liquidación unilateral. (...) El análisis del material probatorio aportado al proceso, es indicativo de que el contratista dirigió sus acciones más hacia la obtención de reconocimientos económicos, que al fortalecimiento de la dirección de la obra, el cual en reiteradas ocasiones le fue solicitado por el interventor, con miras a obtener el rendimiento adecuado en la ejecución de los trabajos a su cargo que permitiera su culminación en los plazos pactados, sin lograr que las obras fueran ejecutadas total y oportunamente por el contratista, a pesar de que el cumplimiento de la programación de las mismas en este caso, era indispensable para la coordinación de otras obras con distintos contratistas, que, como el demandante, hacían parte de un proyecto de mayor envergadura y enorme importancia para el interés público y social, como era la construcción de la Hidroeléctrica del Guavio, que permitiría el suministro del servicio público esencial de energía eléctrica a un gran sector de la población, siendo evidente entonces

que, para garantizar la satisfacción de las necesidades de la comunidad, resultaba imperativo el cumplimiento oportuno de los programas de obra e inversiones. En tales condiciones, la Sala considera que el recurrente no aportó argumentos ni elementos de juicio suficientes para enervar la sentencia de primera instancia, la cual por lo tanto, merece ser confirmada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08365-01(14461)

Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA.

Demandado: EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 28 de agosto de 1997, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados 8.365, 9.169 y 11.265 (fols 442 a 538 c. ppal).

ANTECEDENTES

I. Síntesis del caso

1. La Empresa de Energía de Bogotá celebró un contrato de obra pública con la sociedad DOMUS LTDA. para la construcción de 4 edificios dentro del Proyecto Hidroeléctrico del Guavio conforme al plazo pactado; durante la ejecución de las obras, se presentaron retrasos en relación con el cronograma de avance, lo que condujo a la imposición de multas al contratista; así mismo, vencido el término del contrato, las obras no fueron entregadas en su totalidad, razón por la cual la entidad contratante declaró la caducidad del contrato, decisión que fue objeto de recurso en sede administrativa, fruto del cual la entidad modificó lo resuelto y en su lugar declaró el incumplimiento del contrato; posteriormente, la E.E.B. lo liquidó en forma unilateral. La validez de estos actos administrativos no fue desvirtuada, pues el demandante, por un lado, alegó la excepción de contrato no cumplido con fundamento en que fueron incumplimientos de la entidad contratante los que le impidieron a su vez entregar las obras en forma oportuna y completa, pero no acreditó tal afirmación; en subsidio de la solicitud de declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad demandada, planteó el rompimiento del equilibrio económico del contrato y solicitó su restablecimiento, por una serie de circunstancias imprevisibles, que no le eran imputables y que afectaron la ecuación contractual, pero tampoco logró demostrar estas afirmaciones.

II- Lo que se demanda

2. La sociedad Construcciones Domus Ltda. –en adelante, DOMUS LTDA-, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A., presentó tres demandas en contra de la Empresa de Energía de Bogotá E.E.B. –en adelante, la E.E.B.-, los días 6 de noviembre de 1992 (expediente 8365), 14 de septiembre de 1993 (expediente 9169) y 16 de agosto de 1995 (expediente 11265), en las cuales formuló las siguientes pretensiones (fl. 2 a 114, cdno. ppl.; fls. 2 a 168 y 302 a 483, cdno. 2; fls. 2 a 196, cdno. 3):

Expediente 8365:

PRIMERA.- Que se declare la nulidad de las resoluciones número ochenta y cinco (85) de quince (15) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992) y cero setenta y nueve ochenta y cinco (07985) de veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferidas por el señor Gerente General de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, en cuanto por medio de dichos actos se impuso y confirmó a la sociedad CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., 'multas por valor de ciento ochenta y siete millones quinientos dos mil ciento dos pesos (\$187.502.102) por 785 días de retraso en el cumplimiento de la entrega de las obras' de que trata el contrato 5168 de 27 de febrero de 1990; se ordenó deducir el valor de las multas y de las sumas que la Empresa le adeude al Contratista; y además se dispuso comunicar lo decidido a los representantes legales de las compañías SEGUROS UNIVERSAL S.A y SEGUROS ALFA S.A., garantes de las obligaciones derivadas del contrato 5168 de 1990.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de las resoluciones número ochenta y seis (86) de quince (15) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992) y cero setenta y nueve ochenta y cuatro (07984) de veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferidas por el señor Gerente General de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, en cuanto por medio de dichos actos se impuso y confirmó a la SOCIEDAD CONTRUCCIONES DOMUS LTDA., 'multas por un valor de nueve millones doscientos mil setecientos veinte pesos (\$9.200.720.00) liquidados a la fecha de perfeccionamiento del contrato, correspondientes a 94 días de atraso en la iniciación de los trabajos del Edificio del pozo A.'; se ordenó deducir el valor de las multas de las sumas que la Empresa le adeude al Contratista; y además se dispuso comunicar lo decidido a los representantes legales de las compañías SEGUROS UNIVERSAL S.A. y SEGUROS ALFA S.A., garantes de las obligaciones derivadas del contrato 5168 de 1990.

TERCERA.- Que en caso de haberse producido un desembolso en favor de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ por concepto de las sanciones impuestas a CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., con anterioridad a la sentencia, se condene a devolverlas con la respectiva corrección monetaria e intereses.

CUARTA.- Que se condene a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ a pagar los perjuicios de todo orden, debidamente actualizados, que con dichas declaratorias haya causado a CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA hasta la época de la sentencia.

QUINTA.- Que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ debe dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha en que la sentencia sea notificada.

SEXTA. Que la sentencia se comunique en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Expediente 9169:

PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la resolución número CERO SETENTA Y NUEVE OCHENTA Y SEIS (07986) del veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el señor Gerente General de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, en cuanto por medio de dicho acto se declaró la caducidad administrativa del contrato N° 5168 suscrito el 27 de febrero de 1990 con la Sociedad CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA.; se impuso y se ordenó hacer efectiva a la sociedad CONSTRUCCIONES DOMUS S.A LTDA, la sanción penal pecuniaria de que trataba la cláusula trigésima quinta del contrato por valor de \$196.702.822.00; se ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento N° 52667 expedida por la Compañía de Seguros Universal S.A. y las garantías adicionales de cumplimiento constituidas por Seguros Universal S.A. N° 65213, C.M. 27968 por valor de \$ 72.379.057.00 y Seguros Alfa S.A. N° 114563, C.M. 96195 Y 97775 por valor de \$35.898.515; se ordenó hacer efectiva la garantía de correcta inversión del anticipo No. 52668 y su anexo 1 No. 102108 por valor de doscientos treinta y tres millones cuatrocientos veinte mil trescientos cincuenta y siete pesos (\$233.420.357.00) moneda corriente (saldo pendiente por amortizar); se ordenó hacer efectivas las multas impuestas a la sociedad Construcciones Domus Ltda., decretadas según resoluciones Nos. 085 y 086 de enero 22 de 1992, por valor de ciento noventa y seis millones setecientos dos mil ochocientos veintidós pesos (\$196.702.822.00) moneda corriente; se ordenó deducir el valor de las sanciones de las sumas que la Empresa le adeudara al Contratista; se ordenó la liquidación final y definitiva del contrato N° 5168 en el estado en el que este se encontraba, una vez quedara ejecutoriada la resolución acusada en este escrito; y, por último, se ordenó la revisión de los pagos que por cualquier concepto se adeudaran al contratista, 'los cuales solo podrán cancelarse, si a ellos hubiere lugar, una vez producida el acta de liquidación final y definitiva'.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la resolución número once mil trescientos diecisiete (11.317) de ocho (8) de septiembre de mil

novecientos noventa y dos (1992), proferida por el señor Gerente General de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, por medio de la cual se revocó el artículo 1 de la Resolución N° 07986 de mayo 25 de 1992 y en su lugar se declaró el incumplimiento del contratista de las obligaciones derivadas del contrato N° 5168/90, y se confirmó en todo lo demás la referida resolución.

TERCERA.- Que se declare la nulidad de la resolución número veinte mil quinientos cuarenta y ocho (20.548) del dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Señor Gerente General de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, por medio de la cual se resolvió confirmar en todas sus partes la resolución N° 11.317 de septiembre 8 de 1992, aceptar el desistimiento del recurso interpuesto por Seguros Alfa S.A., y notificar lo decidido al representante legal de la firma CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., y a los representantes legales de las Compañías de Seguros Universal S.A. y Seguros Alfa S.A., que otorgaron las garantías de cumplimiento y los certificados de modificación.

CUARTA.- Que en caso de haberse producido un desembolso en favor de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA por concepto de la declaratoria de incumplimiento impuesta a CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., con anterioridad a la sentencia, se condene a devolverlas con la respectiva corrección monetaria e intereses.

QUINTA.- Que se condene a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA a pagar los perjuicios de todo orden, debidamente actualizados, que con dicha declaratoria haya causado a CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA. hasta la época de la sentencia, así como los intereses de ley.

SEXTA.- Que la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA debe dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha en que la sentencia sea notificada.

SÉPTIMA. Que la sentencia se comunique en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Expediente 11265:

PRIMERA. Que se declare que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ EEB- incumplió el contrato N° 5168 del 27 de febrero de 1990 celebrado con CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., cuyo objeto fue la construcción del Edificio de CONTROL, del edificio de la Subestación Exterior, y del edificio de los Pozos ductos A y B del proyecto Guavio.

En subsidio de esta pretensión solicito que se declare que durante la ejecución de las obras y trabajos correspondientes al contrato N° 5168 de 1990, se rompió el equilibrio económico y financiero del contrato, en detrimento de la firma CONSTRUCCIONES DOMUS S.A.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Empresa de Energía de Bogotá -EEB- a pagar a la sociedad CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., los perjuicios de todo orden que ésta ha sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual de la primera y/o de la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, constituidos entre otros, por los daños directos e indirectos en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante.

TERCERA. Que el monto indemnizatorio debe actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del pago efectivo de la indemnización, y debe incrementarse con los correspondientes intereses comerciales o legales causados y que se causen hasta la fecha de la sentencia

CUARTA.- Que se declare la nulidad de la resolución número 002124 del 10 de abril de 1995, proferida por el Jefe de la División de Construcción de la Subgerencia Proyecto Guavio de la Empresa de Energía de Bogotá, acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato N° 5168 celebrado con CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., y que se condene a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ al pago de los perjuicios causados a CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA por la expedición y eventual ejecución de dicho acto, debidamente actualizados y junto con los intereses comerciales correspondientes.

QUINTA. Que se liquide judicialmente el contrato N° 5168 del 27 de febrero de 1990, y se incluya dentro de dicha liquidación, a favor de CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., el valor actualizado de las

indemnizaciones a que tiene derecho como compensación integral de los perjuicios y sobrecostos sufridos en desarrollo del mismo contrato, bien por el incumplimiento de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ –EEB-, bien por la ocurrencia de sucesos que alteraron su equilibrio económico, técnico y financiero, así como la compensación de los perjuicios sufridos por CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA. como consecuencia de la expedición y eventual ejecución de la resolución N° 002124 del 10 de abril de 1995.

SEXTA.- Que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ –EEB- debe dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de que la sentencia sea notificada.

SEPTIMA. Que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ –EEB- pagará a favor de mi poderdante intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de ese término.

OCTAVA. Que se condene a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ-EEB- al pago de las costas del juicio y las agencias del derecho en la cantidad que determine esa honorable corporación.

NOVENA.- Que la sentencia se comuniqué en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

3. Como fundamento de las pretensiones elevadas a través de las tres demandas, la parte actora hizo un extenso y detallado recuento del desarrollo de la relación contractual entre las partes, desde la adjudicación, en el año de 1989, por la Empresa de Energía de Bogotá -E.E.B.-, a la sociedad demandante, de la Licitación Pública Internacional n.º G-029, cuyo objeto fue la “*Construcción Edificio de Control, Edificio de la Subestación Exterior y Edificio de los Pozos de Ductos A y B*” del Proyecto Hidroeléctrico del Guavio, en virtud de la cual se celebró el contrato de obra número 5168 de 1990, del 27 de febrero de 1990, que se perfeccionó el 24 de mayo de 1990 con la aprobación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

4. Afirmó el demandante que en la ejecución del contrato se presentaron múltiples inconvenientes que impidieron que las obras se llevaran a cabo dentro de los plazos pactados, pero que no son imputables al contratista, entre los cuales se encuentran los que se describen a continuación.

5. El 14 de junio de 1990, la EEB ordenó la iniciación de los trabajos sin cumplir con los requisitos necesarios para dar esa orden¹, con lo cual los plazos empezaron a correr en contra del contratista, sin que éste tuviera la posibilidad de iniciar los trabajos, porque la EEB omitió entregar los elementos materiales necesarios para ello.

6. La entrega tardía de los planos requeridos para la iniciación de las obras, pues a solicitud del contratista, el 9 de abril de 1990 la EEB hizo entrega a DOMUS LTDA. con *“carácter preliminar”* de unos *“planos preliminares de construcción”*, con los cuales DOMUS LTDA. no podía elaborar diseños de sistemas constructivos ni de formaletas y mucho menos planear pedidos de materiales, dado su carácter provisional y únicamente podían ser usados como guía para ir preparando la programación.

7. La entrega tardía de planos se presentó a lo largo de todo el término contractual², pues la EEB desatendió el requisito contractual de entregar los planos de construcción en la oportunidad que permitiera al contratista su revisión cuidadosa *“y advertir a la empresa por escrito sobre cualquier error u omisión que descubra u observaciones que desee hacer, dentro de los 30 días siguientes a la*

¹ La sociedad DOMUS LTDA. le envió a la entidad una comunicación en la que relacionó los elementos que faltaban para iniciar los trabajos y le solicitó reconsiderar su decisión; tales elementos eran: i) la aprobación de los planos suministrados por DOMUS LTDA., relacionados con las instalaciones temporales y la instalación de equipos de construcción; ii) la entrega de los terrenos necesarios para ejecutar las obras e instalar los equipos; iii) la entrega de ejes y niveles del proyecto necesarios para localizar las obras y la entrega de la acometida de energía eléctrica necesaria para iniciar los trabajos.

² La demandante sostuvo que de acuerdo con lo dispuesto en las letras B y E de la cláusula décima quinta del contrato, los planos debían ser entregados al contratista por lo menos 60 días antes de su fecha de utilización; el contratista dispondría de 30 días para revisarlos y elaborar los planos de formaletas o taller que debía someter a aprobación de la EEB y ésta, de acuerdo con la letra E de la misma cláusula, disponía de los siguientes 30 días para aprobar o hacer los comentarios a los asuntos presentados por el contratista. Por esta razón, si la EEB quería fijar el día 14 de junio como fecha de iniciación de los trabajos, ha debido entregarle al contratista a más tardar el día 14 de abril, los planos necesarios para dar inicio a los trabajos, como eran los de malla a tierra, excavaciones, cimentaciones y arranques de columnas, incluyendo en los dos últimos las listas de hierro necesarias para elaborar los pedidos de ese material. Esto no fue así y dichos planos fueron suministrados al contratista con posterioridad al 14 de junio de 1990.

fecha de su remisión”, así como elaborar y enviar a la EEB para la aprobación, los planos y los despieces necesarios, y que la EEB pudiera aceptarlos o rechazarlos por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su recibo; para que, surtido este trámite, fuera posible la iniciación de las actividades.

8. La “revisión” (modificación) de los planos de construcción durante la ejecución de la obra, perjudicó tanto los costos como el cumplimiento de los plazos, toda vez que se hizo necesario volver a estudiar en cada caso los planos respectivos, identificar con cuidado cualquier variación, comunicar las deficiencias o errores encontrados y lograr su solución, alterar las solicitudes de suministro de materiales, suspender trabajos ya iniciados, conseguir distintos elementos de trabajo, herramientas, etc. Implicó, de modo general, un traumatismo al desarrollo de los trabajos.

9. Los diferentes edificios objeto del contrato debían terminarse entre los meses de mayo y junio de 1991, pero tales plazos fueron imposibles de cumplir, dada la tardanza de la EEB en suministrar los planos y las especificaciones necesarias y el hecho de que los planos suministrados carecían de la información suficiente para la terminación de los edificios, lo cual ocasionó en forma permanente un intercambio de solicitudes de definiciones que no fueron suministradas a través de planos, sino de notas elaboradas a mano alzada en el terreno, denominadas “notas de campo”. También se presentó demora en las revisiones que la E.E.B. debía efectuar a los planos.

10. Hubo obras no previstas en los pliegos de condiciones que dificultaron la ejecución en tiempo, como las dificultades que se presentaron en la excavación del brocal en el edificio del pozo B, por lo que la ejecución de esta actividad tuvo una duración adicional de 30 días, para un desplazamiento total de 90 días en esta parte de la obra; y en el edificio SF6, respecto de los sótanos, muros y columnas, dadas las modificaciones solicitadas por la EEB en cuanto al refuerzo de las columnas y de la placa de cimentación, se incrementaron los costos que tuvo que soportar el contratista.

11. Otra causa que influyó en la ejecución del contrato fue que antes de la iniciación de la obra, la E.E.B modificó el objeto a construir y dispuso la ejecución de obras extras y adicionales. Es así como ordenó sustituir los pórticos de estructura metálica de los pozos A y B, por torres en estructura de concreto reforzado. La sociedad DOMUS LTDA. hizo entrega de su propuesta para la ejecución de estas obras extras, pero la empresa la rechazó y sin decidir lo relativo a las mismas, ordenó iniciar los trabajos el 14 de junio de 1990.

12. Las obras extras se perfeccionaron después de que las mismas tuvieron que ser ejecutadas. El proceder de la E.E.B le impidió a DOMUS LTDA. facturar las cuentas de cobro de las obras que con base en esas modificaciones adelantó, con lo que se produjo un desequilibrio en el contrato, puesto que DOMUS LTDA. ejecutó varias obras extras, sin haber acordado precios ni plazos y sin mediar la suscripción de ningún convenio, pues tales obras se contrataron meses después de la exigencia de la entidad³.

13. La demandante manifestó que la ejecución de obras extras resultaba de gran importancia en la medida en que de la ejecución de sus ítems, dependía la terminación de otras actividades. Para el contratista era imposible dar cumplimiento a los plazos solicitados por la E.E.B para cada uno de los edificios, pues en cada uno de ellos era necesario ejecutar diversas obras que se contrataron con posterioridad al vencimiento de tales plazos y que se trataba de obras necesarias para la ejecución de otras, es decir que eran precedentes y fundamentales para la terminación de los trabajos.

14. El 18 de diciembre de 1991, la empresa le anunció a DOMUS LTDA. su intención de aplicarle multas por los retrasos en la ejecución de las obras, a lo cual dicha sociedad se opuso, en consideración a que le estaban exigiendo la ejecución de obras no contratadas, no obstante lo cual, la Empresa de Energía de Bogotá multó a la sociedad DOMUS LTDA., mediante resoluciones n.º 85 y 86 del

³ La demandante insistió en que las actas de las obras extras no se perfeccionaron de manera oportuna; que hubo indefinición respecto de la ejecución de esas obras, con lo que la EEB desconoció e incumplió la cláusula décima cuarta del contrato (literal B), según la cual en la orden de ejecutar trabajos extras y adicionales dada por la empresa se *“debería incluir el alcance del trabajo que se va a realizar, así como su plazo de ejecución y forma de pago”*.

15 de enero de 1992, por valores de \$187 502 112 y \$9 200 720, respectivamente; pero en la segunda resolución, la entidad le impuso una multa no pactada en el contrato, por 94 días que habían transcurrido entre la fecha en la que la entidad consideró que DOMUS LTDA. ha debido iniciar la construcción del edificio del pozo A -14 de septiembre de 1991- y la fecha de corte -16 de diciembre de 1991-, en la que aún no lo había iniciado. Estos actos administrativos fueron impugnados por el contratista y la empresa los confirmó, mediante resoluciones n.º 07984 y 07985 de 25 de mayo de 1992.

15. El demandante adujo que en el contrato n.º 5168 se pactó la facultad de la entidad de imponer multas para el evento de incumplimiento parcial de los plazos contractuales, pero en el caso concreto no podía ejercerse la misma por cuanto no se daban los supuestos para ello, toda vez que si bien desde el punto de vista material puede hablarse de atraso en la entrega total y terminada de las edificaciones y obras objeto del contrato, no puede decirse que ese atraso o demora equivalga a la noción jurídica de incumplimiento, ya que si bien hubo una demora en la entrega de las obras, esta se produjo como consecuencia de que la entidad contratante incumplió con las cargas derivadas del negocio, poniendo al contratista en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones. Por ello se impone el reconocimiento de la excepción de contrato no cumplido o *“exceptio non adimpleti contractus”*.

16. DOMUS LTDA., ante su mala situación económica -derivada de no haber podido facturar las obras extras que debió ejecutar- trató infructuosamente de obtener crédito en el sistema financiero y no lo logró a consecuencia de las medidas económico-financieras que adoptó el Gobierno Nacional tendientes a reducir la inflación. Por ello, se vio obligada a solicitar un anticipo adicional a la entidad contratante y la facturación *“decadal”*, los reajustes provisionales y la modificación de los plazos originalmente previstos para la entrega de los edificios SF6 y de control, luego de informarle que había agotado todas las gestiones posibles ante el sector financiero formal y no formal, pero no pudo conseguir los créditos necesarios para cumplir a cabalidad con el contrato, lo que puso a la firma contratista en una situación imprevista.

17. El 15 de mayo de 1991, al expedir el acta de modificación unilateral, la E.E.B aprobó el anticipo adicional, el cual se canceló a finales de junio de ese año. Sin embargo, su efecto de inyección de fondos al contrato quedó anulado por los efectos negativos que habían sido causados por la no disposición de los recursos provenientes de las obras adicionales y actas de obras extras nº 1 y 2, y por la interpretación restrictiva de la cláusula de pago de obras no terminadas en su totalidad.

18. Cuando se perfeccionaron las actas de las obras extras con los respectivos ítems de pago, la E.E.B se negó a modificar los plazos en la ejecución de esas obras, pero como el contratista ya había ejecutado gran parte de las mismas, se vio forzado a suscribir el acta, pues no de otro modo le habrían reconocido los pagos. De manera simultánea la E.E.B ordenó ejecutar obras cuyos precios no habían sido siquiera discutidos con el contratista, mucho menos convenidos.

19. Ante la angustiosa situación del contratista y frente a la inminente y total paralización de los trabajos, DOMUS LTDA. formuló una reclamación en la que solicitó el reconocimiento de extra costos ocasionados por factores como: i) presencia del suelo diferente al esperado según los pliegos; ii) rellenos de especificaciones diferentes a las del ítem correspondiente; iii) huelgas, paros cívicos y alteraciones del orden público; iv) mal estado de las vías; v) extensión de la permanencia en las obras; vi) demora en la legalización de las obras extras; vii) modificaciones de las especificaciones; viii) demora en la entrega de planos; ix) insuficiencia en la información a cargo de la EEB y x) excesos en el cobro del servicio de energía eléctrica suministrada por la EEB.

20. Esos extra costos, a juicio del demandante, ayudaron a desfinanciar la obra y causaron un desequilibrio en el flujo de fondos, por mayores gastos de lo previsto, ocasionados por causas no imputables al contratista y que le generaron un total agotamiento monetario.

21. La E.E.B le hizo una propuesta a DOMUS LTDA. para liquidar el contrato de común acuerdo en la que incluía el reconocimiento de una suma a su favor por la

reclamación formulada y le anunció que anularía las multas impuestas, pero luego se retractó, alegando diferencias entre las partes en cuanto al valor de los materiales que el contratista suministró, pues para la interventoría resultaba inaceptable la propuesta de DOMUS LTDA. de afectar su valor por un porcentaje de administración, utilidad e imprevistos del 34%. En consecuencia, en reunión sostenida el 14 de mayo de 1992 la E.E.B le manifestó a DOMUS LTDA. que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto de la liquidación del contrato, la empresa iba a declarar la caducidad del mismo, a pesar de que el plazo del contrato ya estaba vencido.

22. La E.E.B. intentó hacerle firmar al contratista una prórroga del contrato por 3 meses, a pesar de que el plazo del mismo ya había expirado, pero DOMUS LTDA. manifestó su desacuerdo, pues la ampliación del plazo no era viable toda vez que durante ese lapso las partes venían trabajando en la liquidación del contrato, la E.E.B se encontraba en posesión de las obras y ninguna de las partes la solicitó, por lo que la entidad contratante no podía extenderlo unilateralmente.

23. Por considerar que el plazo del contrato había sido ampliado, mediante resolución n.º 7986 del 25 de mayo de 1992, la E.E.B declaró la caducidad administrativa del contrato n.º 5168 celebrado con la sociedad CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., le impuso una sanción por valor de \$196 702 822, ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento, la cláusula penal pecuniaria, la garantía de correcta inversión del anticipo, así como las multas impuestas al contratista. Por último, ordenó la liquidación definitiva y final del contrato y la revisión de los pagos que, por cualquier valor, le fueran adeudados al contratista. DOMUS LTDA. interpuso recurso de reposición contra la resolución de caducidad del contrato, el cual fue resuelto mediante resolución n.º 11.317 del 8 de septiembre de 1992, por la cual se revocó el artículo 1º de este acto administrativo –que declaraba la caducidad del contrato- y en su lugar se declaró el incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones derivadas del contrato 5168, *“en virtud de que sólo entregó parcialmente terminados los edificios de control, Pozo B, SF6 y obras exteriores y sin iniciar las obras del edificio del Pozo de ductos A y demás obras de la Licitación Pública Internacional G- 029”*, y se confirmaron las demás partes de la resolución impugnada. Contra la resolución

11317 fue interpuesto recurso de reposición, que se decidió por resolución n.º 20.548 del 2 de abril de 1993, en la cual la E.E.B confirmó su decisión.

24. Mediante resolución n.º 002124 del 10 de abril de 1995, la E.E.B liquidó unilateralmente el contrato n.º 5168, introduciendo descuentos y rubros que no corresponden a la realidad⁴. Además, no incluyó los sobrecostos y perjuicios sufridos por DOMUS LTDA. durante el desarrollo y ejecución del contrato y que fueron reclamados a la entidad, con lo que desconoció el artículo 289 del Decreto 222 de 1983 y 470 del Código Fiscal Distrital.

25. El incumplimiento de la E.E.B tanto en el suministro inicial de los planos de construcción como en las definiciones subsiguientes de los mismos, así como la no legalización oportuna de las obras extras, trajo graves consecuencias económicas para DOMUS LTDA., en la medida en que esta firma tuvo que aportar de su patrimonio grandes cantidades de dinero para sufragar los costos de personal.

III- Actuación procesal

26. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió las demandas mediante providencias del 1º de diciembre de 1992 (proceso 8365), 14 de octubre de 1993 (expediente 9169) y 28 de agosto de 1995 (proceso 11265), las cuales fueron debidamente notificadas a la Empresa de Energía de Bogotá, a la compañía de

⁴ En el capítulo de las deducciones, incluyó el valor de las multas que la EEB le impuso ilegalmente al contratista, por lo que el saldo a favor de la E.E.B, no es el que aparece en la resolución de liquidación unilateral. Adicionalmente, dentro del acápite de "*balance del contrato*" se incluyó un rubro denominado "*materiales de obra*" por un "*valor ejecutado*" de \$45 225 281.00, a fin de computarlos dentro de las prestaciones realizadas por DOMUS LTDA., pero esos materiales son de propiedad de la firma FEHRINGS LTDA., subcontratista de las instalaciones eléctricas e hidráulicas, los cuales fueron entregados provisionalmente –sin acuerdo sobre el precio de los mismos- por DOMUS LTDA. a la E.E.B, dentro del curso de las negociaciones directas que se intentaron para lograr una liquidación bilateral del contrato, a fin de que las partes de común acuerdo, establecieran su valor para incluirlo en la misma, de manera que fuera pagado por la E.E.B a DOMUS LTDA., y por ésta a FEHRINGS. Al no llegar a un acuerdo sobre los precios, DOMUS LTDA. solicitó la devolución de los materiales, pero la E.E.B de manera abusiva e ilegal se negó a hacerlo, procedió a explotarlos y pretendió tener el derecho de establecer unilateralmente el precio de los mismos y hacer una compensación de dicho valor con el valor de las multas que de modo ilegal le impuso al contratista.

seguros Alfa S.A., y a la Compañía de Seguros Universal (fls. 220 y 222, cdno. ppl., fls. 287, 289, 295 y 297, cdno. 2 y fls. 199 y 201, cdno. 3).

27. La Empresa de Energía de Bogotá contestó las demandas y se opuso a las pretensiones, para lo cual expresó, en síntesis, que desde el 9 de abril de 1990 el contratista contó con los planos necesarios para iniciar la ejecución de las obras, los cuales fueron oportunamente entregados por la empresa, de acuerdo con las estipulaciones contractuales y las necesidades reales del desarrollo de la obra. Dijo que de acuerdo con la cláusula décima quinta del contrato, la empresa atendió con diligencia las inquietudes y consultas del contratista acerca de los errores y omisiones de los planos, mediante el sistema expedito de notas de campo, corroborado posteriormente con la entrega de los planos revisados.

28. Que fue el contratista quien dilató la ejecución de las obras y alegó el incumplimiento de la Administración y que si bien es cierto que no podía iniciar las obras sin los planos, en la licitación se analizó la copia preliminar de los mismos y además era necesario adelantar trabajos previos antes de iniciar la construcción propiamente dicha. Sostuvo que DOMUS LTDA., al recibir la orden de iniciar los trabajos debió adecuar los terrenos sin postergar el cumplimiento de sus obligaciones; que los planos definitivos de las construcciones de este tipo de ingeniería sólo se realizan en su totalidad cuando se conoce toda la información sobre los equipos electromecánicos, cuya compra se efectúa de manera paralela al de la construcción, generándose variaciones en los planos de las obras civiles.

29. La demandada sostuvo que el 9 de abril de 1990 le entregó al contratista los planos preliminares de construcción y el 22 de junio siguiente los planos completos del primer edificio, con los que podía iniciar las obras; y si bien las partes pactaron que los planos debían revisarse, el contratista no puede considerar que cada una de las revisiones constituía una prórroga del término para entregar la obra, pues en principio las modificaciones normales no suponen cambios en los plazos. Agregó que si bien efectuó modificaciones a los planos, lo hizo respecto de obras que aún no se habían iniciado por parte del contratista y las revisiones a los planos se ciñeron a las especificaciones técnicas que formaban parte del pliego de condiciones.

30. Explicó que si el contratista se demoró en la ejecución de las obras, ello no se debió a la falta de entrega de los planos, sino a su negligencia y que los plazos contractuales empezaron a regir cuando la entidad impartió la orden de iniciar los trabajos. El contratista no logró organizar la obra y su negligencia se evidenció por las siguientes razones:

a. Falta de coordinación entre el personal del contratista y la oficina del mismo en Bogotá, originando graves errores en los pedidos y suministros que se convirtieron en demoras importantes en el programa de construcción.

b. Demora del contratista en la entrega de informaciones técnicas para aceptar modificaciones en el diseño y planos del edificio SF6, propuestas por el propio contratista, con lo cual causó un retraso de dos meses y medio.

c. Múltiples cambios del contratista en el cargo de director de la obra.

d. Falta de adecuado control de calidad, generando repetición de los trabajos y atrasos. Se colocó mal el acero en las placas de control, se armaron mal las vigas de la cubierta del edificio SF6, se pusieron mal los pisos en el edificio de control y se hicieron mal los pañetes en los dos.

e. Inasistencia de los directivos del contratista a numerosas reuniones especiales en las oficinas de la empresa, lo que demuestra desorganización evidente y falta de interés del contratista para solucionar los problemas de obra.

f. Reiterado incumplimiento del contratista acerca de su obligación de presentar oportunamente programas realistas de construcción, que

permitieran recuperar los atrasos. Así, la programación solicitada con urgencia el 4 de diciembre de 1990, durante una reunión especial de trabajo, solamente se recibió el 4 de febrero de 1991 y a esa fecha ya registraba atrasos de 6 días. Igualmente, el 18 de junio de 1991, en la reunión especial, se solicitó actualizar la programación y solamente hasta el 3 de julio se entregaron parcialmente los programas.

g. Falta de coordinación del contratista con los subcontratistas.

h. Incumplimiento de sus compromisos para con los suministradores locales en la obra y desorden en el manejo del acero por falta de adecuada dirección de la obra.

31. Dijo que las dificultades económicas del contratista se manifestaron desde la iniciación de la obra, cuando se hizo evidente que no contaba con los fondos suficientes para dar cumplimiento a las prestaciones derivadas del contrato, por lo que no es cierto que las medidas económicas adoptadas por el Gobierno hubieren alterado su situación ni que su escasez económica haya sido imputable a la E.E.B; manifestó que esta iliquidez se evidenció en el incumplimiento por el contratista de los programas de inversión del segundo semestre de 1990, por cuanto a diciembre 31 de ese año, el contratista, según su programación de inversión, debía haber facturado a precios corrientes, la suma de \$ 1 599 000 000,00 y solamente facturó \$ 570 000 000,00, debido al deficiente suministro de recursos, originados en una falta de apoyo de la oficina central de la obra y en una gran desorganización de ésta; esa diferencia de \$1 029 millones dejados de facturar por el contratista, fue razón fundamental para la falta de recursos que se registraba a principios de 1991 y que afectó la obra en forma irrecuperable.

32. En cuanto a la reclamación que elevó el contratista, en la que enunció varios factores que alteraron la ejecución de los trabajos y que le acarrearón sobrecostos, manifestó la demandada que en la liquidación del contrato no se debería reconocer el monto solicitado por DOMUS LTDA. en esa reclamación, pues fue evidente que desde el inicio del contrato el contratista incurrió en graves

fallas de carácter administrativo y financiero, las cuales se agravaron con el transcurso del tiempo, hasta llegar al momento en que el contratista no pudo cumplir con el objeto contratado.

33. Manifestó la E.E.B, que la empresa ordenó la ejecución de obras extras, así: Obras extras n.º 1: por valor de \$ 63 923 122.00, para realizar ajustes al proyecto estructural arquitectónico de los edificios de los pozos A y B, cuyos ítems no estaban incluidos en los planos ni en las especificaciones, ni podían ejecutarse de acuerdo con los precios del contrato. En abril de 1990, se empezó a negociar el acta de esta obra extra y su aprobación tuvo lugar el 20 de marzo de 1991. Estas obras se adelantaron desde el 1 de febrero de 1991 y el mes siguiente se efectuó el pago. Obras extras nº 2: por valor de \$ 191 775 066.00, equivalente al 9.7% del valor inicial del contrato, cuyo objeto fue la realización de modificaciones a los edificios y obras exteriores no previstas. El contratista las ejecutó entre octubre de 1990 y octubre de 1991, a precios corrientes sobre los que la empresa reconoció reajustes. Dado que el valor equivalente de las obras extras es del 12.9% del valor del contrato, mal puede atribuir el contratista a ellas el retardo en su cumplimiento contractual.

34. La demora en la firma de estas actas no afectó el equilibrio financiero del contrato como lo afirma el contratista, por cuanto éste había recibido la cantidad de \$295 000 000 adicionales de anticipo, en mayo de 1991. Es así como en octubre de 1991, se logró el máximo valor acumulado no facturado por concepto de obra extra nº 2, equivalente a \$ 66.9 millones; para esa época se registraba un anticipo por amortizar por valor de \$ 293.3 millones, por lo cual al deducir los trabajos de obra extra N° 2 no facturados, el anticipo amortizado ascendía a \$226.4 millones.

35. La E.E.B manifestó que había tomado medidas en beneficio del contratista como la modificación de los plazos de construcción de los edificios del pozo B, de control y SF6, a pesar de lo cual el contratista no inició la construcción del edificio del pozo A, no obstante que en varias reuniones aseguró que estaba listo a iniciarla.

36. Desde el mes de diciembre de 1991, el contratista paralizó las obras alegando incapacidad financiera y, en marzo de 1992, la paralización era total. Ante esta situación la empresa respondió con medidas que le facilitaban su ejecución, otorgándole un anticipo adicional del 15% del valor del contrato; aparte de lo anterior, la E.E.B le aceptó al contratista modificaciones a las especificaciones del contrato, para cancelarle obras y suministros parcialmente ejecutados. En términos generales, la empresa no escatimó esfuerzo alguno para pagarle prioritariamente las cuentas. A la fecha del abandono de la obra, el contratista había facturado \$1 576 000 000,00, equivalente al 80% del contrato.

37. La demandada sostuvo que la declaratoria de caducidad obedeció a los poderes con que cuenta la entidad pública dado el incumplimiento grave en el que incurrió el contratista, no obstante lo cual, frente a los argumentos del contratista la resolución de caducidad fue modificada por la declaratoria de incumplimiento contractual, puesto que efectivamente, el mismo se produjo por parte del contratista; por tal razón, se opuso a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, pues la empresa sí cumplió con las obligaciones derivadas del contrato 5168, suministrando al contratista los recursos técnicos y económicos requeridos para llevar a cabo las obras.

38. Finalmente, la E.E.B. sostuvo que no se pudo llegar a una liquidación de común acuerdo por causas imputables al contratista, debido a su desorganización, falta de colaboración y limitaciones a la hora de adelantar las actividades de análisis y comprobación de la obra (fls. 228 a 250, cdno. ppl; fls. 484 a 543, cdno. 2, y fls. 217 a 293, cdno. 3).

39. La Compañía de Seguros Universal coadyuvó las pretensiones del actor (expediente 9169) y propuso excepción de ausencia de reclamación que la E.E.B. ha debido presentar en los términos del numeral 4 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993, toda vez que la aseguradora fue objeto de una toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios por parte de la Superintendencia Bancaria, para liquidarse según resolución 2807 del 8 de agosto de 1991, razón por la cual le son

aplicables las disposiciones contenidas en el Nuevo Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de abril 2 de 1993 y en consecuencia, las resoluciones expedidas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, en cuanto hacen referencia a Seguros Universal S.A. en liquidación, no obstante encontrarse ejecutoriadas, no han sido objeto de reclamación en un todo de acuerdo con el numeral 4 del artículo 300 del Decreto 663 de 1.993, y el artículo 1077 del Código de Comercio. (fls. 550 y 551, cdno. 2).

40. La Compañía de Seguros Alfa intervino en el proceso (expediente 9169) en calidad de litisconsorte de la parte demandante, cuyas pretensiones coadyuvó. Solicitó que se condene a la E.E.B a devolverle la suma de \$ 36 920 760 debidamente actualizada y estimó violadas las siguientes normas: Del Código Civil Colombiano, los artículos 1602, 1603, 1609 y 2373; del Código Contencioso Administrativo, los artículos 84 y 87; del Código de Comercio, el artículo 1060; del Decreto-Ley 222 de 1983, los artículos 20 y 21; del Código Fiscal del Distrito, el artículo 301 (fls. 562 a 587, cdno. 2).

41. A solicitud de la parte demandada, el Tribunal Administrativo de primera instancia dispuso la acumulación de los procesos n.º 8365, 9169 y 11265, mediante auto del 1 de agosto de 1995.

42. Concluido el debate probatorio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda mediante sentencia del 28 de agosto de 1997, por cuanto luego de analizar las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, concluyó que la firma demandante fue la que incumplió el contrato, toda vez que reiteradamente atrasó el desarrollo de los trabajos porque *i)* tenía dificultades financieras extracontractuales que lo obligaron a soportar varios procesos ejecutivos y a pignorar las cuentas a favor del Banco Popular y, *ii)* tenía dificultades administrativas que le impedían suministrar oportunamente mano de obra y materiales en cantidades y calidades suficientes para mantener el cronograma de trabajo y para atender los requerimientos económicos de los subcontratistas. El *a-quo* consideró que si bien es cierto que desde el comienzo de la ejecución del contrato hubo diferencias entre las partes relacionadas con la presentación de los planos, la E.E.B por medio de la interventoría fue explícita en

exigir el cumplimiento de lo convenido en el contrato. Sostuvo además que las obras extras y adicionales se compensaron con las que se suprimieron, de tal modo que, en términos financieros, el valor del proyecto se mantuvo casi inmodificable.

43. Señaló el Tribunal que la Empresa de Energía no incumplió el contrato y tampoco hubo falsa motivación en las decisiones demandadas mediante las cuales impuso multas, declaró la caducidad del contrato y el incumplimiento del contratista. Consideró infundada y poco ajustada a la práctica contractual la afirmación del demandante en el sentido de que ante la necesidad de ejecutar obras extras hubiere resultado imposible cumplir los plazos originales. Sostuvo que está acreditado que la interventoría requirió en múltiples oportunidades a DOMUS LTDA. para que presentara propuesta de precios por obras extras sin que ésta se manifestara. Agregó que no existe prueba alguna que indique que la caducidad se hubiere declarado fuera del plazo y que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Empresa de Energía de Bogotá sí tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato.

44. Dijo el *a-quo* que la Empresa de Energía de Bogotá entregó los planos necesarios para iniciar la obra con la debida anticipación y que si bien no entregó la totalidad de los mismos, esto no le impedía al contratista ejecutar la parte que le correspondía. Sostuvo igualmente que el contratista no colaboró con la Administración, en la medida en que quiso aprovecharse de un error mecanográfico en la minuta del contrato para exigir una reforma sustancial de la misma. Consideró que de las pruebas allegadas se deduce que sí hubo incumplimiento por parte del contratista y señaló que desde el primer momento, la Administración convino en que no había ampliación de los plazos porque con independencia de las obras extras, las construcciones se necesitaban para implantar máquinas cuya construcción había sido convenida fuera del país en moneda extranjera y porque el proyecto era vital para prestar energía eléctrica a la zona centro oriente de la geografía nacional, no siendo posible su demora.

45. Consideró que la Empresa de Energía de Bogotá sí tenía competencia para declarar el incumplimiento del contratista y que si bien en algunos casos hubo retardo en el pago de las cuentas, no se demostró que esto haya sido factor multiplicador del incumplimiento, sino que las causas del mismo fueron los

problemas de administración, la contratación equivocada de personal, la ausencia de materiales, los altos pasivos que soportaba el contratista, el manifiesto endoso de las cuentas y la existencia de numerosos procesos ejecutivos en su contra. Afirmó que no se probaron las medidas del Gobierno que le causaron las alegadas restricciones monetarias (fls. 442 a 538, cdno. ppal).

46. La parte actora interpuso en tiempo recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, el cual se concedió mediante auto del 14 de octubre de 1997 (fols. 539 y 542 c. ppal). En la sustentación de su recurso, el apelante solicitó que se revoque el fallo impugnado para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Adujo que el *a-quo* incumplió el deber legal de apreciar las pruebas en su conjunto y de exponer el mérito asignado a cada una de ellas, como la prueba pericial, en la cual los expertos fueron claros en sostener que era imposible iniciar la construcción de una obra civil en forma seria y técnica sin contar con la totalidad de los planos de construcción definitivos y, que en el caso concreto, la E.E.B no entregó en debida forma los planos al contratista, lo cual generó graves atrasos.

47. Agregó el recurrente que está claramente acreditado el incumplimiento de la Empresa de Energía de Bogotá en la entrega oportuna de los terrenos, en la asignación de las zonas para campamentos e instalaciones provisionales del contratista y en la entrega oportuna de los planos, en contravención de las cláusulas décima segunda y décima quinta del contrato. Dijo que también se demostró la demora injustificada en que incurrió la Empresa de Energía de Bogotá en la aprobación de las actas de obras extras n.º 1 y 2, así como la renuencia de dicha entidad para acordar los nuevos plazos que la ejecución de esas obras demandaba.

48. Sostuvo igualmente que se acreditó que el incumplimiento contractual de la Empresa de Energía de Bogotá determinó el atraso en la ejecución de las obras a cargo del contratista y que se probó el rompimiento del equilibrio financiero del contrato en contra de DOMUS LTDA., razón por la cual, los actos administrativos impugnados están viciados de falsa motivación y están llamados a ser declarados nulos (fls. 550 a 571, cdno. ppal).

49. El recurso de apelación se admitió mediante providencia del 5 de mayo de 1998 y se dispuso el traslado para alegatos finales por auto de 11 de mayo del mismo año (fls. 573 y 575, cdno. ppal).

50. La parte demandante presentó en tiempo sus alegatos de conclusión mediante escrito a través del cual reiteró los planteamientos que expuso en las demandas y en el recurso de apelación. Solicitó que le sean indemnizados todos los perjuicios que le causó la E.E.B, reiteró la excepción de contrato no cumplido y, finalmente, se refirió al principio del equilibrio financiero del contrato (fls. 577 a 600, cdno. ppal).

51. Seguros Alfa presentó sus alegatos de conclusión mediante escrito en el que sostuvo que el Tribunal *a-quo* no valoró las pruebas que demuestran la ilegalidad de la actuación de la empresa demandada, la cual, en múltiples ocasiones modificó el contrato sin seguir el procedimiento que la ley exige para ello; adujo además que no se le notificaron las modificaciones efectuadas al contrato, lo que conlleva a la extinción de la garantía, no sólo por los elementales principios de la fianza, que es de la naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento, sino porque así se prevé en las condiciones de la póliza; solicitó finalmente que se ordene a la Empresa de Energía de Bogotá la devolución de los dineros que la aseguradora se vio obligada a cancelar, más intereses comerciales (fols. 601 a 603 c. ppal).

52. La entidad demandada presentó oportunamente sus alegatos y solicitó que se confirme el fallo de primera instancia. Reiteró que el contratista fue negligente en la ejecución de las obras y que incumplió el contrato de manera reiterada, por lo que se vio obligada a imponerle multas y a declarar la caducidad del contrato, decisión esta última que se revocó y en su lugar se declaró el incumplimiento contractual (fls. 613 a 622 c. ppal).

53. Al emprender el estudio del presente asunto, fue advertida la falta de una pieza procesal que fue mencionada expresamente en el recurso de apelación

interpuesto por la parte actora –dictamen pericial rendido por los ingenieros civiles Rafael Silva Valenzuela y Jaime Farías Parra en el proceso 9169 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca-, razón por la cual se adelantó el procedimiento para la reconstrucción parcial del proceso, que culminó con auto del 30 de mayo de 2011, declarando la reconstrucción del proceso en relación con las piezas procesales allí individualizadas –dictamen pericial mencionado y objeción al mismo, presentada por apoderado de la entidad demandada-, las cuales se incorporaron al expediente para ser valoradas en su oportunidad (fls. 652 a 808, cdno. ppl).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I- Competencia

54. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso de doble instancia ante esta Corporación⁵, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto al momento de presentar la demanda, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998.

II- El régimen legal del contrato

55. El contrato sobre el cual versa la presente controversia, es un contrato de obra pública celebrado por la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ –E.E.B.- el 27 de febrero de 1990, época para la cual su naturaleza jurídica era la de un establecimiento público del orden distrital⁶ sujeto a las normas del Decreto-Ley

⁵ Al efecto cabe tener en cuenta que el actor estima que se le causaron perjuicios que ascienden a \$1 283 823 541,00 por concepto de daño emergente (proceso N° 11265); suma muy superior a la exigida a la fecha de la presentación de la demanda (7 de noviembre de 1995) para que el proceso fuese de doble instancia (\$9.610.000).

⁶ Organizado por los Acuerdos n.º 18, 30 y 129 de 1959 y 34 de 1967 del concejo municipal de Bogotá; por Acuerdo 01 de 1996, se transformó de establecimiento público en una empresa industrial y comercial del orden distrital (fl. 89, cdno. 4) y por autorización del mismo acuerdo, mediante escritura pública 0610 del 3 de

222 de 1983 relativas a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios de terminación, modificación e interpretación unilateral –artículo 1º- y a las normas del Acuerdo 06 de 1985 contenido del Código Fiscal de Bogotá, en lo demás⁷.

56. El Decreto-Ley 222 de 1983, clasificaba los distintos contratos que podían celebrar las entidades estatales en contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración (art. 16), disponiendo en cuanto a los primeros, su sometimiento a las normas contenidas en el referido estatuto, mientras que para los segundos, estableció que, salvo lo dispuesto expresamente en el mismo decreto, les serían aplicables las normas de derecho privado. El contrato de obra pública fue incluido dentro de la primera clasificación como contrato administrativo, razón por la cual, en sus efectos, se hallaba sujeto a todas las disposiciones del estatuto contractual de la Nación.

57. En los contratos administrativos regulados por el Decreto 222, resultaban de obligatoria inclusión las cláusulas de caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, cláusula penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar (art. 60).

58. En relación con las multas, el artículo 71 *ibidem*, establecía:

De la cláusula sobre multas.- En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

junio de 1996, se transformó en empresa de servicios públicos como sociedad por acciones bajo la denominación de *Empresa de Energía de Bogotá S.A. –Empresa de Servicios Públicos-*, pudiendo utilizar la sigla E.E.B. (E.S.P.), según certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 629, cdno. ppl).

⁷ El artículo 5º de la Ley 19 de 1982, por medio de la cual se otorgaron las facultades extraordinarias al Gobierno para expedir el estatuto de contratación administrativa de la Nación y sus entidades descentralizadas, disponía: “En el desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley; así como las inhabilidades e incompatibilidades”.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula⁸.

59. En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: *“No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo⁹, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual”¹⁰.*

60. En el caso *sub-examine*, el contrato de obra pública n.º 5168 entre la Empresa de Energía de Bogotá y Construcciones Domus Ltda., (copia auténtica, fls. 8 a 48, cdno. 8), consagraba la facultad de la entidad contratante de imponer multas al contratista -el equivalente a 1000 dólares por día de retraso en relación con los plazos máximos establecidos en el anexo 2-.

⁸ El Acuerdo 06 de 1985, Código Fiscal de Bogotá vigente para la época de celebración del contrato en cuestión y al cual éste se hallaba sujeto, establecía en su artículo 294 la misma disposición.

⁹ [12] *Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, Exp. 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. 14.289.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

61. En relación con la caducidad administrativa del contrato, el artículo 62 del Decreto-Ley 222 de 1983 -en disposición que fue reiterada por el artículo 286 del Código Fiscal de Bogotá-, establecía que se trataba de una cláusula de forzosa estipulación en los contratos administrativos que no fueren de compraventa de bienes inmuebles o de empréstito y que procedía, entre otras causales¹¹, por el incumplimiento del contratista del que se derivaren consecuencias que hicieren imposible la ejecución del contrato o se causaren perjuicios a dicha entidad.

62. Y conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del mencionado Decreto-Ley 222 –reiterados en los artículos 287 y 288 del Código Fiscal de Bogotá-, la declaratoria de caducidad debía producirse a través de un acto administrativo debidamente motivado proferido por el jefe de la entidad contratante, en el cual se debían establecer los efectos de tal declaratoria así como las prestaciones a las que las partes quedaban obligadas, con la advertencia de que el acto administrativo, en cuanto ordenara hacer efectivas las multas ya impuestas y el valor de la cláusula penal pecuniaria, prestaría mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva.

63. La declaratoria de caducidad del contrato es la facultad que tiene la entidad contratante de terminar de manera anticipada y unilateral un contrato estatal cuando se dan las causales legalmente consagradas para ello, con la finalidad de retomar su ejecución de manera directa o a través de otro contratista o del garante, según el caso y de esta manera, garantizar la obtención del objeto contractual perseguido¹². Por las consecuencias que de tal declaratoria se desprenden para él, se ha considerado que la declaratoria de caducidad del

¹¹ Según esta norma, la caducidad del contrato también era procedente 1. por la muerte del contratista, si no se había previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores; 2. por la incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico legista; 3. por la interdicción judicial del contratista; 4. por la disolución de la persona jurídica contratista; 5. por la incapacidad financiera del contratista, que se presumía cuando se le declarara en quiebra, se le abriera concurso de acreedores o fuera intervenido por autoridad competente; igualmente la entidad contratante podía considerar que había incapacidad financiera cuando el contratista ofreciera concordato preventivo, se retrasara en el pago de salarios o prestaciones sociales o fuera embargado judicialmente.

¹² Actualmente, la declaratoria de caducidad procede únicamente en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización –artículo 18, Ley 80 de 1993-.

contrato constituye así mismo la sanción más grave a la que se puede ver abocado el contratista, toda vez que ella se traduce en una causal de inhabilidad para contratar con las entidades del Estado durante un lapso de 5 años¹³ y permite así mismo, hacer efectivas tanto las multas impuestas como la cláusula penal pecuniaria, constituyéndose en el siniestro de incumplimiento que permite efectuar el cobro de la correspondiente garantía contractual; no obstante, la principal finalidad de dicha decisión, como ya se dijo, es permitir la cumplida ejecución del objeto contractual requerido por la Administración, una vez terminado el contrato con el contratista incumplido.

64. En relación con la oportunidad dentro de la cual se puede ejercer la facultad de declarar la caducidad del contrato, la jurisprudencia actual de la Sala¹⁴ considera que en razón de su misma naturaleza y finalidad, la cual no es otra en últimas que la satisfacción del interés general que se halla envuelto en la cumplida ejecución del objeto contractual, esta decisión sólo puede tomarse respecto de un contrato que se encuentre vigente, es decir durante el término de ejecución de las prestaciones o plazo de cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues de esta manera la Administración podrá tomar en forma inmediata las medidas que sean necesarias para continuar con la ejecución contractual gravemente afectada o amenazada. Dijo la Sala:

De acuerdo con lo expuesto, la Sala recoge su jurisprudencia inmediatamente anterior sobre la materia, para precisar lo siguiente:

¹³ En el anterior régimen: numeral 2º y párrafo del artículo 8 del Decreto Ley 222 de 1983; actualmente, letra c) y párrafo 2 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

¹⁴ Inicialmente, la jurisprudencia consideró que la caducidad sólo podía declararse durante el plazo de ejecución del contrato, como lo sostuvo en sentencia del 22 de noviembre de 1979, expediente 1485: “*En forma reiterada ha dicho el Consejo de Estado que la caducidad del contrato solo es procedente cuando éste está vigente y no cuando el contrato ha terminado por vencimiento del plazo contractual o ante la terminación de la obra contratada. La finalidad de la cláusula de caducidad es precisamente dar por terminado el contrato. Pero si ya feneció por vencimiento del plazo o ejecución de las obras, lo único que legalmente procede es su liquidación, para saber quien debe a quien y cuánto o para que se haga uso de las acciones legales que cada parte considere conveniente a sus intereses. (...)*”. Posteriormente, la jurisprudencia consideró que la vigencia del contrato iba hasta el momento mismo de la liquidación del contrato, por lo cual hasta este mismo momento la Administración podía ejercer sus facultades excepcionales y básicamente, la de declarar la caducidad, así ya hubiera corrido el término o plazo para ejecutar las prestaciones, pues era precisamente en ese momento cuando se podía analizar si el contrato se había cumplido o no en los términos pactados. Al respecto, se pueden consultar sentencias del 13 de septiembre de 1999, expediente 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 18 de marzo de 2004, expediente 15936, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Como se dijo, la jurisprudencia retomó el criterio inicial, que es el vigente en la actualidad.

a) El Legislador pretendió con la institución de la caducidad -tanto en la Ley 80 de 1993 y antes con el Decreto - ley 222 de 1983 art. 62 letras a) a la f)- la remoción del contratista incumplido, con el fin de evitar que se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades contratantes, y asegurar su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido.

b) Por el anterior motivo, la oportunidad de la medida está íntimamente relacionada con el plazo de ejecución del contrato y, por tanto, una vez culminado éste, no es viable caducarlo para el propósito previsto en la ley, y con independencia de que no se haya extinguido el contrato en virtud de su liquidación; en efecto, se destaca que:

i.) La caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato, de manera que su ejercicio es jurídicamente viable dentro del término convencional de ejecución de las obligaciones, vencido el cual no es posible satisfacer la concurrencia de sus requisitos legales materiales; por ende, fenecido el plazo de ejecución la finalidad de la potestad se pierde y con ella la facultad para imponerla; y

ii.) La etapa y el plazo de liquidación del contrato no están consagrados para ejercer esta potestad exorbitante, pues la ley no señaló que pudiera aplicarse durante ésta, sino dentro de la etapa y plazo fijado en el contrato para su ejecución; y, además, se reitera, no se trata de solucionar un problema exclusivamente económico o sancionatorio.

c) Declarar la caducidad del contrato con posterioridad al fenecimiento del plazo de ejecución y en la etapa o plazo que se tiene para liquidarlo, sería reconocerle a este instituto un carácter meramente sancionatorio e indemnizatorio, dejando a un lado que con él se persigue la continuidad en la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades, en los eventos en que se presente un incumplimiento del contratista que afecte grave y directamente el contrato y amenace con su paralización.

f) En definitiva, la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la Administración sólo procede por los motivos y con los requisitos señalados en la ley, durante el plazo pactado para la ejecución y cumplimiento oportuno de las obligaciones del mismo -que incluye tanto el plazo original como los adicionales-, y no cuando éste hubiese

expirado, so pena de que el acto quede afectado con un vicio de nulidad, por incompetencia”¹⁵

65. En cuanto a la declaratoria de incumplimiento del contrato como decisión independiente y autónoma de la Administración, observa la Sala que en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, se admitía la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual una vez vencido el contrato, para los solos efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, toda vez que el artículo 72 establecía¹⁶:

De la cláusula penal pecuniaria.- En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

66. En virtud del contenido de esta disposición, resulta clara entonces, la diferencia existente entre la caducidad del contrato y la declaratoria de incumplimiento contractual como dos decisiones distintas que puede tomar la Administración, pues **i)** mientras la primera constituye una terminación anticipada del contrato, la segunda se produce cuando éste ya ha culminado por cualquier causa; **ii)** la principal finalidad de la primera decisión, es facilitar la ejecución del objeto contractual con persona distinta del contratista incumplido, en cambio la declaratoria de incumplimiento tiene como única finalidad permitir a la Administración el cobro de la indemnización de los perjuicios derivados de dicho incumplimiento, constituidos por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato; y finalmente, **iii)** la declaratoria de caducidad conduce a la inhabilidad del contratista, mientras que la declaratoria de incumplimiento

¹⁵ Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ La Ley 80 de 1993 no contempló la posibilidad de declarar el incumplimiento como una decisión distinta de la misma declaratoria de caducidad del contrato, pero posteriormente, la Ley 1150 de 2007 revivió tal posibilidad en el artículo 17, con la misma finalidad que lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983: “... con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”.

contractual no, puesto que así no lo determina la ley –art. 8º, Decreto-Ley 222 de 1983-17.

67. En relación con la liquidación unilateral del contrato, que fue otra de las decisiones cuestionadas en el *sub-lite*, observa la Sala que se trata de una facultad que el legislador otorga a las entidades estatales para ser ejercida mediante la expedición de un acto administrativo, en aquellos eventos en los cuales los contratos no pueden liquidarse de común acuerdo con el contratista dentro del plazo estipulado para ello en el respectivo pliego de condiciones o en el contrato, bien sea porque el contratista que es debidamente citado por la Administración para llevar a cabo la diligencia no concurre a hacerlo o porque habiendo concurrido, no acepta la liquidación efectuada por la entidad y se abstiene de suscribir el acta.

68. De esta manera, se observa que, conforme a lo dispuesto por el artículo 287 del Decreto Ley- 222 de 1983, debía procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos:

1º) Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad.

2º) Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos a favor de la entidad contratante.

3º) Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declaró nulo.

¹⁷ Aparte de estas diferencias entre las dos figuras, se observa que en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal había otra: se contemplaba como causal para declarar el incumplimiento, exclusivamente esta circunstancia: el incumplimiento definitivo de sus obligaciones por parte del contratista, mientras que para declarar la caducidad, se consagraban, además del incumplimiento grave del contrato, otras causales distintas que tienen que ver con condiciones personales del contratista que, si bien pueden afectar la ejecución contractual, no significan *per se* un incumplimiento que amerite una sanción, como la que está involucrada en la declaratoria de caducidad del contrato; eventos que, hoy en día, son consagrados por el legislador como causales de terminación unilateral del mismo -artículo 17, Ley 80 de 1993-: La muerte o incapacidad física del contratista si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista, y por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista.

4º) Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 19 del presente estatuto.

Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministros y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos.

69. Por su parte, el artículo 289 *ibidem*, relativo al contenido de la liquidación, dispuso en el tercer inciso que “*Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por vía gubernativa*”.

III- Los hechos probados

70. Mediante la valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso¹⁸, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la litis:

III.1. El contrato celebrado

71. La Empresa de Energía de Bogotá y la firma Construcciones Domus Ltda. celebraron, previo proceso licitatorio –Licitación Pública Internacional n.º G-029 de

¹⁸ Se advierte, en cuanto a los documentos que hacen parte del expediente, que sólo se tendrán y valorarán como pruebas aquellos que reúnan los requisitos legales para ello, es decir, los documentos originales auténticos o copias autenticadas, que conforme a lo dispuesto por el artículo 254 tendrán el mismo valor del original, cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada; o cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente, o cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial.

1989- el contrato de obra pública n.º 5168 del 27 de febrero de 1990, cuyo objeto fue (copia auténtica, fls. 8 a 48, cdno. 8)¹⁹:

*La EMPRESA encarga al CONTRATISTA y éste se obliga a ejecutar para aquella a los precios unitarios y globales consignados en el Anexo No. 1 de este Contrato y en estricta concordancia con los planos del Proyecto y demás documentos del Contrato que se relacionan en la Cláusula Segunda, la construcción del Edificio de Control, Edificio de la Subestación Exterior y Edificios de los Pozos de Ductos A y B y las demás obras objeto de la Licitación Pública Internacional G-029 para el Proyecto Hidroeléctrico del Guavio. **ALCANCE DEL OBJETO:** El objeto del Contrato comprende la ejecución de las obras que se enumeran a continuación: Construcción del edificio de control incluyendo excavaciones y rellenos locales, obras civiles y de acabados, instalaciones eléctricas y telefónicas, así como el suministro y montaje del sistema de ventilación y aire acondicionado. Construcción de los edificios de los pozos de ductos A y B incluyendo excavaciones y rellenos locales, obras civiles y de acabados, instalaciones eléctricas y telefónicas. Construcción del edificio de la subestación SF 6, la cual incluye excavaciones y rellenos locales, obras civiles y de acabados, instalaciones eléctricas y telefónicas. Diseño, fabricación, pruebas de taller y suministro CIF sitio de los pórticos metálicos galvanizados, terminales de línea, autosoportados para las subestaciones 230 kv/115, exteriores a la Central Subterránea. Construcción de pavimentos, obras de drenaje, cerramientos, arborización y señalización de los exteriores del patio de conexiones. Las obras anteriores incluyen, las obras estructurales de albañilería, hidráulicas, sanitarias, acabados arquitectónicos, suministro, transporte, instalación, montaje y pruebas de todos los materiales y equipos necesarios para los sistemas de alumbrados y tomacorrientes, ventilación y aire acondicionado, instalaciones telefónicas y la malla de conexión a tierra. Además todas las obras necesarias y trabajos complementarios para ejecutar en su totalidad, de acuerdo con los planos y demás documentos del Contrato, las obras antes enumeradas.*

¹⁹ La firma DOMUS LTDA. pretendió, antes de la suscripción del contrato, que se le introdujeran modificaciones a las siguientes cláusulas: primera: objeto del contrato; segunda: documentos del contrato; tercera: valor del contrato; cuarta: precios cotizados y costos del contratista; quinta: cantidades de obra y precios unitarios; novena: programa detallado de ejecución de las obras; décima: plazos para la ejecución de las obras, vigencia del contrato y multas por retrasos; décima primera: información sobre el trabajo y manifestaciones hechas al contratista; décima segunda: zonas; décima tercera: obras provisionales; décima cuarta: trabajos extras y adicionales; décima quinta: planos, especificaciones y replanteos; décima séptima: importación de elementos y equipos; vigésima primera: materiales, equipo y calidad de la obra; vigésima quinta: responsabilidad del contratista y normas legales; trigésima: caducidad del contrato; trigésima primera: pruebas e inspecciones; trigésima segunda: entrega final y recibo de la obra; trigésima tercera: liquidación del contrato y pagos finales; trigésima octava: disposiciones del Código Fiscal; cuadragésima primera: cesión del contrato; cuadragésima cuarta: terminación unilateral; y cuadragésima novena: perfeccionamiento del contrato. (fls. 265 a 290, cdno. 20 y fls. 208 a 234, cdno. 14).

72. El valor estimado en el contrato (cláusula tercera) fue de MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE (\$1 967 028 221,00) y como forma de pago (cláusula sexta), se pactó la entrega de un anticipo equivalente al 15% del valor total del contrato y el resto, mediante cuentas mensuales de cobro por concepto de las respectivas actas de obra ejecutada (cláusula tercera); en cuanto al plazo para la ejecución de las obras (cláusula décima), se dispuso:

CLAUSULA DECIMA- PLAZOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS, VIGENCIA DEL CONTRATO Y MULTAS POR RETRASOS:

A.- El CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto del presente Contrato de acuerdo con los plazos establecidos en el Anexo No. 2 de este Contrato. Estos plazos empezarán a contar a partir de la fecha en que la EMPRESA imparta la orden al CONTRATISTA de iniciar los trabajos de acuerdo a lo estipulado en la Sección I.03.10 del Pliego de Condiciones²⁰. Estos plazos podrán ser cambiados únicamente en los casos contemplados en este Contrato y por medio de acuerdos específicos escritos y firmados por ambas partes. La aprobación por parte de la EMPRESA de programas de ejecución de obras en los cuales se establezca la ejecución de obras por fuera de los plazos, no implica el cambio de éstos. **B.-** La vigencia del presente Contrato se iniciará en la fecha de su perfeccionamiento y se terminará seis (6) meses después del plazo final fijado para la terminación del Contrato, término dentro del cual el Contrato deberá quedar liquidado. El periodo de vigencia podrá prorrogarse por acuerdo de las partes (...).

73. En el anexo n.º 2, se pactaron los siguientes plazos de ejecución de las obras, contados en días a partir de la fecha en la cual la EEB impartiera la orden de iniciar los trabajos (fl. 109, cdno. 8):

- a) Cimentación, rellenos, demoliciones, superestructura, galerías e instalaciones hidráulicas, sanitarias, telefónicas, eléctricas y mecánicas, malla a tierra, acabados arquitectónicos de uno de los edificios de los pozos

²⁰ La Sección I-03-10 del pliego de condiciones regula los plazos para la adjudicación y firma del contrato y en el inciso 9º establece que "Una vez perfeccionado el Contrato la EMPRESA impartirá la orden de iniciar los trabajos, y el Contratista se obliga a iniciarlos en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la fecha de dicha orden" (fl. 28, cdno. 6).

de ductos, listo para iniciar montajes por otro contratista:

273 días calendario.

b) Cimentación, rellenos, demoliciones, superestructura, instalaciones hidráulicas, sanitarias, telefónicas y eléctricas, malla a tierra, acabados arquitectónicos de los edificios de control y SF6, galerías de cables y canaletas listos para iniciar montajes por otro contratista:

304 días calendario.

c) Suministro CIF sitio y montaje del sistema de ventilación y aire acondicionado del edificio de control:

304 días calendario.

La E.E.B., manifestó además, que *“La EMPRESA espera impartir la orden para iniciar la construcción del otro edificio de los pozos de ductos en enero de 1992, ésta se confirmará oportunamente. A partir de la fecha de orden de iniciar estos trabajos, la cimentación, superestructura, galerías e instalaciones hidráulicas, sanitarias y telefónicas, eléctricas y mecánicas, malla a tierra, acabados arquitectónicos de uno de los edificios de pozos de ductos listos para iniciar montajes por otro Contratista.”*

d) Pavimentos, cerramientos, señalización, arborización: 365 días calendario.

e) Limpieza y terminación total de los trabajos objeto de la licitación: 670 días calendario.

74. En la cláusula novena, se pactó que previo a la entrega del anticipo, el contratista debía someter a aprobación de la empresa un programa detallado de ejecución de obras, elaborado de acuerdo con lo establecido en la sección I.05.02 del pliego de condiciones, al que debían efectuarse las modificaciones que

indicara la entidad; así mismo, que ésta podía en cualquier momento durante la ejecución del contrato solicitar la revisión del programa general de ejecución de la obra y la presentación de programas detallados con secuencias, recursos y métodos a utilizar para la ejecución de determinadas partes de la obra; se pactó además:

G. Si el CONTRATISTA no está ejecutando la obra de acuerdo con los programas de ejecución aprobados, o si la organización y métodos de trabajo empleados por éste no son adecuados para la correcta y oportuna ejecución de la obra, de acuerdo con las estipulaciones del Contrato, la EMPRESA podrá ordenar al CONTRATISTA la adopción de las medidas pertinentes, a juicio de la EMPRESA, y éste se obliga a cumplir tales órdenes incluyendo el suministro del personal, equipo e instalaciones adicionales, el aumento de turnos, días y horas de trabajo, todo esto a costa del CONTRATISTA.

75. En el contrato se pactó la facultad de la entidad contratante de imponer multas al contratista por retrasos en la ejecución de sus obligaciones, de declarar la caducidad del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria acordada (cláusulas décima, trigésima y trigésima quinta).

76. En materia de multas, el contrato dispuso en la letra C de la cláusula décima:

La EMPRESA está facultada para imponer al CONTRATISTA multas por un valor de mil dólares (US\$ 1.000,00) o su equivalente en pesos colombianos por día de retraso en relación con los plazos máximos establecidos en el Anexo No. 2 de este Contrato. Estas multas serán aplicadas por la EMPRESA independientemente a cada plazo. Por cada programa de información técnica relacionada con los suministros, ciento cincuenta dólares (US\$150,00) por cada semana calendario de demora, hasta que cada programa demorado, haya sido recibido por la EMPRESA. Por cada plano o grupo de planos, o documento de información técnica relacionado con los suministros, treinta dólares (US\$ 30,00) por cada semana calendario de demora hasta que todos los planos o documentos demorados hayan sido recibidos por la EMPRESA. El valor acumulado de las multas impuestas por la EMPRESA durante la ejecución de este Contrato, estará limitado al diez por ciento (10%) del valor estimado del Contrato. D. El incumplimiento de uno o de varios de los plazos contractuales, constituirá una causal

para que la EMPRESA pueda decretar la caducidad del Contrato, como se establece en la Cláusula Trigésima. E. En caso que la EMPRESA haga efectivas las multas establecidas en esta Cláusula, lo notificará personalmente al CONTRATISTA por medio de resoluciones motivadas de su Representante Legal, y cobrará el monto de tales multas deduciendo su valor de las sumas adeudadas al CONTRATISTA por obra ejecutada o, a opción de la EMPRESA, con cargo a la garantía de cumplimiento de que trata la Cláusula Octava o con cargo a la garantía adicional de cumplimiento, o mediante cobro por jurisdicción coactiva. F. Los retrasos o incumplimiento de los subcontratistas en la ejecución de obras relacionadas con este Contrato, no relevarán en forma alguna al CONTRATISTA de su responsabilidad por la ejecución de las diferentes partes de la obra y de la obra total en los plazos estipulados. G.- Para efectos de la aplicación de las multas de que trata la presente Cláusula, su conversión a pesos colombianos se hará utilizando la tasa de cambio de la fecha de perfeccionamiento del Contrato.

77. En relación con la caducidad del contrato, dispuso la cláusula trigésima:

CADUCIDAD DEL CONTRATO: A.- La EMPRESA se reserva la facultad de declarar la caducidad de este Contrato mediante resolución motivada de su representante legal, a la ocurrencia de alguna de las siguientes causales: 1.- Por disolución de la sociedad CONTRATISTA. 2.- La incapacidad financiera del CONTRATISTA, que se presume cuando éste o alguno de los miembros que conforman el CONTRATISTA haya sido declarado en quiebra, se le abra concurso de acreedores, es intervenido por autoridad competente, ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o por cesación de pagos, o si es embargado judicialmente. 3. Cuando el CONTRATISTA no presente oportunamente los programas de ejecución de las obras estipuladas en la Cláusula Novena, o no inicie la obra en la fecha prescrita por la EMPRESA, o abandone los trabajos o parte de ellos, o suspenda la obra sin orden escrita de la EMPRESA, o no reanude prontamente los trabajos suspendidos por su culpa, o no lo hiciera dentro del plazo convenido, o cuando no cumpla con los plazos establecidos en la Cláusula Décima, o cuando en otra forma grave, a juicio de la EMPRESA, falte al cumplimiento de las obligaciones que contrae por el presente Contrato y, previa solicitud escrita de la EMPRESA, el CONTRATISTA rehúse corregir las fallas y poner término a las causas del incumplimiento, dentro del plazo razonable que aquella le fije, de acuerdo con la mejor conveniencia para sus intereses. 4.- Cuando las multas o indemnizaciones acumuladas por demoras en el cumplimiento de los plazos contractuales lleguen al diez por ciento (10%) del valor estimado del Contrato. 5.- Cuando se evidencie

cualquier otra circunstancia que justificadamente permita a la EMPRESA presumir incapacidad o imposibilidad jurídica, financiera o técnica del CONTRATISTA, para cumplir con el Contrato, bien sea por situaciones actuales o anteriores a la celebración del Contrato. 6.- Si se descubrieren y comprobaren circunstancias que inhabilitan al CONTRATISTA para celebrar el Contrato, o cualquier ocurrencia contemplada en el Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá como causal para declarar la caducidad del Contrato, además de las aquí mencionadas. PARAGRAFO: La resolución que declare la caducidad administrativa de este Contrato será motivada, y en ella se expresarán las causas que dieron lugar a la misma. Además ordenará hacer efectivas las garantías, las multas si se hubieren decretado antes, y el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en el Contrato. Para el cobro de las garantías la EMPRESA evaluará los perjuicios sufridos a efectos de que sirvan de base para la determinación de la cuantía que deberá pagar el garante como indemnización de los mismos. Contra la providencia que declare la caducidad del Contrato, el CONTRATISTA podrá interponer el recurso de reposición dentro del término fijado por la ley. A partir de la fecha de la resolución por la cual se declare la caducidad de este Contrato, la EMPRESA ocupará las obras en el estado en que se encuentren. La EMPRESA podrá emplear todos los materiales y tendrá derecho de retención sobre el equipo, maquinaria, herramientas y demás enseres y elementos destinados por el CONTRATISTA a la construcción de la obra, con derecho al debido uso de los mismos hasta la terminación de los trabajos. Para los fines anteriores, la EMPRESA podrá solicitar el concurso de la fuerza pública. En caso de declararse la caducidad del presente Contrato el CONTRATISTA no tendrá derecho a indemnizaciones de ninguna clase, pero se le reconocerá el valor de la obra ejecutada a satisfacción de la EMPRESA, el de los materiales retenidos, incluyendo los elementos y materiales fabricados o en proceso de fabricación que sean aceptables para la EMPRESA, y el valor del alquiler de los equipos y herramientas de propiedad del CONTRATISTA que la EMPRESA utilice en la obra, con base en los precios y procedimientos estipulados en este Contrato, en facturas presentadas por el CONTRATISTA, en precios comerciales obtenidos por la EMPRESA y en evaluaciones efectuadas por ésta. Para los propósitos y con citación del CONTRATISTA, se levantará un Acta, con intervención de la EMPRESA, en la cual se hará constar la descripción, cantidad y estado de la obra, de los materiales de construcción existentes y de los equipos, maquinaria y herramientas y demás enseres y elementos del CONTRATISTA retenidos por la EMPRESA. Los derechos y recursos de la EMPRESA, establecidos en esta cláusula, no excluyen cualquiera otro prescrito por las leyes o por el Contrato. El valor que la EMPRESA reconocerá al CONTRATISTA, será el que quede luego de descontar cualquier suma a cargo del CONTRATISTA. Si el CONTRATISTA no concurre o impide la liquidación del Contrato, la EMPRESA lo hará unilateralmente y notificará su resultado al CONTRATISTA. La

declaración de caducidad del Contrato implica la aplicación por parte de la EMPRESA de una sanción pecuniaria según se establece en la Cláusula Trigésimaquinta. La Resolución que declara la caducidad, en cuanto ordene hacer efectivas las garantías y sanciones pecuniarias, prestará mérito ejecutivo contra el CONTRATISTA y su garante y se cobrará por jurisdicción coactiva cuando a ello hubiere lugar.

78. En la cláusula décima primera, se acordó que el contratista declaraba expresamente conocer y haber estudiado cuidadosamente todo lo relacionado con la naturaleza del trabajo y los sitios en donde se realizaría el mismo, entre otros, características de la obra, el lugar de ejecución, clima, acceso, transporte, consecución, manejo y almacenamiento de materiales, disponibilidad de mano de obra, maquinaria y equipos requeridos, leyes aduaneras, laborales, de transporte, etc., reglamentaciones gubernamentales, impuestos, etc. En relación con las zonas de las obras, en la cláusula décima segunda se dispuso:

CLAUSULA DECIMA SEGUNDA. ZONAS: *A.- La EMPRESA se obliga para con el CONTRATISTA a asegurarle oportunamente la libre ocupación y permanencia en las zonas de las obras permanentes y en las que le asigne como zonas para obtención de agregados para el concreto siempre que no medien circunstancias de fuerza mayor. (...). B. La EMPRESA asignará al CONTRATISTA, dentro del área bajo el control de aquella y libres de costo, zonas para los campamentos e instalaciones provisionales del CONTRATISTA y zonas de préstamo de explotación de materiales de construcción. (...) D. Así mismo, la EMPRESA pondrá a disposición del CONTRATISTA zonas de préstamo y de descargue de desechos de materiales de construcción y sobrantes de excavación (...).*

79. En dicha cláusula se acordó lo concerniente a las obras provisionales, estableciendo que la localización y construcción de las instalaciones provisionales del contratista requería aprobación de la empresa y que sería a costa de aquel su construcción y conservación, tales como vías provisionales, cercas, campamentos, oficinas, obras de protección de bienes de la empresa o de terceros, etc.

80. En relación con los trabajos extras y adicionales, se dispuso:

CLAUSULA DECIMA CUARTA –TRABAJOS EXTRAS Y ADICIONALES: A.- Se entiende por obra o trabajo extra el que no está incluido en los planos ni en las especificaciones ni puede ejecutarse de acuerdo con los precios de este Contrato. Se entiende por obras adicionales aquellas que por su naturaleza pueden ejecutarse de acuerdo con las especificaciones y según los ítems de este Contrato. B.- La EMPRESA podrá ordenar trabajos extras y adicionales y el CONTRATISTA estará obligado a ejecutarlos siempre que los trabajos ordenados hagan parte de la obra contratada o sean necesarios para ejecutar esta obra, para protegerla o complementarla. Todo trabajo extra o adicional deberá ser ordenado por escrito por la EMPRESA. Dicha orden deberá incluir el alcance del trabajo que se va a realizar, así como su plazo de ejecución y forma de pago. C.- Los trabajos adicionales se pagarán de acuerdo con los precios unitarios correspondientes establecidos en el Anexo No. 1 y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Cláusula Quinta de este Contrato y los ajustes según la Cláusula Séptima. D.- Los trabajos extras se liquidarán con base en los precios y en las fórmulas de ajuste de éstos que se convengan con el CONTRATISTA. Si no se llegare a un acuerdo entre las partes acerca del precio de los trabajos extras, la EMPRESA podrá ordenar la ejecución del trabajo extra, por el sistema de costo necesario más porcentaje, que será obligatorio para el CONTRATISTA y se regulará por medio de un acuerdo establecido con base en lo estipulado en el Capítulo I.09 del Pliego de Condiciones. E.- Antes de iniciar cualquier trabajo extra y si su tiempo de ejecución lo permite, se redactará un Acta entre el CONTRATISTA y la EMPRESA en la que conste la cantidad de obra, el sistema de pago y los plazos para el trabajo. En caso que la ejecución del trabajo extra afecte el costo de la obra principal y/o los plazos del Contrato, los costos correspondientes y las modificaciones a los plazos del Contrato deberán incluirse en el Acta. Dichas Actas, aprobadas por la EMPRESA, formarán parte del presente Contrato.

81. Sobre los planos de las obras²¹, en el contrato se estipuló lo siguiente:

²¹ Se observa que el pliego de condiciones que rigió la licitación pública en la que se adjudicó el contrato objeto de la presente litis, en el numeral I.01.02, incluyó algunas definiciones de términos utilizados en los Documentos de la Licitación y entre ellos, se refirió a los planos en los siguientes términos: “Son los dibujos y diseños suministrados por la EMPRESA como parte de los Documentos del Contrato. Existirán planos de Licitación y de Construcción. Estos últimos podrán diferir en detalles de los de Licitación. Cuando se dice ‘de acuerdo con los planos’ y otras frases de significado análogo, se entiende que se trata de los planos de Construcción. También forman parte de los planos, los que el Contratista elabore y que reciban aprobación de la Empresa” (fl. 528, cdno. 8, del expediente 9169).

CLAUSULA DECIMA QUINTA- PLANOS, ESPECIFICACIONES Y REPLANTEOS: A.- La EMPRESA suministrará al CONTRATISTA, libres de costo, una (1) copia de los Documentos de Licitación. B.- Los planos de licitación no deberán ser usados para adquirir materiales o para cualquier otro propósito a menos que la EMPRESA apruebe hacerlo por escrito. Oportunamente, de acuerdo con las fechas convenidas por la EMPRESA con el CONTRATISTA a medida que sea necesario, según el programa detallado de ejecución de las obras aprobado, la EMPRESA suministrará al CONTRATISTA una (1) copia reproducible y dos (2) copias heliográficas de los planos de construcción o suministro. El CONTRATISTA no deberá adelantar ningún trabajo sin las instrucciones y planos adecuados y deberá notificar por escrito a la EMPRESA, con suficiente anticipación, sobre los dibujos o especificaciones adicionales que pueda necesitar para la apropiada ejecución de la obra. Una vez recibidos los planos, el CONTRATISTA deberá revisarlos cuidadosamente y advertir a la EMPRESA por escrito sobre cualquier error u omisión que descubra u observaciones que desee hacer, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su remisión. C.- En general, el CONTRATISTA no deberá tomar medidas a escala sobre los planos, salvo en casos específicamente autorizados por la EMPRESA. Por otra parte, en caso de discrepancias entre las medidas a escala y las dimensiones anotadas en los planos, primarán las dimensiones anotadas; sin embargo, el CONTRATISTA deberá consultar a la EMPRESA para evitar interpretaciones incorrectas. D.- Las obras se efectuarán en un todo de acuerdo con los planos aprobados y con las especificaciones. Las especificaciones y los planos son complementarios. En caso que existan discrepancias entre las especificaciones y los planos, el CONTRATISTA informará sobre ello a la EMPRESA, quien decidirá sobre la prelación entre estos documentos. E.- El CONTRATISTA deberá preparar los planos de detalles, y los despieces que sean necesarios para la ejecución de los trabajos, con base en los planos y especificaciones suministrados por la EMPRESA. El CONTRATISTA remitirá a la EMPRESA, para su aprobación debidamente elaborados y por quintuplicado, estos planos y las informaciones correspondientes, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que la EMPRESA envíe los planos y especificaciones en que se basarán aquellos. La EMPRESA aceptará o rechazará por escrito estos planos e informaciones dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su recibo, devolviendo una de las copias con las instrucciones que sean del caso. El CONTRATISTA suministrará a la EMPRESA una (1) copia reproducible y dos (2) copias heliográficas de estos planos, corregidos y aprobados. F.- El CONTRATISTA será responsable por cualquier discrepancia, error u omisión en los planos y en las informaciones suministrados por él, hayan sido o no aprobados estos planos e informaciones por la EMPRESA, siempre y cuando tales discrepancias, errores u omisiones no sean el producto de planos e informaciones inexactas suministradas por escrito por la EMPRESA. Con arreglo a lo

anteriormente estipulado, los errores de construcción que se cometan por razón de estos planos, esquemas y despieces, deberán ser corregidos por el CONTRATISTA, sin costo para la EMPRESA. G.- La EMPRESA asume la responsabilidad por los planos y de las informaciones suministradas por escrito al CONTRATISTA, dentro de la intención general de los mismos, pero esto no exonera al CONTRATISTA de su obligación de avisar oportunamente a la EMPRESA sobre las discrepancias, inexactitudes, errores u omisiones que encuentre en los planos e informaciones que ella le ha suministrado. Si durante el progreso de la obra resultare algún error evidente por localización, pendiente, dimensiones o alineamiento de cualesquiera de las partes de la obra, el CONTRATISTA deberá informar de inmediato a la EMPRESA y rectificar el error a satisfacción de ésta. La corrección de tales errores y sus consecuencias serán a costa del CONTRATISTA, salvo en el caso que el error provenga de información incorrecta suministrada por la EMPRESA, quien asumirá entonces los costos correspondientes. H.- Si por causas imputables al CONTRATISTA, se modifican los plazos y/o las secuencias de los trabajos con relación al programa de ejecución de las obras aprobado, la EMPRESA hará lo posible para suministrar oportunamente al CONTRATISTA los planos necesarios, de acuerdo con las modificaciones mencionadas. Sin embargo, el CONTRATISTA no tendrá derecho a elevar ningún reclamo, si por causa de tales modificaciones se producen demoras en la entrega de los planos por parte de la EMPRESA, que afecten el progreso de los trabajos cuyo plazo y/o secuencia de ejecución se haya modificado. I.- La EMPRESA suministrará al CONTRATISTA las coordenadas y cotas de las referencias básicas para la localización de las obras. La entrega de las referencias básicas se hará mediante un Acta firmada por el CONTRATISTA y la EMPRESA, una vez que el CONTRATISTA las haya observado y verificado satisfactoriamente. La conservación de las referencias básicas correrá por cuenta del CONTRATISTA, siendo requerida la aprobación escrita de la EMPRESA para removerlas, sustituir las o modificarlas y el CONTRATISTA será responsable de las consecuencias de cualquier remoción o daño y de la exacta reinstalación de dichas referencias. J.- El replanteo y la nivelación de línea y puntos secundarios será hecho por el CONTRATISTA de acuerdo con los planos de construcción. Todas las líneas y nivelaciones estarán sujetas a la revisión de la EMPRESA, pero tal revisión no relevará al CONTRATISTA de su responsabilidad por la exactitud de tales líneas y niveles. Las observaciones originales y los cálculos se registrarán en carteras adecuadas, dos (2) copias de las cuales deberán ser entregadas a la EMPRESA cuando ésta las solicite, junto con dos (2) copias y un (1) transparente reproducible de los planos, secciones y cuadros explicativos. La EMPRESA podrá reglamentar la forma de llevar las carteras y de hacer los cómputos y el dibujo. El CONTRATISTA será responsable por la protección y mantenimiento de los puntos básicos y de referencia topográfica, por su construcción

cuando se hagan inaccesibles o se destruyan por descuido o negligencia del CONTRATISTA o accidentalmente por errores que puedan surgir por la pérdida o alteración de los mismos. El CONTRATISTA deberá mantener informada a la EMPRESA con suficiente anticipación, acerca de las fechas y lugares en que se proyecte realizar cualquier trabajo que requiera coordenadas y cotas para que tales datos puedan serle suministrados oportunamente. K.- El CONTRATISTA mantendrá en su organización el personal técnico necesario para la revisión e interpretación de planos suministrados por la EMPRESA, la elaboración de los planos de detalles y de taller, la localización, replanteo, referenciación y ubicación de las obras, según lo establecido en esta Cláusula. L.- La EMPRESA no reconocerá reclamos presentados por el CONTRATISTA, cuando éstos estén basados en la no disponibilidad de información adecuada para la ejecución de los trabajos y esta falta de información no haya sido avisada por escrito y oportunamente a la EMPRESA.

82. En la cláusula décima octava del contrato se reguló el punto de los cambios a los planos y especificaciones, a propósito de lo cual se pactó que la EEB podía introducirlos en cualquier momento durante la ejecución, ordenándolos por escrito; en tal caso, *“... se aplicará al trabajo modificado los precios contractuales y, si fuere el caso se seguirán los procedimientos establecidos en la Cláusula Décima Cuarta”*. Se convino que la empresa contratante debía notificar de estos cambios al contratista con razonable anticipación, para que éste pudiera organizarse debidamente para efectuarlos y que, en caso de que el contratista considerara que tales cambios le impedían el cumplimiento de sus obligaciones o afectaban considerablemente los trabajos o suministros ya efectuados o en proceso de efectuarse, debía avisarlo a la entidad por escrito acompañado de las respectivas pruebas, caso en el cual la empresa podría decidir sobre la conveniencia de ejecutar o no tales modificaciones, comunicándolo así al contratista; y que frente a su silencio, se entendería que los cambios no producían las consecuencias anotadas, debiendo incluirlos en un acta firmada por las partes, en la que constara el término para ejecutarlos y la ampliación de los plazos si a ello hubiere lugar y se efectuarían los pagos correspondientes según lo dispuesto en la cláusula décima cuarta.

83. También se contempló la posibilidad de que el contratista le propusiera cambios a la entidad, con los estudios que los justificaran, debiendo la entidad notificarle su respuesta; si fueren aceptados, el contratista debía asumir la

responsabilidad por los cambios propuestos o de lo contrario, debía seguir ejecutando los trabajos de conformidad con los programas, planos y especificaciones vigentes, so pena de rechazo de los trabajos por la entidad. Se estipuló además que *“Cuando los cambios ordenados por la EMPRESA o los propuestos por el CONTRATISTA y aceptados por ésta, constituyan una circunstancia especial que dé lugar a modificaciones importantes en el plazo y/o en el valor estimado del Contrato, la EMPRESA suscribirá un contrato adicional con el CONTRATISTA”*.

84. En el contrato se pactó la facultad de modificación unilateral por parte de la empresa, cuando existieran motivos de interés público que la justificaran; la entidad no podía modificar ni la clase ni el objeto del contrato y debía mantener las condiciones técnicas para su ejecución, reconociendo al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación, para guardar el equilibrio financiero del contrato (cláusula cuadragésima tercera); en cuanto al procedimiento a seguir para la modificación unilateral del contrato, se dispuso:

CLAUSULA CUADRAGESIMA CUARTA –PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACION UNILATERAL: Cuando en el curso de la ejecución del presente Contrato el interés público demande la variación del mismo, la EMPRESA propondrá al CONTRATISTA el procedimiento para llevarla a efecto, la manera de acreditar y reconocer los nuevos costos o de disminuir los que no vayan a causarse, según el caso, y se sentará un Acta con los términos de la propuesta. Si el CONTRATISTA no acepta y la EMPRESA considera indispensable para el interés público y mejor cumplimiento del Contrato introducir las modificaciones propuestas, lo decidirá por medio de resolución motivada de la Gerencia General, contra la cual procede únicamente el recurso de reposición. En firme la decisión se tendrá como parte integrante del Contrato y surtirá efectos a partir de ese momento, pero podrá haber alteración de los plazos de cumplimiento y reajuste de las garantías, si fuere pertinente.

85. Así mismo, se pactó la posibilidad de que el contratista desistiera del contrato en caso de que la modificación representara un porcentaje superior al 20% del valor inicialmente pactado, caso en el cual se procedería a su liquidación (cláusula cuadragésima quinta).

III.2. La ejecución del contrato

86. Antes de iniciarse la ejecución del contrato, las partes acordaron una modificación del diseño y construcción de los edificios de los pozos de ductos, para lo cual tuvieron que pactar unas obras extras.

86.1. Así lo explicó la subgerencia del Proyecto Guavio a la junta directiva de la EEB el 4 de marzo de 1991, cuando le pidió autorización para las obras extras (fl. 111, cdno. 5): *“En el diseño original del Proyecto se contemplaba en el área de control, la construcción del edificio de Control, edificio para la subestación 230/115kv en SF6 y los edificios de los pozos de los ductos que conectan la subestación subterránea con la superficie con un diseño arquitectónico adecuado para alojar dos ascensores de cremallera en cada pozo destinados al transporte de personal y materiales durante el montaje, operación y mantenimiento del sistema. A su vez, la estructura de los pozos se utilizaba como pórtico de retención para conectar los ductos con el pórtico de la subestación de superficie mediante una Línea de Transmisión”*; manifestó que para ello, se abrieron varias licitaciones públicas internacionales: para la adquisición de ductos, para adquisición de los ascensores y para la construcción de los edificios de control, subestación y edificios de pozos de ductos A y B; la de ascensores fue declarada desierta por segunda vez, al presentarse sólo una oferta que resultaba excesivamente costosa frente al presupuesto estimado para ese ítem, por lo cual se resolvió buscar otra alternativa para el sistema de los ascensores, escogiendo el montaje de los ductos con un sistema combinado de estructura en concreto y pórticos metálicos, que fue lo consignado en la Licitación G-029 abierta en 1989, y fue el esquema finalmente contratado con la firma DOMUS LTDA.

86.2. Sin embargo, por requerimientos técnicos del contratista que efectuaría la fabricación de los ductos SF-6, quien basado en su experiencia recomendó un esquema de montaje con un juego de malacates instalados sobre los edificios de los pozos, con reducción de costos en la longitud de ductos y mayor eficiencia en el montaje y operación del sistema, la EEB acordó con DOMUS LTDA., modificar

el diseño y construcción de los edificios de los pozos de ductos que significaba construir una estructura de concreto de 21 m de altura y eliminar los pórticos metálicos de retención de cada pozo así como la estructura móvil de montaje.

86.3. Por las anteriores razones fue necesario convenir nuevos precios unitarios para los ítems de obra no incluidos en el contrato, resultando un menor costo global de los pozos A y B de \$ 38'570.083; esto se tradujo en obras extras por valor estimado de \$ 62'923.122 y que por lo tanto requerían aprobación de la junta, indicándose que de todos modos este valor no era adicional al valor original del contrato, sino que estaba incluido dentro del valor global del diseño modificado.

86.4. Se solicitó así mismo, por parte de la subgerencia del proyecto, la ampliación del plazo parcial de entrega del edificio del Pozo B, que era inicialmente el 13 de marzo, para que se prorrogara hasta el 1º de mayo de 1991, en consideración, entre otras cosas, al cambio de diseño del edificio.

87. Los precios unitarios y condiciones para la construcción de las modificaciones estructurales y arquitectónicas de los edificios de los pozos de ductos A y B, al incluir las torres para manejo de ductos con estructura en concreto reforzado, fueron acordados el 3 de agosto de 1990. Así se desprende del oficio del 10 de agosto de 1990 de la interventoría al contratista, con el cual le envió, para su revisión y firma, el acta de reunión de trabajo del 3 de agosto en la que se hizo el referido acuerdo y le anunció el pronto envío del texto del acta de obra extra que se debía suscribir de acuerdo con el contrato (fl. 255, cdno. 14).

88. El acta de obra extra n.º 1 fue enviada al contratista para su suscripción el 3 de abril de 1991 y la misma fue devuelta debidamente firmada por el contratista, por estar de acuerdo con ella, el 5 de abril de 1991 (fls. 419 y 420, cdno. 20; fl. 435, cdno. 17), luego del intercambio de varias comunicaciones en las que se acordaron los términos de la misma.

88.1. Al respecto, consta que el 12 de septiembre de 1990, la interventoría envió al contratista para su revisión y observaciones, el borrador del acta de obra extra n.º 1, para formalizar la construcción de las torres para el manejo de ductos de los edificios de los pozos A y B (fl. 258, cdno. 14 y fl. 88, cdno. 11).

88.2. El 10 de octubre de 1990, el contratista envió a la interventoría la memoria técnica para la construcción del edificio del pozo B y el programa de trabajo (fl. 219, cdno. 17).

88.3. Con oficio del 14 de febrero de 1991, el contratista envió al interventor la lista de los precios para los ítems nuevos de los pozos A y B, salvo un ítem del que se carecía de información necesaria para cotizarlo (fl. 373, cdno. 20 y fl. 307, cdno. 14).

88.4. El día 21 de febrero de 1991, se realizó la reunión de trabajo n.º 17, según consta en la respectiva acta (fls. 377 a 382, cdno. 20), en la cual, entre otras cosas, se reiteró al contratista la necesidad de que presentara los nuevos precios unitarios para llegar a un acuerdo lo más pronto posible y aquel respondió que ya había enviado los de la parte eléctrica y obra civil del pozo B; la interventoría advirtió que sólo había recibido los precios unitarios de la obra civil; el contratista manifestó que, en todo caso, quedaban faltando precios unitarios por fijar para trabajos como las casetas de malacates de los pozos, que no estaban incluidos ni en el contrato, ni en el acta de obra extra n.º 1 ni en los de la lista actualmente en estudio; la empresa advirtió que los trabajos de dicha caseta debían iniciarse aún antes de acordar los precios: *“La Interventoría solicita el envío de un diagrama de barras para la ejecución de esta caseta y reitera la urgencia de la propuesta de nuevos precios para poder preparar una sola Acta consolidada para los Edificios de los Pozos A y B”*; ISA preguntó si era posible tener tal acuerdo para el final del mes de febrero, a lo cual el contratista respondió que no.

88.5. El 28 de febrero de 1991 se efectuó la reunión de programación n.º 03-91 (fls. 383 a 391, cdno. 20), en la cual el contratista hizo entrega de su propuesta de

nuevos precios unitarios para los trabajos pendientes de ítem de pago (fls. 383 a 391, cdno. 20).

88.6. El 3 de abril de 1991, la entidad contratante envió a DOMUS LTDA. el original del acta de obra extra n.º 1 para su suscripción, la cual quedó finalmente con fecha del 9 de abril de 1991, y se refiere a los edificios de pozos A y B torres para manejo de ductos; en ella se incluyó una lista de ítems, cantidades estimadas de obra y precios unitarios, conforme a la cual se llevaría a cabo la ejecución de los trabajos de la obra extra, aclarando que los precios unitarios acordados estaban referidos al origen del contrato y serían objeto de los ajustes pactados en el mismo, ascendiendo el valor del acta de obra extra a la suma de \$62 923 122,00, aunque el valor real sería el resultante de multiplicar los precios unitarios acordados por las cantidades de obra efectivamente recibidas a satisfacción.

89. En el acta de obra extra n.º 1 se pactó que no se modificaban los plazos del contrato salvo el de entrega del edificio del pozo B y que con estas obras extras reemplazaban a otras contempladas en el contrato original.

89.1. Es así como se acordó, en cuanto a la forma de pago y el plazo de ejecución de las obras extras pactadas, que aquel se haría de conformidad con lo dispuesto en la letra B de la cláusula sexta –forma de pago: pagos mensuales por obra ejecutada- y la cláusula séptima –ajuste de pagos- del contrato y que la ejecución de los trabajos no daría lugar a modificaciones de los plazos establecidos en el contrato para el edificio del pozo A, mientras que para el edificio del pozo B, se amplió hasta el 1º de mayo de 1991²².

89.2. También se pactó que la ejecución de estas obras extras implicaba la eliminación de obras pactadas en el contrato principal: los pórticos metálicos de retención de las líneas eléctricas y de la estructura de manejo de cables previstos originalmente en el contrato, cambios que no darían lugar a reclamaciones del

²² En comunicación del 22 de abril de 1991, la interventoría le recordó al contratista que la prórroga del plazo de construcción del edificio del pozo B hasta el 1º de mayo de 1991, obedeció al análisis que efectuó la empresa a las reclamaciones presentadas por el contratista el 28 de enero de 1991, respecto de las situaciones que justificaban tal ampliación (fl. 334, cdno. 11).

contratista ni a sobrecostos a cargo de la entidad. Expresamente se acordó que *“La ejecución de los trabajos materia de la presente Acta no dará lugar a pagos diferentes de los aquí estipulados, ni a cambios en la forma de pago, ni implicará la ampliación de la cuantía o el plazo de validez de la garantía de cumplimiento establecida en la Cláusula Octava del Contrato”*.

89.3. El 12 de abril de 1991, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 1, mediante el cual se amplió el plazo parcial de entrega del pozo B hasta el 1º de mayo de 1991, con la advertencia de que las demás cláusulas y anexos del contrato principal no sufrían ninguna modificación (fl. 108, cdno 5).

90. El acta de obra extra n.º 2 empezó a tramitarse con la solicitud que desde el 19 de diciembre de 1990 le efectuó la entidad al contratista para que presentara los nuevos precios unitarios que eran necesarios; la cotización fue presentada por el contratista el 17 de abril de 1991 y el acta de obra extra fue enviada al contratista para su suscripción el 8 de noviembre de 1991, luego de varias discusiones entre las partes sobre los términos de la misma. Finalmente, el acta de obra extra n.º 2, quedó con fecha 16 de enero de 1992.

90.1. Consta que el 17 de abril de 1991, el contratista envió al interventor la cotización de la obra extra de la caseta de malacates (fl. 446, cdno. 17), a la cual el interventor le hizo observaciones (oficio 185.C.5.5/PG-26007) sobre los nuevos precios unitarios propuestos por aquel, resumiendo aquellos sobre los cuales ya había acuerdo –obra civil y eléctrica que constituyen obra adicional al contrato y precios acordados para obra extra- y enunciando las observaciones sobre los demás y los que se hallaban pendientes por definir, solicitándole al contratista enviar a la mayor brevedad la información pendiente, para tramitar ante la empresa el acta de obra extra correspondiente (fl. 363, cdno. 14 y fl. 437, cdno. 20).

90.2. El 21 de mayo de 1991, el contratista envió al interventor los precios unitarios pendientes por definir (fls. 500 a 505, cdno. 17).

90.3. En comunicación del interventor a la E.E.B el 5 de julio de 1991, le explicó que desde el 19 de diciembre de 1990 la interventoría le había propuesto al contratista los precios unitarios contractuales que estimaba aplicables para las obras adicionales que se habían definido hasta entonces y que le pidió, así mismo, que presentara los análisis de nuevos precios unitarios para las obras extras que ya se habían identificado, proceso que, adelantado luego de varias reuniones con el contratista y representantes de la empresa y debido al gran número de nuevos ítems de obra, fue “*complejo y delicado*” (fl. 47, cdno. 5).

90.4. El 8 de noviembre de 1991, la interventoría envió al contratista el acta de obra extra n.º 2 para su suscripción (fl. 410, cdno. 14 y fl. 614, cdno. 11).

90.5. El acta de obra extra n.º 2, de fecha 16 de enero de 1992, “*edificios y obras exteriores nuevos precios unitarios*” (fl. 12, cdno 14), obedeció a que “... *como resultado de modificaciones efectuadas al proyecto original, se eliminaron algunas actividades, se incluyeron otras no previstas y se adicionaron edificaciones complementarias, como la Caseta de Control y las Casetas de Malacates adjuntas a los Edificios de los Pozos A y B*”, obras para las que no había pactados precios unitarios en el contrato principal, por lo cual la Junta Directiva de la entidad autorizó el pago de la obra extra por un valor estimado de \$ 191 775 066,00, con la anotación de que el valor real del acta sería el que resultare de aplicar los precios unitarios acordados a las cantidades de obra efectivas recibidas a satisfacción por la empresa; se acordó la forma de pago de acuerdo con lo estipulado en la letra B de la cláusula sexta del contrato y en cuanto al plazo de ejecución de los trabajos, se acordó que éstos no darían lugar a modificaciones en los establecidos en el contrato original; en el anexo a esta acta se pactaron los respectivos ítems, cantidades de obra y precios unitarios –referidos al origen del contrato, octubre de 1989, sujetos a los reajustes de la cláusula séptima contractual- y se acordó que la eliminación de algunos ítems del contrato original no daría lugar a reclamos por parte del contratista ni a sobrecostos a cargo de la empresa. Expresamente se estipuló que “*La ejecución de los trabajos materia de la presente Acta, no dará lugar a pagos diferentes de los aquí estipulados, ni a cambios en la forma de pago, ni implicará la ampliación de la cuantía o el plazo de*

validez de la garantía de cumplimiento establecida en la Cláusula Octava (8ª) del Contrato”.

91. Las obras extras correspondientes a las actas n.ºs 1 y 2 y las obras adicionales, ya se estaban ejecutando aún antes de su suscripción.

91.1. Así se desprende de la comunicación del 5 de julio de 1991, en la cual el interventor del contrato le solicitó a la E.E.B., autorización para ordenar al contratista las obras adicionales que se requerían y le recomendó la aprobación de los precios unitarios acordados en principio, para el reconocimiento de las obras extras, para lo cual se requería suscribir el acta de obra extra n.º 2, “(...) *para formalizar la ejecución y reconocimiento de esos trabajos*”; como sustentación de lo anterior, manifestó que en la ejecución del contrato fue necesario adelantar actividades de construcción cuyos ítems de obra no formaban todos, parte de los establecidos en las listas de precios unitarios y globales (anexos 1A y 1B del contrato), lo que representó el surgimiento tanto de obras adicionales como de obras extras, estas últimas “... *como resultado de las modificaciones efectuadas al proyecto original y de la inclusión de nuevas edificaciones no previstas inicialmente, como la Caseta de Control y las Casetas de Malacates adjuntas a los edificios de los Pozos A y B (...)*”; por ello, la empresa suscribió el acta de obra extra n.º 1 “*para algunos de los nuevos Item de Obra, resultantes del cambio del proyecto de los Pozos de Cables A y B*”; le anunció también, que se hallaba haciendo un balance de los costos del contrato, teniendo en cuenta las obras adicionales y extras, así como aquellas que el contratista no ejecutaría en razón de las modificaciones de diseño efectuadas; finalmente, le advirtió a la empresa que “... *con el objeto de evitar, en lo posible, reclamaciones del Contratista, por las eventuales demoras que podrían presentarse en la facturación y reconocimiento de algunos de los trabajos, objeto de la presente, atentamente nos permitimos recomendar a la Empresa su más pronta aprobación a estos asuntos*”. El monto de las obras adicionales ascendía a \$ 54 169 578,00 y el de las obras extras a \$189 286 566,82, a precios referidos a origen del contrato, que discriminó el interventor en anexos de la presente comunicación (fl. 47, cdno. 5).

91.2. El 31 de julio de 1991, el interventor se dirigió a la E.E.B., para solicitarle nuevamente autorizar las obras adicionales requeridas y la pronta tramitación y aprobación del acta de obra extra n.º 2, para permitir al contratista la facturación de los trabajos correspondientes, teniendo en cuenta que los mismos se han ido realizando a pesar de no existir la respectiva acta, toda vez que así lo autoriza el contrato; hizo así mismo un balance, en el cual contabilizó las obras adicionales y obras extras y excluyó las obras no ejecutadas, así (fl. 374, cdno. 14):

A. Contrato Principal

| | |
|---------------------------------------|-------------------|
| 1. Valor original del contrato | 1.967'028.221 |
| 2. Menos obras no ejecutadas | (221'452.284) |
| 3. Más mayor cantidad obra ejecutada | 117'342.027 |
| 4. Más obras adicionales | <u>54'169.578</u> |
| | |
| VALOR FINAL ESTIMADO SIN OBRAS EXTRAS | 1.917'087.542 |

B. Obras Extras.

| | |
|------------------|-------------|
| Obra Extra No. 1 | 62'923.122 |
| Obra Extra No. 2 | 191'776.067 |

C. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO: 2.171'786.781

91.3. El 5 de septiembre de 1991, el interventor avisó al contratista que la empresa aprobó la ejecución y reconocimiento de las obras adicionales acordadas y relacionadas en anexo adjunto, por valor de \$54 169 578,00 a origen del contrato,

cuya facturación se inició en el Acta de Obra Ejecutada n.º 16, correspondiente a la primera quincena de agosto (fl. 396, cdno. 14 y fl. 555, cdno. 11).

91.4. En comunicación del 12 de noviembre de 1991, el contratista manifestó al subgerente del Proyecto Guavio de la E.E.B., su inconformidad con el anuncio de imposición de multas por no haber iniciado oportunamente la construcción del edificio del pozo A, cuya orden de iniciación se impartió el 13 de septiembre; DOMUS LTDA. informó que ya las obras se habían iniciado y manifestó su extrañeza por la decisión, dado que de las obras en cuestión hacían parte una serie de actividades para las cuales a la fecha no se habían legalizado varios de los precios –caseta de malacates, concreto para columnas clase H, escaleras de acero y varios ítems de instalaciones eléctricas- y además en los edificios del pozo B y de control se habían ejecutado obras cuyos precios ni siquiera estaban convenidos y no pudieron ser incluidos en el acta de obras extras próxima a suscribirse, lo que alteró el flujo de caja y la financiación del proyecto; sostuvo que no podía pensarse en castigos y sanciones, cuando desde el mes de febrero se le había ordenado ejecutar obras respecto de las cuales no se habían fijado precios y que sólo podrían cancelarse cuando éstos se legalizaran; el contratista le reiteró así mismo a la empresa la solicitud de que le hiciera llegar los certificados de la reserva presupuestal que debía existir y que era indispensable para la ejecución de la obra (fl. 413, cdno. 14).

91.5. En otra comunicación del mismo día 12 de noviembre de 1991, el contratista le manifestó al subgerente del Proyecto Guavio de la E.E.B. que las medidas de ayuda de la empresa habían sido insuficientes para afrontar la situación de desequilibrio económico del contrato surgida a raíz de la ejecución de las obras extras ordenadas desde febrero de ese año y que tuvieron que ser asumidas con recursos del contratista porque se trataba de obras que no había podido facturar, lo que afectó su flujo de caja; se refirió a los “supuestos” atrasos en la obra programada, advirtió que estaba analizando su relación con la ejecución de obras que aún no tenían precios en el contrato y que eran antecedente de otras actividades que formaban parte de la ruta crítica del programa, teniendo en cuenta que de conformidad con el contrato -cláusula décima cuarta-, el convenio de obras extras, daba derecho a las respectivas modificaciones de plazo, que el Contratista pretendía solicitar (fl. 411, cdno. 14 y fl. 484, cdno. 20).

91.6. Obra documento sin fecha del interventor, en el cual efectuó una aclaración sobre la facturación de algunos conceptos de obra ejecutada por el contratista, incluidos en el cuadro III-I "Balance entre Anticipo no Amortizado y Valores no Facturados por el Contratista", respecto de lo cual anotó lo siguiente (fls. 633 y 634, cdno. 17):

1. El Contratista ejecutó Obras objeto del Acta de Obra Extra No. 2 entre octubre de 1990 y octubre de 1991, que facturó en noviembre de 1991, una vez legalizado el documento correspondiente.

2. El Contratista ejecutó algunas obras adicionales entre octubre de 1990 y julio de 1991, que facturó en agosto de 1991, una vez aprobadas por la Empresa.

3. El Contratista ejecutó obras objeto del Acta de Obra Extra No. 1 entre febrero y marzo de 1991 cuya facturación efectuó en marzo de 1991, una vez legalizado el documento correspondiente.

Una vez el contratista radicó las cuentas correspondientes, La Empresa las canceló dentro de los términos que le confiere el Contrato.

92. Durante la ejecución del contrato, el contratista reclamó por la aprobación y suscripción del acta de obra extra n.º 2 para poder facturar las obras correspondientes a la misma.

92.1. Es así como el 12 de febrero de 1991 en reunión de trabajo realizada entre las partes, el contratista preguntó por la tramitación del acta de obra extra del pozo B, que era indispensable para cobrar la obra ejecutada, y se le respondió que próximamente quedaría aprobada (fls. 304 a 306, cdno. 14).

92.2. El 28 de febrero de 1991 (Reunión de Programación n.º 03-91), en la que se examinó el progreso de la obra en relación con las medidas de recuperación de

los atrasos en la misma que se habían tomado, el contratista adujo, entre las razones exculpatorias que expuso, que la mayoría de los trabajos ejecutados en el edificio del pozo de cables B no los podía cobrar, pues no estaba aprobada el acta de obra extra y preguntó si no se podía hacer alguna compensación provisionalmente, a lo que el Interventor respondió negativamente, pero que averiguaría el estado de tramitación del acta.

92.3. El 7 de marzo de 1991 se llevó a cabo la reunión de trabajo n.º 18 en la cual se le llamó la atención al contratista por sus atrasos; éste manifestó, en relación con la caseta de malacates, que no había iniciado su construcción porque no se había definido el sistema de pago y advirtió que debía firmarse un acta de obra extra antes de iniciarla, pues si ejecutaba estos trabajos no los podría facturar, como había sucedido con la obra extra del pozo B; la empresa manifestó que debían iniciarse estos trabajos, pues finalmente se llegaría a un acuerdo sobre los precios unitarios (fls. 409 a 415, cdno. 20).

92.4. En la reunión de trabajo del 16 de julio de 1991 (fl. 367, cdno. 14 y fl. 441 a 443, cdno. 20), el contratista preguntó por el acta de obra extra n.º 2 y la aprobación de los nuevos precios unitarios, acerca de lo cual manifestó su preocupación por la demora en legalizarlos; la EEB le informó que estaba en trámite.

92.5. El 6 de agosto de 1991, el contratista le reiteró al interventor que una de las causas de los atrasos y problemas en la ejecución de las obras era el haber sido obligado a ejecutar obras extras sin ajustar el programa constructivo ni obtener su pago -cuestionando el deber del contratista de ejecutar tales obras no contratadas-, por la demora en la tramitación de la respectiva acta, lo que lo obligó a ejecutarlas con sus propios recursos, reclamación que reiteró en reunión de trabajo del 8 de agosto de 1991 y en reunión de trabajo del 13 de agosto de 1991 (fls. 382 y 387, del cdno. 14, 584, del cdno. 17 y fls. 454, 456 y 461, del cdno. 20).

92.6. En actas de reunión de trabajo del 27 de agosto y 3 de septiembre de 1991, el contratista preguntó nuevamente por la aprobación del acta de obras extras, la

cual según la empresa, seguía en proceso; el contratista observó que la mayor parte de los pagos del edificio SF-6 se encontraban dentro de la obra extra, por lo cual recomendó acelerar el proceso de aprobación para poder facturar la obra pendiente (fls. 391 y 394, cdno 14; fls. 465 y 468, cdno. 20).

92.7. En oficio del 5 de septiembre de 1991, enviado por el subgerente del Proyecto Guavio al revisor fiscal de la E.E.B., le informó que *“La aprobación por parte de la Empresa del Acta de obra Extra No. 2, que es necesario suscribir para el reconocimiento al Contratista de estas obras, un buen número de las cuales ya han sido ejecutadas, y el Contratista no ha podido facturar, por no contarse aún con el Acta de Obra Extra necesaria, han motivado de parte del Contratista su protesta por el hecho de que, se ha visto obligado a efectuar inversiones en la construcción de los trabajos mencionados, que no le han podido ser reconocidos, y que en su concepto han agudizado sus problemas económicos”*. (fl. 65, cdno. 15).

92.8. El 23 de diciembre de 1991 el contratista dio respuesta al aviso de la imposición de multas, mediante oficio dirigido al gerente de la E.E.B., en el cual expuso las razones por las cuales se presentaron atrasos en la ejecución de las obras y que a su juicio no le eran imputables, por lo cual solicitó reconsiderar la decisión; se refirió específicamente a las obras adicionales y extras – especialmente la aprobación y legalización del acta de obras extras n.º 2, en el mes de noviembre de 1991-, y a la prohibición legal de ejecutarlas antes del perfeccionamiento del respectivo convenio, enunciando una serie de obras extras del acta de obra extra n.º 2 que eran antecedentes, precedentes y necesarias para la ejecución de otras obras en los diferentes edificios; aludió así mismo a la cláusula décima cuarta del contrato, que establecía la adición del plazo cuando se pactaran obras extras, por lo cual solicitó tener en cuenta esta circunstancia y más bien ajustar el plazo del contrato a la realidad de su ejecución, pues no era justa la intención de sancionar al contratista por el atraso en la entrega de unas obras y trabajos, con anterioridad al perfeccionamiento del acuerdo sobre las obras extras que las mismas contenían y tales multas agravarían la situación de flujo de caja y liquidez del contratista y sus relaciones con sus proveedores de bienes y servicios y de recursos financieros, cuando lo que debían buscar era la colaboración entre las partes, para sacar adelante la obra (fls. 434 a 437, cdno. 14).

93. El contratista suscribió el acta de obra extra n.º 2, advirtiendo que no estaba de acuerdo con la determinación sobre la no modificación del plazo.

93.1. El 12 de noviembre de 1991, el contratista envió oficio al gerente del Proyecto Guavio de la E.E.B., a través del cual le informó que suscribiría el acta de obra extra n.º 2 tal y como le fue enviada en razón de la enorme necesidad de recibir esos recursos, pero que no estaba de acuerdo con la tesis según la cual tales obras extras no daban lugar a modificar el plazo del contrato y que pretendía solicitar la ampliación del mismo, en razón de las múltiples circunstancias presentadas que habían afectado el programa de ejecución de las obras, como la realización de las obras extras sin que hubieran sido canceladas aún, los múltiples cambios en los planos y especificaciones y las condiciones económico financieras del contratista (fl. 416, cdno. 14 y fl. 489, cdno. 20).

93.2. El 13 de noviembre de 1991, el contratista envió a la E.E.B., debidamente suscrita, el acta de obras extras n.º 2 y advirtió que ello no significaba aceptación de la estipulación de renuncia a la ampliación del plazo (fl. 421, cdno. 14 y fl. 493, cdno. 20).

94. La E.E.B. impartió la orden de iniciación de los trabajos objeto del contrato de obra celebrado entre las partes, a partir del día 14 de junio de 1990, según se desprende de la "(...) copia de la tabla de 'Contrato 5168, Edificios Patio y Conexiones - Días calendario contractuales', que muestra los días y fechas del Contrato desde el día de su iniciación 14 de junio de 1990 hasta el plazo final de las obras, día 670 correspondiente al 31 de marzo de 1992", enviada el 5 de julio de 1990 al contratista por el interventor del contrato (fls. 249 a 251, cdno. 14).

95. El contratista solicitó a la entidad, el 19 de junio de 1990, reconsiderar la fecha de iniciación de los trabajos por considerar que no estaban cumplidos los

requisitos para ello²³, petición que fue negada por la E.E.B., por cuanto la entidad consideró que “*El evento de dar la orden de iniciar trabajos es distinto del evento de instalarse en la obra*” y que contractualmente el único requisito necesario para la primera era que estuviera perfeccionado el contrato; además, que el contratista tenía máximo 30 días a partir de la orden de iniciación de trabajos para realmente empezarlos, que dicha orden era previa a las actividades de instalación en la obra, que los requerimientos para instalarse en la obra no son los requisitos para dar la orden de iniciar los trabajos y que el contratista se comprometió en su CPM (Programa Detallado de Ejecución) a realizar las actividades preliminares dentro de un plazo de 30 días previos a la ejecución de las obras; reiteró la entidad que los plazos para la ejecución de las obras se cuentan a partir de la fecha en que la empresa impartió la orden de iniciar los trabajos²⁴; en relación con los planos de construcción e información técnica, manifestó que “*Los planos autorizados para construcción sólo adquieren este carácter una vez se le de la orden de iniciar, por consiguiente su envío se efectúa desde la fecha en que esto suceda*”. (fl. 301, cdno. 20 y fl. 245, cdno. 14).

96. El 9 de abril de 1990, el contratista fue autorizado para iniciar su movilización hacia el frente de trabajo a partir del 10 de mayo siguiente y le fueron entregados al contratista planos preliminares de construcción, con los que podía programar las obras a ejecutar, tal y como se desprende del acta de reunión de dicha fecha²⁵, a

²³ El 19 de junio de 1990, la E.E.B., recibió oficio del contratista (GC-163-90) mediante el cual éste solicitó reconsiderar la orden de iniciación de los trabajos a partir del 14 de junio de 1990 que fue impartida por la empresa, aduciendo que “... hasta la fecha no se han cumplido los requisitos indispensables para que nosotros efectivamente podamos empezar a instalarnos y a colocar los pedidos de materiales ...”; expuso el contratista en esta comunicación, que estaba pendiente la aprobación de los planos de instalaciones y campamentos por parte de la E.E.B., necesarios para la instalación de equipos; que el 9 de abril de 1990, la entidad le entregó al contratista unos planos preliminares de construcción, sin que a la fecha hubieran recibido los planos definitivos necesarios para empezar los trabajos; que los terrenos necesarios para ejecutar las obras e instalar sus equipos, aún no le habían sido entregados, como no le habían entregado tampoco los ejes y niveles del proyecto ni la acometida eléctrica (fl. 298, cdno. 20 y fl. 242, cdno. 14).

²⁴ Se observa que en el pliego de condiciones se había advertido así mismo, que “Una vez perfeccionado el contrato la EMPRESA impartirá la orden de iniciar los trabajos, y el Contratista se obliga a iniciarlos en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la fecha de dicha orden” (fl. 547, cdno. 8).

²⁵ Observa la Sala que las dos copias de este documento que halló en el expediente están incompletas y falta precisamente la hoja 2, en la que se trataban los puntos 1.1. a 1.3 de la organización de DOMUS en la obra. No obstante, consta en la parte aportada de la referida acta, en relación con el punto 1), que en dicha reunión la E.E.B. comentó que hacia el 10 de mayo de 1990 el contratista Campenón Bernard acabaría las excavaciones en la zona del patio de conexiones y hacia esa fecha, bajo la total responsabilidad de DOMUS, ésta podía iniciar su movilización hacia el frente de trabajo; en cuanto al punto 2), que la Empresa entregó planos al Contratista “... con las respectivas cantidades de obra para la construcción de una torre en concreto en la boca de los pozos de Ductos” y le solicitó analizar la información y presentar sus comentarios a la mayor brevedad posible. En el punto 3) se registró que “Ingetec entrega con carácter preliminar los planos de construcción que se relacionan en la lista Anexa. El propósito de entrega de esta información, es

la cual asistieron representantes de la E.E.B., INGETEC S.A. –firma asesora de la entidad-, el contratista y la interventoría, con el objeto de tratar los siguientes puntos: 1) organización de DOMUS LTDA. en la obra; 2) ajustes en el diseño de la obra civil prevista en la licitación y 3) entrega de planos preliminares de construcción (acta de reunión 90-01, fl. 235, cdno. 14 y fl. 291, cdno. 20).

96.1. En la segunda reunión que se produjo –el 25 de abril de 1990, acta 90-02-, el contratista hizo entrega del diagrama de ruta crítica y diagrama de barras de las obras, que la EEB se comprometió a estudiar y comentar y anotó que quedaba pendiente la entrega de la memoria técnica, el programa de utilización de personal y equipos y el diagrama organizacional; DOMUS LTDA. se comprometió a entregarlos y pidió la aprobación inicial del diagrama de ruta crítica para elaborar, con base en el mismo, los programas de utilización de personal y equipos y se comprometió a presentar el 3 de mayo la propuesta para la construcción de las torres localizadas en la boca de los pozos de ductos (fl. 237, cdno. 14).

97. El contratista le reclamó a la E.E.B. por los planos enviados para la construcción de los edificios objeto del contrato, por considerar que estaban incompletos,²⁶ a lo cual el interventor, en oficio del 27 de julio de 1990, le respondió manifestándole que, según el contrato, la obligación de la empresa no era entregar todos los planos al dar la orden de iniciación de obras, sino entregarlos oportunamente, de acuerdo con el programa aprobado; y a continuación, le indicó las fechas previstas en el programa para iniciar las obras y las fechas en que fueron entregados los planos de construcción, lo que demostraba que dicha entrega fue oportuna (fl. 27, cdno. 11):

| Actividad entrega | Fecha de iniciación programada | Fecha planos |
|--------------------------|---------------------------------------|---------------------|
|--------------------------|---------------------------------------|---------------------|

suministrar a DOMUS planos para poder programar con mayor detalle las obras a ejecutar” (subrayas fuera del texto original).

²⁶ El 3 de julio de 1990, en oficio CDDC-042-90, el contratista le manifestó a la E.E.B., que los planos enviados por ésta el 22 de junio de 1990 (comunicación n.º 185B .7.1.1./1251) para la ejecución de los trabajos en el edificio de control, edificio de equipos auxiliares y edificio SF-6, se encontraban incompletos para poder iniciar actividades según el programa de trabajo propuesto por el contratista y aprobado por la empresa y adjuntó un listado de los planos faltantes (fl. 137, cdno 17 y fl. 305, cdno. 20).

1. Edificio SF-6

| | | | |
|---|-----------------------|-----------|-----------------------|
| <i>Excavación malla a tierra julio/90</i> | <i>14 de julio/90</i> | <i>4</i> | <i>de</i> |
| <i>Colocación malla a tierra julio/90</i> | <i>18 de julio/90</i> | <i>4</i> | <i>de</i> |
| <i>Concretos de cimentación julio/90</i> | <i>28 de julio/90</i> | <i>12</i> | <i>de</i> |
| <i>Concretos pórticos</i> | <i>5 de agosto/90</i> | | <i>12 de julio/90</i> |

2. Edificio de Control.

| | | | |
|---|-------------------------|----------|--|
| <i>Excavación malla a tierra julio/90</i> | <i>14 de julio/90</i> | <i>4</i> | <i>de</i> |
| <i>Colocación malla a tierra julio/90</i> | <i>24 de julio/90</i> | <i>4</i> | <i>de</i> |
| <i>Concretos de cimentación</i> | <i>12 de agosto/90</i> | | <i>22 de junio y 4 de julio/90</i> |
| <i>Concretos pórticos</i> | <i>30 de agosto/90</i> | | <i>22 de junio y 4 de julio/90</i> |
| <i>Instalaciones hidráulicas</i> | <i>29 de octubre/90</i> | | <i>22 de junio/90</i> |
| <i>Instalaciones eléctricas</i> | <i>29 de octubre/90</i> | | <i>17 de julio/90.</i> |

98. A lo largo de la ejecución contractual, entre la entidad contratante y su interventor, por una parte, y el contratista, por la otra, se cruzaron múltiples comunicaciones con las cuales fueron remitidas grandes cantidades de planos, muchos de ellos con varias revisiones, correcciones y cambios de parte y parte.²⁷

²⁷ Por ejemplo: Remisiones del 22 y 27 de junio, el 4, 5, 9, 12, 17, 27 y 31 de julio, el 2, 10, 21, 24 y 29 de agosto, el 5 y 26 de septiembre, el 5, 11, 17, 25 y 26 de octubre, el 2, 6, 10 y 22 de noviembre, el 7, 13, 17 de diciembre de 1990; el 11, 14, 21, 22 y 30 de enero, el 11, 14, 25 y 28 de febrero, el 15 y 19 de marzo, el 4, 15, 24 y 25 de abril, el 10, 20, 24 y 28 de mayo, el 18 y 20 de junio, el 12, 15, 17 y 19 de julio, el 12 y 14 de agosto de 1991 (fls. 67 y 76, cdno. 14; fls. 2, 6, 7, 10, 11, 15, 18, 19, 23, 27, 36, 37, 44, 57, 64, 76, 79, 108, 116, 117, 131, 136, 145, 150, 151, 156, 221, 227, 231, 237, 240, 250, 252, 258, 263, 267, 287, 290, 292, 303, 316, 335, 344, 355, 356, 366, 367, 368, 369, 476, 478, 479, 483, 496, 498, 499, 500, 501, 521, 525, cdno. 11). En el dictamen pericial rendido dentro del proceso 8365 por los ingenieros Ramiro Adán Guáqueta y Marco Aurelio Farfán, se hizo la relación de 319 planos correspondientes a las obras, con las respectivas fechas de

En relación con la iniciación de los trabajos objeto del contrato y la entrega de planos para la misma, se observa que en la reunión de trabajo n.º 02 del 12 de julio de 1990 –a menos de un mes de iniciado el término de ejecución de las obras-, la interventoría advirtió que ya habían sido entregados todos los necesarios: *“La Interventoría recuerda que en esta semana envió aproximadamente 180 planos de construcción, con lo cual ha entregado toda la información necesaria para iniciar los trabajos”*, observación respecto de la cual, lo único que manifestó el contratista fue que faltaba una copia reducida de uno de los planos: *“El Contratista recuerda que en el envío correspondiente a los planos del Edificio SF-6 faltó la copia reducida”* (acta de reunión de trabajo, fls. 105 y sgtes., cdno. 15).

99. Desde el 5 de julio de 1990, las obras contaban con el suministro de energía eléctrica que requerían. Así se desprende de la comunicación enviada al contratista por la interventoría el 25 de octubre de 1990, en la cual expuso que según el artículo I.09.05 de las condiciones de la licitación y del contrato, la empresa ofreció poner a disposición del contratista un circuito de alimentación de 13.8 KV, 100 A, trifásico, 60 Hz en Mámbita, o una línea de distribución a 13.8 KV, 100 A, cercana al sitio de las obras, de la cual el contratista podría derivar su servicio de energía; que el 12 de julio de 1990 (fl. 21, cdno. 11), se le confirmó al contratista que según lo tratado en la reunión de trabajo 01, del 28 de junio de 1990, la empresa le entregó al contratista el 5 de julio de 1990, durante la visita conjunta efectuada a la obra, la línea de distribución aledaña al edificio de control, acogiéndose a la segunda opción; que DOMUS LTDA. derivó su alimentación de esta línea a través de un transformador perteneciente a otro contratista, quien anunció su pronto retiro como parte del plan de desmantelamiento, por lo cual DOMUS LTDA. debía instalar equipos propios de derivación o tomar otras medidas alternas para evitar interrupciones en las actividades de la obra (fl. 146, cdno. 11).

100. Las dificultades en las obras de demolición y de excavación por las cuales se quejó el contratista, hacían parte del giro normal de las obras del contrato.

entrega por la entidad al contratista, algunos de ellos en dos o más ocasiones (fls. 188 a 195, cdno. 9 y fls. 680 a 686, cdno. ppl).

100.1. En reunión del 12 de julio de 1990 (acta de reunión n.º 02), en relación con la Iniciación de la malla a tierra en el edificio SF-6, el contratista dijo que tenía interferencias con infiltraciones de agua en el talud de la excavación prismática, a lo cual el interventor manifestó que era una condición normal de la excavación en una terraza aluvial; ISA, por su parte, adujo que el artículo II.01.09 de las especificaciones técnicas, indicaba que el contratista sería el responsable por el control, durante el período de construcción, de todos los cauces naturales de aguas que existieran en la zona de trabajo, debiendo construir las obras de drenaje necesarias para desaguar las distintas partes de la obra y mantener las fundaciones libres de agua en la medida en que se requiriera para construir cada parte de la obra (fls. 105 y sgtes., cdno. 15). Y en oficio del 7 de septiembre de 1990 del interventor al contratista, entre otras cosas, observó que en el área de cargue de las mixers de la planta de mezclas el contratista había excavado una cuneta que no tenía descargue hacia ninguno de los canales, por lo cual el agua se infiltraba por la corona del talud de la excavación del edificio SF-6, generando riesgo de inestabilidad en ese talud, por lo cual le solicitaron continuar la cuneta hasta el canal perimetral revistiéndola de concreto (fl. 82, cdno. 11).

100.2. En los oficios enviados al interventor los días 23 de agosto y el 4 y 5 de septiembre de 1990 por el director de obra de la contratista, se refirió a las obras de excavación prismática de la subestación SF-6 y el drenaje en esta área, indicando que el contratista que hizo la excavación dejó tareas pendientes que DOMUS debió concluir y advirtió que durante la etapa de excavación de las torres que próximamente iniciarían, se presentarían interrupciones por esta causa que no serían responsabilidad suya; además, por las mismas razones, no estaba de acuerdo el contratista con tener el día 28 de junio de 1990 como la fecha de entrega de este sitio de las obras, como dispuso la E.E.B., ya que no se encontraba disponible y en realidad, la fecha que debía tenerse en cuenta era el 1º de agosto de 1990, cuando estaba terminada en su gran mayoría la excavación para el inicio de sus actividades en ese frente (fls. 174, 202, 204 y 214, cdno. 17).

100.3. En oficio 185.C.7.3/PG-23715 del 30 de agosto de 1990, el interventor le contestó al contratista sobre la entrega de la zona para las obras del edificio SF-6,

que no era cierto que el 1º de agosto faltaba retirar una capa de 20 cm de espesor en el piso de la excavación prismática, pues sólo faltaba efectuar la voladura de unas pequeñas piedras que en sitios muy localizados se proyectaban dentro de las líneas de excavación y que entre el 1º y el 12 de agosto el contratista Campenon Bernard Spie Batignolles únicamente efectuó la voladura de estas piedras y el retiro al botadero de aproximadamente 50 m³ de material producto de la limpieza de los taludes de la excavación, lo cual se observaba en las secciones transversales tomadas en conjunto cada 5 mts., entre el 12 y el 14 de agosto de 1990. Le ratificó al contratista que conforme a lo dispuesto por la cláusula vigésima tercera del contrato, él debía tomar a su cargo todas las disposiciones necesarias para prestar su colaboración en la coordinación de sus labores con los demás contratistas y le aclaró que, en relación con el perfilado del talud del costado oriental, el mismo no se hizo en forma detallada, porque estaba pendiente por hacer la excavación para las torres de conducción en ese talud, la cual no se vería afectada. Finalmente, le ratificó al contratista que *“(..) el 28 de junio de 1990, fecha en la que se efectuó la Reunión de Trabajo No. 01, estaba disponible la zona de trabajo en el sector del Edificio SF-6”*, afirmación que reiteró en comunicación del 11 de septiembre de 1990, en la cual además, sostuvo que *“(..) debido a falta de equipos y materiales, como se ha tratado en varias oportunidades, Ustedes no estuvieron preparados y solamente hasta el 23 de agosto de 1990 iniciaron la colocación del relleno tipo 4 sobre el cual se debe construir la cimentación”* (fls. 77 y 84, cdno. 11).

100.4. El 13 de diciembre de 1990, el interventor le manifestó al contratista que en el edificio del pozo B la sobreexcavación ocurrida no era imputable a la empresa y de acuerdo con lo establecido en el artículo II.01.05 de las especificaciones técnicas, *“cualquier excavación hecha por fuera de los límites y pendientes mostradas en los planos o indicadas por la Empresa, será por cuenta del Contratista”* y en consecuencia, el relleno de esta sobreexcavación, debía efectuarse según las indicaciones impartidas en la comunicación y sería por cuenta del contratista (fl. 228, cdno. 11).

101. Las obras fueron suspendidas por el contratista, debido a una situación de orden público.

101.1. Así consta en informe del contratista al interventor, del 14 de noviembre de 1990, sobre la suspensión de actividades que tuvo que ordenar a sus trabajadores y subcontratistas el día anterior, debido al paro cívico adelantado por los habitantes de la región de Santa María y por solicitud del Comité Cívico de Mámbita, cuyos miembros amenazaron con tomar medidas drásticas contra los vehículos, equipos y personal de las obras si no se producía el cese de actividades pedido; y el 16 de noviembre siguiente, informó sobre las acciones perturbatorias adelantadas por los dirigentes del paro cívico, que bloquearon las vías de acceso a las obras y produjeron su paralización, obligando a los trabajadores a suspender todas las actividades por tiempo indefinido -no se halló constancia del tiempo de suspensión y de las fechas de reiniciación de las actividades- (fls. 257 a 265, cdno. 17).

101.2. En oficio del 4 de diciembre de 1990, el interventor se refirió a las interrupciones y suspensiones de trabajo ocasionadas por el paro cívico registrado en la zona por los habitantes del municipio de Santa María a partir del 13 de noviembre, por medio del cual reclamaban al Gobierno Nacional la pavimentación de las carreteras de acceso a ese municipio, como un hecho imprevisible, inevitable e irresistible para las partes, por lo cual constituía un hecho de fuerza mayor de los contemplados en el literal C de la cláusula vigésima séptima del contrato, que se analizarían las demoras ocasionadas, con el objeto de formalizar las ampliaciones al plazo y las modificaciones al programa de construcción que resultaran justificadas; le recordó al contratista, que de acuerdo con el contrato, no había lugar a indemnización alguna al contratista por los costos que se hubieran registrado como resultado de la suspensión de sus labores (fl. 208, cdno. 11).

102. El contratista alegó perturbación de la ejecución de las obras por problemas en el acceso al sitio de las obras. Así consta en el oficio enviado al contratista por el interventor el 18 de diciembre de 1990, mediante el cual le respondió comunicaciones relativas a las limitaciones e interrupciones en el acceso al sitio de las obras, debido a daños en la banca de la carretera como consecuencia de los aguaceros ocurridos; el interventor le manifestó que, contractualmente y según el artículo I.09.02 de las condiciones de la licitación, la empresa no garantizaba el

estado del acceso al sitio de las obras y era deber del contratista tener en cuenta las condiciones de tránsito e ingreso, sin que aquella fuese responsable por ninguna demora o costos en que incurriera el contratista por causa de cualquier restricción o limitación en el transporte, ni éstas daban lugar a algún reconocimiento programático o económico a su favor (fl. 292, cdno. 17 y fl. 353, cdno. 14).

103. En el transcurso de la ejecución del contrato y casi desde su inicio, la E.E.B. y el interventor se dirigieron al contratista para hacerle múltiples, constantes y reiterados llamados de atención en relación con las deficiencias en la dirección de los trabajos, la falta de personal, la falta de equipos y la falta de suministros oportunos en las obras, que estaban produciendo graves retrasos e incumplimiento de plazos por parte del contratista.

103.1. Así, se observa que recién iniciada la ejecución de las obras, en la reunión de trabajo n.º 02 del 12 de julio de 1990, a la que asistieron representantes de las partes, de la interventoría, de ISA INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A., y de la firma asesora INGETEC S.A., el interventor le solicitó información al contratista sobre 7 actividades que habían debido iniciarse o estaban próximas a iniciar, exponiendo éste como justificación, problemas en la iniciación de la malla a tierra del edificio SF-6, por dificultades en la excavación debidas a infiltraciones de agua (fls. 105 y sgtes., cdno. 15).

103.2. El 15 de agosto de 1990, la interventoría del contrato envió comunicación al contratista en la cual le manifestó que habiendo transcurrido 63 días desde la orden de iniciación de los trabajos por parte de la E.E.B., aún no se observaban ni los recursos, ni los rendimientos ofrecidos por DOMUS LTDA., para la ejecución de las obras, a efecto de lo cual le indicó las principales actividades en las cuales presentaba retrasos en el cumplimiento del programa de construcción, los cuales explicó en cada caso: excavaciones de los edificios de control y SF-6, colocación

de relleno tipo 4, malla de conexión a tierra, concretos estructurales y diseños y pedidos varios (fl. 41, cdno. 5 y fl. 51, cdno. 11)²⁸.

103.3. El 13 de septiembre de 1990, el interventor se refirió al estado de varias actividades en curso, advirtiendo que continuaban las deficiencias de organización y la falta de recursos²⁹, incrementándose los atrasos en el programa de construcción, por lo cual le ratificó al contratista la necesidad de adoptar medidas para solucionar los problemas de suministro a la obra, especialmente del acero de refuerzo, que estaban afectando cada vez más el desarrollo de las diversas actividades del programa de construcción (fl. 94, cdno. 11).

²⁸ En oficios del 23 de agosto y el 4 y 5 de septiembre de 1990, enviados por el director de obra de la firma contratista al interventor, se refirió a las obras de excavación prismática de la subestación SF-6 y el drenaje en esta área y a las tareas de excavación que dejó pendientes la firma contratista encargada de las mismas, las cuales DOMUS LTDA. debió concluir, advirtiendo que sobre los retrasos que más adelante se presentarían por esta causa (fls. 174, 202, 204 y 214, cdno. 17). Mediante oficio del 10 de octubre de 1990, el contratista se refirió a las *“demoras ocasionadas por la falta de definición del sistema de excavación”* y explicó que la demolición del brocal en concreto reforzado no estaba prevista en sus precios de licitación, eran trabajos de gran magnitud y las demoras obedecieron al ajuste de la programación para tratar de no sobrepasar los plazos contractuales; dijo que venían realizando la excavación manual y anunció así mismo, que informarían oportunamente los mayores costos por esta actividad, los cuales no debían estar a cargo del contratista (fl. 217, cdno. 17). Respecto de esta reclamación, la interventoría, en oficio del 14 de noviembre de 1990 en el que se refirió a las obras del pozo B, sostuvo que el programa de construcción del mismo presentaba retrasos en la excavación de la torre entre otras razones, por la demora en la demolición del brocal, *“(…) por falta de explosivos y en las excavaciones de los ejes 1 a 3’ por la interferencia de las instalaciones de producción de agregados pues no los produjeron en el tiempo previsto”*; y en oficio del 21 de noviembre de 1990, le manifestó que en los planos de licitación se podía advertir la necesidad de llevar a cabo esta demolición del brocal en concreto, que el contratista debió advertirla en su visita al sitio de las obras antes de presentar su oferta y finalmente, que a pesar de que el ítem II.01.05 *“demoliciones”* de la lista de cantidades y precios anexa al contrato se refería únicamente a los edificios para el pozo A y para el pozo B, su pago se reconocería por este ítem y por lo tanto no habría pago por separado de ninguna de las actividades inherentes a este trabajo (fls. 171 y 187, cdno. 11). El 4 de enero de 1991, el contratista respondió observaciones del interventor sobre la producción de concretos y los rendimientos de los últimos 15 días, explicando que no era cierta la disminución de materiales y equipo; que no hubo disminución de personal en la construcción de formaletas, porque éstas se hacían en Bogotá; en cuanto a la planta de mezclas, le manifestó que sufrió averías el 27 de diciembre, pero no en forma permanente; que los equipos de carpintería eran nuevos y no habían sufrido avería alguna; en cuanto al personal de refuerzo, que hasta esa fecha había 23 oficiales y 31 ayudantes para un total de 54 y no 29, como afirmó la interventoría; y en cuanto a la construcción de los muros de mampostería del edificio de equipos auxiliares, que la misma no se había suspendido (fl. 296, cdno. 17).

²⁹ El interventor advirtió varias deficiencias en las actividades del contratista, entre otras, el atraso en la llegada del vibrocompactador a la obra, el retraso en la actividad de relleno en el edificio SF 6, que debía terminarse el 11 de agosto de 1990 y sólo llevaba aproximadamente el 43%, demora y bajo rendimiento que hacían crítica la situación de ese frente, la suspensión de varias actividades del mismo edificio por falta de acero, la demora en la llegada de sellos para juntas de construcción y dilatación.

103.4. El 8 de octubre de 1990, el interventor advirtió el retraso del contratista en la entrega de la memoria técnica para la construcción del edificio del pozo B y la demora en las actividades de excavación para cimientos y ductos de cables, debido a la falta de definición del procedimiento, lo cual era responsabilidad del contratista³⁰ (fl. 127, cdno. 11).

103.5. El 14 de noviembre de 1990, el interventor llamó la atención al contratista por la diferencia entre el avance previsto y el avance ejecutado de las obras hasta el 8 de noviembre de 1990, en los concretos de las obras exteriores, del edificio de control, del edificio SF-6 y del edificio del pozo B, que demuestran un atraso inaceptable para la entidad por deberse a problemas de dirección y coordinación en la obra, que no han permitido la disponibilidad oportuna y suficiente de elementos como aceros de refuerzo, formaletas, tuberías conduit, sellos metálicos y de PVC, etc., problemas en la producción de agregados y concretos, de responsabilidad exclusiva del contratista, haciendo el siguiente comparativo (fl. 173, cdno. 11):

| <i>Frente</i> | <i>Porcentaje programado</i> | <i>Porcentaje ejecutado</i> |
|----------------------------|------------------------------|-----------------------------|
| | <i>Nov. 8 /90</i> | <i>nov. 8/90</i> |
| <i>Obras exteriores</i> | <i>13.6%</i> | <i>0.4%</i> |
| <i>Edificio de control</i> | <i>91.8%</i> | <i>30.4%</i> |
| <i>Edificio SF-6</i> | <i>76.5%</i> | <i>7.2%</i> |
| <i>Edificio pozo B</i> | <i>96.7%</i> | <i>0.0%</i> |

³⁰ El 10 de octubre de 1990, el contratista contestó que la demolición del brocal en concreto reforzado no estaba prevista en sus precios de licitación, que eran trabajos de gran magnitud y que las demoras obedecieron al ajuste de la programación para tratar de no sobrepasar los plazos contractuales; manifestó que venían realizando la excavación manual y anunció así mismo, que informarían oportunamente los mayores costos por esta actividad, que no debían estar a cargo del contratista (fl. 217, cdno. 17).

103.6. El 15 de noviembre de 1990, en escrito dirigido al contratista, el interventor se refirió específicamente al edificio del pozo B, respecto del cual en reunión de trabajo n.º 10 del 1º de noviembre de ese año, el contratista entregó la reprogramación para la ejecución de los trabajos de construcción del mismo, con fecha de iniciación el 1º de noviembre de 1990 y de terminación el 12 de marzo de 1991, es decir que para el 15 de noviembre de 1990 debían estar terminadas las excavaciones para la cimentación del depósito de ductos entre ejes 1-3', la excavación para la cimentación de la torre entre ejes 4 y 6, la excavación y colocación de malla de conexión a tierra y el 80% de la cimentación para la torre ejecutada y sin embargo, únicamente se había efectuado aproximadamente el 30% de la excavación para la cimentación de la torre; en otra comunicación enviada el mismo día, el interventor se refirió a los atrasos en todos los frentes – edificio pozo B, edificio de control y edificio SF-6- y al incumplimiento inclusive, del programa que había entregado el contratista el 2 de noviembre de 1990, para recuperar, durante ese mes, los atrasos que presentaba la obra, concluyendo que el contratista no había dispuesto en la obra de la gran mayoría de los recursos ofrecidos y que las soluciones y plazos prometidos no se habían cumplido por causas a él imputables (fl. 183, cdno. 11).

103.7. El 29 de noviembre de 1990, nuevamente el interventor se dirige al contratista para manifestarle su preocupación y extrañeza por el atraso en las obras del edificio del pozo B y el incumplimiento de los ofrecimientos de aquel para recuperarlos, pues no había implementado los dos turnos de trabajo de 12 horas que ofreció en reuniones del 1 y 15 de noviembre, era evidente la falta de recursos destinados a este frente, pues las herramientas con las que contaba el contratista para la demolición del brocal, un martillo demoledor y un jackleg, no eran suficientes y además por falta de explosivos, no había continuidad en las operaciones. Así mismo, tampoco se había implantado el doble turno solicitado por la interventoría para la operación de la planta trituradora (fl. 196, cdno. 11).

103.8. El 12 de febrero de 1991 las partes realizaron reunión de trabajo con el objeto de analizar el estado de la obra y el resultado de las medidas de recuperación de atrasos a las que se comprometió el contratista –la respectiva acta aparece incompleta- (fls. 304 a 306, cdno. 14); lo primero que observó la empresa fue que las fechas de entrega de los edificios propuestas por el

contratista sobrepasaban ampliamente los plazos contractuales y eran inaceptables, pues implicarían que aquella no podría cumplir con la entrega de los edificios a otros contratistas; advierte así mismo que en el edificio de control había una disminución de la tasa de avance de la actividad de concretos por disminución de los recursos, lo que hacía necesario incrementar éstos radicalmente, estableciendo definitivamente el segundo turno; en el edificio de equipos auxiliares, la empresa anotó que la construcción de la placa se había dilatado por la indecisión del contratista de darle cumplimiento a los planos de construcción; el contratista hizo una sugerencia de cambio y la empresa le solicitó presentar el diseño propuesto, sin que ello justificase demoras ni cambios en el programa ni sobrecostos para la empresa.

103.9. El día 21 de febrero de 1991, se realizó reunión de trabajo n.º 17, según consta en la respectiva acta, en la cual, entre otras cosas, se anotó por parte de la interventoría que en general, durante la última catorcena había continuado el aumento de los atrasos en los diferentes edificios; se refirió a las obras del edificio de control, el que más preocupaba en ese momento a la entidad contratante por cuanto debía ser entregado en determinada fecha a otros contratistas; no obstante, observó el interventor desinterés de DOMUS LTDA., en el cumplimiento de sus obligaciones³¹ (fls. 377 a 382, cdno. 20).

103.10. En cuanto al edificio SF-6, la interventoría anotó que al igual que en el anterior, la curva de rendimiento real del concreto se apartaba cada vez más de la curva de rendimiento teórico y los atrasos en vez de disminuir, aumentaban, apuntando que había un rendimiento bajo, porque no había equipo de transporte acorde con el equipo de colocación y compactación utilizado y solicitó incrementar urgentemente el número de volquetas para lograr un rendimiento aceptable; enunció los distintos ítems de construcción y su avance, notando gran atraso en relación con el programa entregado el 6 de diciembre de 1990 –programa no contractual de recuperación de atrasos-. Edificio Pozo B: también se registró

³¹ El interventor anotó insuficiencia de personal, por lo cual pidió implementar el segundo turno y que el contratista sacaba materiales y elementos de ese edificio para otros frentes de la obra como si éste no tuviera prioridad y el contratista respondió que esperaba recuperar tiempo en la parte de acabados.

atraso en relación con el mencionado programa, y se advirtió que el contratista no había tomado medidas acordes con la situación crítica³².

103.11. El 28 de febrero de 1991 se efectuó la reunión de programación n.º 03-91 (fls. 383 a 391, cdno. 20), en la que se examinó el progreso de la ejecución contractual en relación con las medidas de recuperación de atrasos en la obra, advirtiendo la interventoría que en los últimos 15 días no se había adelantado en la forma prevista una sola de las medidas planteadas para tal fin y la situación era aún más crítica en todos los frentes de trabajo³³. Anotó atrasos importantes en la fundición de columnas del edificio SF-6; se discutió la demora del contratista en enviar los planos definitivos de la cubierta; el contratista adujo que el diseño había sido objeto de varios cambios y eso era lo que lo había retrasado, ante lo cual, la interventoría y la empresa le manifestaron que desde que se aceptó la propuesta de modificación que él había presentado, se le advirtió que su aprobación final no justificaría el incumplimiento en su terminación y que el contratista contaba con toda la información para iniciar todos los trabajos de prefabricados en forma oportuna³⁴.

103.12. La interventoría resumió que a esa fecha, en el edificio SF-6 debía llevarse el 97% de la estructura de concreto según el programa entregado por el contratista el 6 de diciembre de 1990 y que sólo se había ejecutado el 49%.

³² El contratista adujo la baja producción del personal y la deserción del mismo, pues buena parte se había ido a trabajar con ICA -otro contratista-, no obstante lo cual, aquel estaba gestionando el suministro de personal; en cuanto a las volquetas, manifestó que había efectuado un convenio con las que trabajaban con el contratista ICA, para que laboraran diariamente un tiempo adicional para DOMUS LTDA.

³³ El contratista adujo que la mayoría de los trabajos ejecutados en el edificio del pozo de cables B no los podía cobrar pues no estaba aprobada el acta de obra extra y preguntó si no se podía hacer alguna compensación provisionalmente, a lo que el interventor respondió negativamente, pero averiguaría el estado de tramitación del acta; el contratista reiteró sus problemas para conseguir personal; que había "... *puesto un aviso con este objetivo*" y que desde la noche anterior había implementado un segundo turno en el edificio de control con el personal que trabajaba en el segundo turno del edificio pozo B; la interventoría manifestó que debía completarse ese segundo turno, pues el personal era muy reducido; adujo también que se estaban presentando retrasos por deficiencias en el transporte y daños en varios equipos. La interventoría resumió que a esa fecha, en el edificio SF-6 debía llevarse el 97% de la estructura de concreto según el programa entregado por el contratista el 6 de diciembre de 1990 y que sólo se había ejecutado el 49%; en general, anotó que en toda la obra existían fallas en los suministros particulares, que causaban gran daño a la programación de todos los trabajos; el contratista anunció que ese día llegó un camión con dichos elementos; también informó cambios en el personal, pues había elementos que frenaban el trabajo, que hizo cambios en los maestros y que había llegado un nuevo ingeniero coordinador de campo; la interventoría observó que cuando llovía se suspendían obras y el personal se retiraba del trabajo por falta de elementos de protección contra la lluvia y el contratista manifestó que ya se había hecho el pedido de dotación de elementos de protección.

³⁴ La justificación del contratista fue que el diseño había sido objeto de varios cambios y eso era lo que lo había retrasado.

103.13. El 7 de marzo de 1991 se realizó la reunión de trabajo n.º 18 (fls. 409 a 415, cdno. 20), en la cual se verificó nuevamente el estado de avance de las obras y se reiteró que la tendencia era a incrementar los atrasos. El interventor manifestó que no se observaba un interés decidido para reducir los atrasos de la obra y que “... *el Contratista entró en un círculo vicioso, pues se queja de falta de recursos económicos pero no hace obra, lo cual disminuye la facturación*”³⁵. En la misma reunión, el representante de la empresa estatal ISA anotó que “(...) *el Contratista ha gastado casi todo el plazo del contrato en la ejecución de la obra negra, y es de esperar grandes dificultades en la ejecución de los acabados, que normalmente son más dispendiosos*”³⁶.

103.14. Sobre las causas del retraso de las obras y el incumplimiento del contratista, declaró en el proceso el señor Guillermo Restrepo Gómez, ingeniero civil de 58 años de edad, quien manifestó que se desempeñó como director operativo de la interventoría que adelantó el consorcio conformado por las firmas HIDROESTUDIOS S.A., y RESTREPO Y URIBE LTDA., al contrato de obra pública n.º 5168 de 1990, celebrado entre la E.E.B., y DOMUS LTDA.; preguntado sobre cuáles habrían sido las causas de la demora e incumplimiento del contratista que dieron lugar a la imposición de multas por parte de la E.E.B., contestó (fl. 121, cdno 7):

En mi opinión fueron varias las causas que dieron lugar al incumplimiento de DOMUS de los plazos establecidos en el contrato, en primer lugar debe anotarse que a todo lo largo del contrato se evidenció una gran falta de organización y de recursos para desarrollar la obra, esto fue evidente desde los primeros meses de ejecución de la obra, cuando debido a las exigencias del programa de construcción debía

³⁵ El contratista respondió que ese día llegarían 25 trabajadores que había contratado en Bogotá y que la disminución de personal obedeció a un proceso de saneamiento en el que se estaban sacando personas que frenaban las actividades; que los cambios de personal de un edificio a otro se hicieron para balancear actividades; y anotó que en el último período, la ocurrencia de lluvias permanentes había afectado los rendimientos.

³⁶ En relación con la caseta de malacates, el contratista dijo que no había iniciado su construcción porque no se había definido el sistema de pago y advirtió que debía firmarse primero un acta de obra extra antes de iniciarla; pues si ejecutaba estos trabajos no los podría facturar, como había sucedido con la obra extra del pozo B; la empresa manifestó que debían iniciarse estos trabajos, pues finalmente se llegaría a un acuerdo sobre los precios unitarios. El contratista entregó una reprogramación con fecha final para el edificio SF-6, del 14 de junio de 1991 y del edificio de control que mostraba su terminación el 7 de junio del mismo año.

haber sido muy ágil la organización de los trabajos y el suministro de los recursos, pero no fue ello así y a la obra no llegaban los materiales necesarios en el momento requerido y se evidenciaba en muchos aspectos falta de recursos económicos para desarrollar las obras, también se notó una gran falta de dirección y administración de los trabajos, en cuanto a la dirección un factor que creemos que contribuyó a esa falta de cumplimiento de los programas fue la cantidad de cambios que hubo en la dirección de los trabajos. Es así que llegamos a contar como 7 u 8 directores de obra diferentes que debido al corto tiempo que estaban al frente de la obra no podían organizar suficientemente los trabajos, ni contaban con el apoyo de las oficinas del contratista en Bogotá. Los materiales no llegaban o llegaban incompletos y en forma desordenada como sucedió con el acero de refuerzo. Otra causa de demoras en la construcción de algunos edificios fueron los cambios de diseño que el contratista propuso para ciertas partes de la obra, específicamente la estructura de la cubierta del edificio de la subestación SF6, y en la cubierta del edificio de equipos auxiliares. En estos cambios se presentaron unas demoras considerables que causaron retrasos en estos edificios. En general la falta de recursos que impedía llevar a cabo una dirección técnica de los trabajos, considero que fue causa fundamental del incumplimiento del contratista.

103.15. Carlos Eduardo Angulo Galvis, ingeniero civil de 56 años de edad, quien manifestó ser el gerente de HIDROESTUDIOS S.A., firma que hacía parte del consorcio interventor del contrato objeto de la controversia; en relación con el contrato n.º 5168, manifestó (fl. 128, cdno 7):

La firma que yo gerencio en consorcio con Restrepo y Uribe Ltda. adelantó la interventoría del contrato. En desarrollo de esa interventoría se hizo un seguimiento y control detallado de las actividades del contrato, y se buscó, por todos los medios, que las obras se terminaran oportunamente para que la empresa las pudiera recibir y entregar a su vez a otro contratista (...). Desde la iniciación de las labores de Constructora DOMUS, se observó una deficiente organización para la ejecución de las obras y el incumplimiento de los diversos compromisos necesarios para adelantar las obras. En diversas reuniones de trabajo y comunicaciones la interventoría puntualizó esas deficiencias y solicitó repetidamente tomar medidas correctivas para subsanarlas, el resultado de esta desorganización se vio reflejado en la ejecución de obra del año de 1990, o el primer año de ejecución de labores, en el cual se ejecutó un porcentaje de obra sustancialmente menor que el porcentaje programado, la Empresa de energía buscó por todos los medios colaborar con el contratista mediante el cambio de algunas cláusulas

contractuales, modificación del sistema de pago al elaborar actas quincenales en lugar de actas mensuales, cambio en el reconocimiento del ajuste y un anticipo adicional. Desafortunadamente los compromisos y programas presentados por el contratista fueron incumplidos hasta el punto que no terminó ninguno de los edificios objeto del contrato y en el caso de uno de ellos, el pozo A ni siquiera lo inició a pesar de que ofreció hacerlo en múltiples oportunidades, para evitar mayores perjuicios la Empresa se vio forzada a entregar las obras a otro contratista para que las terminara y evitar perjuicios adicionales originados por la no entrada en operación del proyecto. Con estas medidas tomadas por la Empresa, logró finalmente poner en operación la primera unidad del proyecto en diciembre de 1992, y las otras unidades en el transcurso del año de 1993. Es importante recalcar que los edificios objeto del contrato 5168 constituían un cuello de botella para la operación del proyecto Guavio pues sin su terminación era imposible transmitir la energía generada por el proyecto.

104. En esta reunión, el contratista propuso el rediseño de la caseta de malacates y la asesoría solicitó el envío formal de la propuesta para estudiarla. ISA manifestó que “... *una revisión inicial del programa del Edificio de Control entregado por el Contratista en la presente reunión, muestra que aparentemente no es ejecutable, pues hay actividades que a la fecha ya tienen atrasos considerables como los pañetes de los cielorrasos que, según este programa, debieron iniciarse el 24 de febrero y no se han iniciado.*”

104.1. Al respecto, la interventoría manifestó que “... *para que este programa sea efectivamente de recuperación de atrasos, debe partir del estado actual de la obra y no considerar como ejecutadas actividades que no se han iniciado. Informa que estudiará el programa presentado por el Contratista, pero le solicita revisarlo para que sea aplicable y ejecutable*” (las subrayas son del texto original).

104.2. El 18 de abril de 1991, se efectuó reunión de trabajo n.º 21 de la cual se levantó la respectiva acta, suscrita por representantes de la E.E.B., el contratista, el interventor, ISA Interconexión Eléctrica S.A., e INGETEC S.A., Asesoría; en ella, entre otras cosas, el interventor manifestó de entrada, que “... *el análisis del cumplimiento del programa en la última catorcena es desalentador, pues se continúan incrementando los atrasos y no se ve decisión del Contratista para recuperarlos*”, haciendo a continuación un balance de los programas de

construcción de cada edificio, que evidencia el incumplimiento del programa de construcción del 28 de febrero de 1991 y el programa de recuperación de atrasos, presentado por el contratista el 11 de marzo de 1991³⁷. A continuación, se revisaron los distintos frentes de trabajo y el contratista indicó las labores a seguir en cada uno de ellos y el tiempo que emplearía. La interventoría recordó que “(...) *el Contratista solicitó una ayuda económica adicional que la Empresa supeditó a una recuperación de atrasos, que no se ha cumplido*”; el representante de ISA intervino también y dijo que “... *en diciembre de 1990 cuando no había problema bancario, el Contratista debió ejecutar el 80% de la obra, situación que, de haberse cumplido, no habría llevado al Contrato a la situación actual*”. (fls. 96 y sgtes., cdno. 15).

104.3. El 30 de mayo de 1991, se suscribió por representantes de las partes y el interventor el acta de reunión de trabajo n.º 24, en la cual la interventoría hizo observaciones sobre el gran atraso que presentaban las obras, cuando los plazos para su entrega ya se estaban venciendo. El contratista anunció para cuándo estarían terminadas algunas labores específicas; en relación con los 4750 m² de pañetes faltantes en el edificio de control, la empresa y la interventoría le solicitan hacer ofrecimientos realistas, estudiar procedimientos concretos que hagan factible el aumento en los rendimientos y un programa real con cantidades y recursos, teniendo en cuenta las fechas de entrega (fl. 90 y sgtes., cdno. 15).

104.4. El 16 de julio de 1991 (fl. 367, cdno. 14 y fl. 441 a 443, cdno. 20) se realizó reunión de trabajo en la cual el interventor anotó que se habían vencido todos los plazos del contrato para la terminación de los edificios del pozo B, SF-6, control y parte de las obras exteriores; adicional a esto, observó que además se notaba falta de calidad de las obras que se adelantaban, “... *pues el personal vinculado a la obra está más interesado en terminar que en hacer las cosas bien*” y que en esas condiciones iba a ser necesario acudir a la efectividad de las multas; el

³⁷ El 11 de marzo de 1991, el contratista envió al interventor la modificación del programa del edificio SF-6 ajustado desde el 9 de marzo de 1991 para la terminación del edificio al 15 de junio de 1991, lista de actividades, malla de programación Pert y el cronograma Gantt, desde aquella fecha, por lo cual el contratista considera que esta modificación es el programa en vigencia (fl. 389, cdno. 17). Los días 12 y 13 de marzo de 1991, el contratista envió al interventor el “*Programa de Inversión Mensual para Cumplimiento de Plazos Parciales*”, según lo convenido en reunión efectuada el 12 de marzo en las oficinas de la subgerencia del Proyecto Guavio; dentro de las “*Posibles Soluciones*”, se incluyeron: “1. *Reintegrar el Anticipo de Contratistas*. 2. *Pago Materiales Almacenados en Obra*. 3. *Anticipo Adicional*. 4. *50% Anticipo sobre Obras Extras*. 5. *Actas de Cobro cada 10 días*. 6. *Permitir Facturar Ajustes con Indices Provisionales*” (fls. 418 a 426, cdno. 17).

contratista manifestó que analizó caso por caso y que en relación con el edificio del pozo B sólo faltaba montar la escalera, labor que adelantaría en los próximos días, a lo cual el interventor le enunció, una por una, las labores que se hallaban pendientes, tanto en ese edificio como en el SF-6 y en el edificio de control.

104.5. En la misma reunión del 16 de julio de 1991, *“El contratista expresa su intención de mejorar la dirección y tomar todas las medidas para efectuar los suministros adecuados a la obra y aumentar el personal dedicado a las labores”*; así mismo, preguntó por el acta de obra extra n.º 2 y la aprobación de los nuevos precios unitarios, acerca de lo cual manifestó su preocupación por la demora en legalizarlos; la EEB le informó que estaba en trámite y a su vez, expresó su insatisfacción con la forma en la cual el contratista venía adelantando sus actividades después del recibo del nuevo anticipo, pues no se compadecía con las expectativas que la llevaron a tomar esa decisión -de otorgarle otro anticipo- y le solicitó al contratista que hiciera un real esfuerzo para cumplir sus obligaciones.

104.6. El 30 de julio de 1991 se realizó reunión de trabajo, según consta en acta de esa fecha (fl. 370, cdno. 14 y fls. 441 y sgtes., cdno. 20), en la cual se dejó registrado el incumplimiento de todos los plazos, con los siguientes atrasos: i) El edificio del pozo B, cuya terminación se prometió para el 15 de julio de 1991, mostraba un atraso de 22 días y faltaba por ejecutar un 33% de los acabados; ii) el edificio SF-6, cuya terminación fue prometida para el 15 de agosto de 1991, mostraba un atraso de 15 días, es decir del 38% en los acabados, según el programa tentativo; iii) el edificio de control registraba un atraso de 17 días y cuando se debía haber ejecutado el 62% de los acabados, según el programa tentativo, se había ejecutado un 19%, lo que significaba un atraso porcentual del 43%; las obras externas también presentaban un atraso del 30% y, en general, en el conjunto de los edificios se notaba un atraso de 17 días, que correspondía a un atraso porcentual de 41%, según el programa de terminación. El contratista manifestó que era consciente de los problemas de la obra *“... y por esta razón ha efectuado un detenido análisis y examen de su situación”*, refiriéndose a las obras extras ejecutadas y no pagadas por un valor aproximado de \$ 120 millones, lo que deterioró sensiblemente el efecto del anticipo adicional que por \$ 286 millones le había otorgado la empresa; la interventoría manifestó *“(...) que sí ha habido una respuesta de su parte, para terminar la obra, pero observa que se escapó de su*

control la influencia que han tenido las obras extras, no pagadas, en la economía del contrato”, el cual tenía un valor original de \$ 1970 millones, que se redujo por cambios de diseño a \$ 1730 millones, a los que se le deben sumar los valores de las obras extras y adicionales por \$ 287 millones, lo que da un valor final del contrato de \$ 2019 millones.

104.7. En reunión de trabajo n.º 29, del 8 de agosto de 1991 (fl. 382, cdno. 14 y fl. 456, cdno. 20), el interventor manifestó que el balance de las distintas actividades de la obra en los últimos 15 días era simplemente agregar ese número de días de incumplimiento contractual, pues si se analizaba la reprogramación presentada por el contratista el 3 de julio de 1991, se encontraba que los atrasos se seguían incrementando semana a semana y a continuación enunció el estado de las distintas obras; reiteró como causa de los atrasos la combinación de 2 circunstancias: la falta de una administración adecuada que se reflejaba en malos rendimientos y mala calidad y la falta de recursos, por un deficiente suministro de materiales.

104.8. El contratista dio explicaciones para los atrasos advertidos por la interventoría y se comprometió a hacer entregas en determinadas fechas³⁸; enunció las distintas actividades a realizar en los días siguientes, a lo cual la interventoría observó que el contratista tendría que redoblar esfuerzos y recursos, para cumplir con las fechas ofrecidas. El contratista anotó que se requería inversión por valor de \$ 1100 millones para la finalización total de las obras, pero que como él no podía facturar la mayoría de los subcontratos hasta que estuviera terminada cada parte de la obra ni podía facturar las obras extras y adicionales necesarias para la terminación por falta de aprobación de las mismas, “(...) *teniendo en cuenta las retenciones que hace la Empresa, únicamente podría facturar \$180'000.000*”, es decir que se estaría obligando al contratista a financiar una obra de más de \$ 700 millones; señaló así mismo que el anticipo adicional fue destinado a los subcontratos cuyos trabajos no se pueden facturar hasta no estar

³⁸ En oficio del 6 de agosto de 1991, el contratista le había reiterado al interventor que las causas de los atrasos y problemas en la ejecución de las obras eran, de un lado, el haber sido obligado a ejecutar obras extras sin ajustar el programa constructivo ni obtener su pago -cuestionando el deber del contratista de ejecutar tales obras no contratadas-, por la demora en la tramitación de la respectiva acta, lo que obligó al contratista a ejecutarlas con sus propios recursos; y de otro lado, el desconocimiento por parte de la empresa ‘... *de los cambios sufridos por el mercado del dinero y por la economía del país ...*’, en referencia a las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en materia de créditos y préstamos, lo que ocasionó al contratista serios problemas de liquidez (fls. 584, cdno. 17 y 454, cdno. 20).

instalados; sobre esta afirmación del contratista, la interventoría contestó que “(...) *no comparte las anteriores aseveraciones, pues los únicos trabajos que no se podrían facturar hoy, serían los de las obras extras y adicionales; expresa que el no poder facturar los trabajos que no se han terminado, es el resultado del cumplimiento contractual y señala, que es sorprendente e inaceptable, que el Contratista quiera revertir en contra de la Empresa como un problema de financiación, el hecho de que se le descuente la amortización del anticipo adicional de \$295.000.000 aproximadamente otorgado con el ánimo de ofrecer una ayuda al Contratista*” y ratificó que la única responsabilidad pendiente de la empresa en el aspecto económico era la aprobación de las obras extras y adicionales.

104.9. El 13 de agosto de 1991 nuevamente se reunieron las partes y el interventor, como consta en acta de reunión de trabajo de esa fecha, la cual registró otra vez la grave situación de atraso de las obras e incumplimiento del contratista respecto de los plazos de entrega ofrecidos en la pasada ocasión; el contratista, por su parte, insistió en que no había podido facturar, por causas imputables a la empresa, las obras extras y adicionales; la empresa a su vez le manifestó que no era aceptable condicionar la terminación de los edificios a la cuestión financiera y que el cumplimiento de los plazos no se podía condicionar a la aprobación del acta de obra extra, cuyo trámite era lento (fl. 387, cdno. 14 y fl. 461, cdno. 20).

104.10. En actas de reunión de trabajo del 27 de agosto y 3 de septiembre de 1991, se dejó registrado una vez más el incumplimiento del contratista respecto de las fechas prometidas para la terminación de las diversas actividades del contrato, lo cual generaba una crisis de credibilidad hacia sus ofrecimientos; el contratista preguntó nuevamente por la aprobación del acta de obras extras, la cual según la empresa, seguía en proceso; el contratista observó que la mayor parte de los pagos del edificio SF-6 se encontraban dentro de la obra extra, por lo cual recomendó acelerar el proceso de aprobación para poder facturar la obra pendiente (fls 391 y 394, cdno 14; fls. 465 y 468, cdno. 20).

104.11. El 29 de agosto de 1991, el interventor advirtió al contratista que no era justificada su decisión de suspender los trabajos en los pavimentos del sector del

edificio del pozo B, recordándole que ya le había enviado el plano necesario; que a pesar de la reiterada solicitud, el contratista no había remitido la memoria técnica de construcción de los pavimentos de la obra y que en vista de la premura de terminar los trabajos para entregar los edificios a otros contratistas, como ya se le había comunicado, la entidad había resuelto reducir el área pavimentada en la plataforma del pozo B (fl. 542, cdno. 11).

104.12. El 5 de septiembre de 1991 el interventor avisó al contratista que la empresa aprobó la ejecución y reconocimiento de las obras adicionales acordadas y relacionadas en anexo adjunto, por valor de \$54 169 578,00 a origen del contrato, cuya facturación se inició en el acta de obra ejecutada n.º 16 correspondiente a la primera quincena de agosto. En la misma fecha, le envió otra comunicación, en la cual le hizo un listado de los asuntos pendientes de resolver por parte del contratista y que estaban ocasionando atrasos en las distintas actividades (fl. 396, cdno. 14 y fls. 555 y 571, cdno. 11).

104.13. El 11 de septiembre de 1991, el interventor envió comunicación al contratista mediante la cual advirtió su incumplimiento en relación con el compromiso de intensificar esfuerzos para entregar las obras en el menor tiempo posible, mediante la disposición de un adecuado suministro de mano de obra, equipos y materiales y de una dirección y control permanentes y detallados de cada una de las actividades y lo que se observaba era una caída en los rendimientos y en la calidad de los trabajos, cuestionada por fallas en la aplicación de las pinturas, instalación de pisos en baldosín y tablón de gres, la impermeabilización, instalación de ventanería, fabricación de puertas metálicas, fabricación de vidrios, etc., pues a pesar de las reiteradas solicitudes de reparación o de reemplazo, no habían sido corregidas (fl. 573, cdno. 11).

104.14. El 24 de septiembre de 1991, el interventor advirtió al contratista que era inaceptable la entrega de la pintura de los edificios SF-6 y de control para el 1º de enero de 1992 como lo propuso el contratista, cuando las fechas iniciales eran, para el primero entre el 22 de julio y el 10 de agosto de 1991 y para el segundo entre el 22 de julio y el 3 de agosto de 1991; por lo tanto, le indicó que debía mejorar los rendimientos, incrementando el personal y los turnos de trabajo y

estableciendo un control de producción y calidad, que le permitieran entregar el trabajo en un tiempo razonable (fl. 580, cdno. 11).

104.15. El 6 de noviembre de 1991, el interventor advirtió al contratista cómo las obras del edificio pozo A, que en principio debían iniciarse el 14 de septiembre de 1991 y que luego el contratista ofreció empezar el 5 de noviembre de 1991, aún no habían comenzado a pesar de que la empresa les había entregado oportunamente las zonas correspondientes (fl. 610, cdno. 11).

105. El contratista incumplió con las entregas de las distintas obras para los días acordados.

105.1. Así consta en comunicaciones de la interventoría al contratista del 2 de mayo y el 4 de junio de 1991, en la primera de las cuales le advierte el incumplimiento respecto de la terminación del edificio del pozo B, para cuya entrega tenía plazo el contratista hasta el 1º de mayo de 1991; y en la segunda, le anuncia al contratista que el 31 de mayo de 1991 venció el plazo contractual para la terminación del edificio de control, que había sido ampliado por la junta directiva de la empresa, sin que se hubiera terminado la construcción. El interventor menciona en dichas comunicaciones la inspección conjunta efectuada en ambas ocasiones al sitio de las obras³⁹, en la que se determinaron los trabajos faltantes en el edificio del pozo B y en la caseta de malacates, anunciando que esta circunstancia daba lugar a la imposición de las multas contempladas en el literal c de la cláusula décima del contrato (fls. 347 y 373, cdno. 11).

105.2. En oficio del 27 de junio de 1991, el interventor le manifestó al contratista que el plazo contractual para "*Pavimentos, cerramientos, señalización, arborización*", venció el 13 de junio de 1991, fecha para la cual no se habían iniciado los trabajos y por lo tanto no se efectuó la respectiva prueba e inspección

³⁹ Con oficios del 16 de mayo y el 5 de junio de 1991, la interventoría remitió al contratista las actas de las visitas de inspección efectuadas el 2 y el 31 de mayo para comprobar el estado de la construcción del edificio del pozo B y el edificio de control, el cual, debido a que faltaba por ejecutar una cantidad importante de trabajos, no permitió efectuar la prueba de inspección final prevista en el contrato al vencimiento de los plazos para la terminación total de partes completas de la obra (cláusula trigésima primera) (fls. 359 y 375, cdno. 11).

final; le solicitó al contratista el envío de la reprogramación detallada de dichos trabajos, que en el curso de los últimos dos meses le ha estado pidiendo sin que hubieran sido entregados (fl. 488, cdno. 11).

105.3. El 25 de julio de 1991, el interventor reiteró el vencimiento de todos los plazos acordados para los edificios, incluyendo el edificio SF-6, cuyo plazo venció el 30 de junio de 1991 y se refirió a la reprogramación propuesta por el contratista, en la cual se comprometió a efectuar las entregas en unas nuevas fechas⁴⁰, en cuya ejecución ya se advertían nuevos atrasos, que demostraban que la organización y recursos de la obra no eran compatibles con la nueva programación, para la cual, por ejemplo, se había ofrecido destinar 350 personas y sólo había 197 (fl. 513, cdno. 11).

105.4. El 28 de agosto de 1991, el interventor se dirigió al contratista para manifestarle que el plazo para la entrega del edificio SF-6 –ampliado por autorización de la junta directiva de la contratante- era el 30 de junio de 1991, fecha en la cual no se terminaron los trabajos, incumplimiento que hacía al contratista acreedor a la imposición de las multas contempladas en el contrato (fl. 541, cdno. 11).

106. El contratista no inició las obras del edificio del pozo A en la fecha acordada. De acuerdo con oficio dirigido al contratista por el interventor el 25 de septiembre de 1991, el pozo de cables A le fue entregado el 13 de septiembre de 1991 y de acuerdo con el programa contractual de construcción y el programa entregado en la reunión de trabajo n.º 31 del 5 de septiembre de 1991, la construcción del edificio del pozo A debió iniciarse el 14 de septiembre de este año y el contratista en reuniones anteriores había manifestado estar preparado para iniciar los trabajos en la referida fecha, pero transcurridas dos semanas desde la misma no se habían iniciado los trabajos ni se observaba acción o preparativo alguno que indicara su comienzo, lo que era injustificable e inadmisibile y podía ocasionar

⁴⁰ Edificio de control: el 15 de agosto de 1991; edificio SF-6: el 15 de agosto de 1991; edificio pozo B: el 15 de julio de 1991; obras exteriores primera etapa: el 15 de septiembre de 1991; obras exteriores segunda etapa: el 13 de abril de 1992 y edificio pozo A: 13 de abril de 1992.

perjuicios a la empresa que serían de responsabilidad del contratista (fl. 583, cdno. 11).

107. El contratista se retractó de cambios que había propuesto en la obra, lo que representó retrasos en la ejecución de los trabajos. Así se advierte respecto de la alternativa estructural de la cubierta de la zona de equipos auxiliares del edificio de control que el contratista propuso⁴¹, cuando una vez entregados los respectivos planos y memorias presentadas por el contratista, la empresa le entregó sus comentarios y le hizo notar las serias deficiencias en el proyecto propuesto, que no daba cumplimiento a los parámetros de diseño entregados anteriormente por la asesoría, ante lo cual, el contratista, por comunicación del 6 de mayo de 1991, anunció su decisión de ejecutar la cubierta del edificio de acuerdo con el proyecto suministrado oportunamente por la empresa y declaraba anuladas sus solicitudes de cambio de diseño. La interventoría tomó nota de esta decisión y dejó constancia de *“(...) la pérdida injustificada de tiempo y esfuerzo que ha representado para la Empresa su iniciativa de modificar el diseño estructural de la cubierta de este edificio* (fl. 351, cdno. 11).

108. El contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones de pago en relación con sus trabajadores, subcontratistas, proveedores, etc.

108.1. Es así como el 17 de enero de 1991, el interventor le llamó la atención al contratista porque según éste, había llegado a un acuerdo con el contratista ICA Termotécnica para el suministro de 1 500 m³ de arena para los concretos del contrato pero este último informó que había suspendido el suministro debido a que DOMUS LTDA. no había cancelado los suministros efectuados (fl. 245, cdno. 11).

⁴¹ El contratista propuso, desde el 12 de febrero de 1991, la modificación del diseño estructural de la placa de cubierta del edificio de equipos auxiliares, pero no cumplió con el envío de los planos y memorias de cálculo de su propuesta, razón por la cual se le advirtió por el interventor que debido al atraso de las obras y por decisión de la empresa, la estructura se llevaría a cabo con los planos de construcción vigentes; el contratista reiteró la conveniencia de los cambios sugeridos, que le parecieron adecuados al interventor y no implicaban sobrecostos de ninguna naturaleza ni modificaciones de los plazos de entrega; la empresa contratante aceptó considerar la propuesta de cambio pero el contratista no entregaba los planos y memorias necesarios a pesar del requerimiento de la interventoría en tal sentido, quien además le reiteró que esa demora no podía implicar mayores costos ni plazos y que seguían vigentes los planos originales hasta que la empresa no aprobara la modificación propuesta (fls. 274, 275, 277, 288, 300, cdno. 11).

108.2. El 9 de octubre de 1991, el interventor le advirtió al contratista que eran de su responsabilidad las consecuencias programáticas y económicas derivadas de la paralización de las obras por la suspensión de actividades del personal de nómina del contratista que se produjo ese día a partir de las 7:00 a.m., alegando la falta de pago de sus sueldos (fl. 595, cdno. 11).

108.3. En la comunicación del 12 de diciembre de 1991 que le fue enviada al contratista por el interventor, éste se refirió a la afectación de los trabajos durante los días 4 y 5 de diciembre por el paro efectuado por sus subcontratistas, que alegaban el incumplimiento en los pagos que aquel les debía; así mismo, aludió al bloqueo de los vehículos a la salida del campamento el 12 de diciembre, por personas de la región, proveedores a quienes el subcontratista del casino les debía pagos; observó que la entidad contratante hizo grandes esfuerzos para proveer al contratista de los fondos necesarios para adelantar la obra y por lo tanto le solicitó que procediera a efectuar el pago de las sumas debidas a los subcontratistas (fl. 642, cdno. 11).

108.4. Mediante oficio del 14 de enero de 1992, el interventor se dirigió al contratista para manifestarle que, contrario a lo que éste había informado, sus subcontratistas de pisos falsos, cielo rasos modulares y ventilación y aire acondicionado, condicionaban la entrega de los materiales y equipos a que DOMUS LTDA. cumpliera con los compromisos contraídos para con ellos, los cuales sobrepasaban las sumas propuestas por el contratista en su programa de inversión de los fondos producto del acta de acuerdo n.º 1, por lo cual le solicitó revisarlo e incluir las partidas necesarias para garantizar que los subcontratistas entregaran los equipos y materiales (fl. 15, cdno. 17).

108.5. El 17 de junio de 1992, el interventor envió oficio al contratista mediante el cual le solicitó solucionar el problema que había con personal que laboró en la obra y con el que subsistían obligaciones laborales sin cancelar y el 19 de junio de 1992, en otra comunicación le informó que según la inspectora de policía de Mámbita, dos celadores de la obra se acercaron a su despacho para manifestar que se retiraban del cargo salvando su responsabilidad por las posibles pérdidas o daños en las propiedades de DOMUS LTDA., por cuanto esta firma no les

cancelaba sus sueldos atrasados desde hacía varias quincenas (fl. 92 a 98, cdno. 17).

108.6. En oficio dirigido por el contratista al interventor el 17 de febrero de 1992, se refirió a “(...) los últimos acontecimientos de la inconformidad de la comunidad de Mámbita, que entorpecen los trabajos en la obra, motivados por las deudas que tiene DOMUS y otros contratistas a gente de esta comunidad, de lo cual han responsabilizado a DOMUS, cuando realmente la totalidad de estas deudas no fueron adquiridas por DOMUS”, deudas por valor de \$24 459 835,46 que mencionó y que correspondían a i) compra de alimentos y suministro de comidas al personal y subcontratistas de DOMUS, ii) deudas con el comercio del municipio de Mámbita –por servicios médicos, droga, transportes, combustible, oxígeno, arena, etc.- y iii) pago de prestaciones sociales al personal –obreros, dirección y administración- retirado de las obras; y para solucionar estos inconvenientes, “(...) con el único propósito de aliviar la tensión existente y librar la obra de cualquier trauma o paralización indebida (...)”, el contratista le propuso al interventor que le permitiera pagar las referidas deudas, con los recursos del fondo especial de la cuenta de acuerdo n.º 1 (fl. 399, cdno 11).

109. La entidad contratante advirtió en múltiples ocasiones la deficiencia en los suministros de equipos, materiales y elementos necesarios para adelantar las obras y le pidió al contratista solucionar esta situación que estaba afectando el normal desarrollo de los trabajos, según se desprende de las siguientes constancias:

109.1. El 19 de julio de 1990, la interventoría le reclamó al contratista por la no solución al problema del suministro de arena a la obra, como se comprometió en la reunión de trabajo n.º 02 del 12 de julio anterior, lo que afectaría los tiempos para efectuar el diseño y las mezclas de ensayo y aprobación para cada una de las clases de concreto de la obra y le solicitó definir a la mayor brevedad posible el sistema de suministro de arena que utilizaría e iniciar la producción de agregados (fl. 25, cdno. 11).

109.2. El 5 de octubre de 1990, el interventor le llamó la atención al contratista porque el 1º de octubre se presentaron varios derrumbes en la carretera de acceso a la cantera de donde se sacaba la arena para la obra que impidieron el paso de vehículos, y la producción se paralizó porque la remoción se llevó a cabo manualmente, demorándose 3 días, con lo cual se afectó la producción de concretos, actividad crítica y básica en el desarrollo del programa de construcción, por lo cual le solicitó disponer en la cantera del equipo apropiado para el mantenimiento de la vía y la remoción de derrumbes, así como disponer de una fuente alterna de suministro (fl. 120, cdno. 11).

109.3. El 14 de noviembre de 1990, la interventoría se dirigió al contratista para referirse al programa de construcción del pozo de cables B, para cuyo cumplimiento se requería una dirección oportuna, adecuada e inmediata en el frente y disposición en la obra de todos los elementos necesarios tales como formaletas, sellos, elementos metálicos, etc., así como la implementación de un segundo turno para aprovechar el tiempo disponible; y que a la fecha, el programa registraba un atraso en la excavación de la torre, debido a las demoras ocurridas en la preparación de los pernos y ménsulas de apoyo de la tapa de protección del pozo y en la adecuación y colocación de la misma, en la demolición del brocal por falta de explosivos y en las excavaciones de los ejes 1 a 3' por la interferencia de las instalaciones de producción de agregados pues no los produjeron en el tiempo previsto (fl. 171, cdno. 11).

109.4. El 15 de noviembre del 1990, el interventor adujo además que no habían llegado las formaletas a las obras, necesarias según el programa, para iniciar el 16 de noviembre la construcción de los muros y placas hasta el nivel 1033.48 en el edificio pozo B y manifestó que era necesario que la planta trituradora trabajara en forma permanente con doble turno para terminar la producción de agregados. En el edificio de control, en el que también había atrasos, le recordó que a pesar de la insistencia de la interventoría para que se prepararan con suficiente anticipación todos los recursos necesarios, no se había iniciado la colocación del acero de las columnas, pues no se encontraba completo y no se había terminado la construcción de la cimentación del edificio, por falta de la formaleta para la cubierta de la caja de cables; tampoco tenían listas las formaletas para la construcción de las columnas y para las placas de entrepiso. En el edificio SF-6,

sostuvo el interventor que el programa previsto para recuperar parte de los atrasos tampoco se había cumplido por la falta de las formaletas y del personal ofrecido para los fines de semana (fl. 183, cdno. 11).

109.5. El 4 de diciembre de 1990, el interventor le llamó la atención al contratista porque desde el 30 de noviembre se encontraba fuera de operación la planta trituradora por daños en el motor (fl. 209, cdno. 11).

109.6. El 6 de diciembre de 1990, el interventor advirtió al contratista su incumplimiento respecto del compromiso de iniciar la construcción, en forma ininterrumpida, de la cimentación del edificio del pozo B una vez terminaran la demolición del brocal, lo cual no sucedió por falta del acero de refuerzo y de la formaleta (fl. 219, cdno. 11).

109.7. El 4 de enero de 1991, el interventor le llamó la atención al contratista porque en el curso de los últimos 15 días la producción de los concretos y los rendimientos en las diferentes actividades de la obra habían disminuido ostensiblemente por el descuido en la preparación y mantenimiento del flujo de recursos para la obra “(...) observándose disminución en la cantidad de personal para la construcción de formaletas, daños permanentes en los equipos, como la planta de mezclas, compresor, equipos de carpintería, etc” (fl. 234, cdno. 11).

109.8. El 17 de enero de 1991, el interventor llamó la atención al contratista por la falta de suministro oportuno y adecuado de arena que afectaba la producción de concreto en la obra (fl. 245, cdno. 11).

109.9. El 21 de febrero de 1991, en reunión de trabajo n.º 17 (acta de esa fecha, fls. 377 a 382, cdno. 20), el interventor observó atraso en las labores de concreto, porque no había equipo de transporte acorde con el equipo de colocación y compactación utilizado y solicitó incrementar urgentemente el número de volquetas para lograr un rendimiento aceptable.

109.10. El 28 de febrero de 1991 se efectuó la reunión de programación n.º 03-91 (fls. 383 a 391, cdno. 20), en la cual el interventor observó que se estaban presentando retrasos por deficiencias en el transporte y daños en el bulldozer, la retroexcavadora y las ranas compactadoras; en general, anotó que en toda la obra existían fallas en los suministros particulares, que causaban gran daño a la programación de todos los trabajos⁴². La interventoría también observó que cuando llovía se suspendían obras y el personal se retiraba del trabajo por falta de elementos de protección contra la lluvia y el contratista manifestó que ya se había hecho el pedido de dotación de elementos de protección.

109.11. El 18 de abril de 1991, en la reunión de trabajo n.º 21, el interventor anotó que “(...) *la situación es cada vez más crítica pues se observa además, una notoria deficiencia en el suministro de materiales a la obra (...)*”⁴³ (fls. 96 y sgtes., cdno. 15).

109.12. En la reunión de trabajo n.º 24 del 30 de mayo de 1991, al advertir que el atraso de las obras continuaba, el interventor manifestó que tales atrasos se debían, entre otras cosas, a la ausencia de los elementos necesarios, frente a lo cual el contratista manifestó que “... *el problema fundamental es la falta de recursos, debido a las dificultades financieras para conseguir los materiales básicos*”.

109.13. El 24 de julio de 1991, el interventor se dirigió al contratista para reiterarle la necesidad de que suministrara las lámparas y luminarias aprobadas para el edificio del pozo B y la caseta de malacates, pues la falta de las mismas tenía atrasados los trabajos de las obras eléctricas (fl. 509, cdno. 11).

⁴² Ante esta observación, el contratista anunció que ese día había llegado un camión con dichos elementos. también informó cambios en el personal, pues había elementos que frenaban el trabajo, que hizo cambios en los maestros y que había llegado un nuevo ingeniero coordinador de campo.

⁴³ A esta observación, “[e]l contratista manifiesta que es evidente una falta de recursos en la obra debida básicamente a problemas económicos que señaló a la Empresa. Manifiesta que en general los subcontratistas piden anticipos entre el 60 y el 85% del valor total del subcontrato, lo cual le ocasiona problemas serios para el cumplimiento del Contrato principal”.

109.14. El 1º de agosto de 1991, el interventor advirtió la paralización de actividades por la falta de suministros de los siguientes elementos: cemento a granel, arena para pañetes, madera para cielo rasos, inmunizante para madera, enchapados de porcelana para baños, luminarias y lámparas y plastoestuco para pintura, por lo cual le solicitó al contratista tomar las medidas necesarias para hacer llegar estos suministros a la obra y no incrementar aún más los atrasos y los perjuicios a la empresa (fl. 517, cdno. 11).

109.15. Esta queja fue reiterada en oficio del 5 de agosto, en el cual el interventor, refiriéndose al patio de conexiones, manifestó que de 28 días de iniciada la reprogramación propuesta por el contratista para recuperar los atrasos de la obra, ya iba un atraso de 21 días, por falta de suministro de materiales y recursos, que tenían frenada la producción de la obra por las interrupciones en actividades básicas: la aplicación de mármolplast se suspendió desde el 19 de julio por falta de material, la instalación del alistado para cielos-rasos se suspendió porque el inmunizante se acabó el 19 de julio y la madera el 22 de julio, la arena de peña se terminó el 25 de julio afectando la colocación de los pañetes, la pintura para interiores está suspendida desde el 30 de julio por falta de plastestuco, la construcción de pavimentos está afectada por la falta de equipos apropiados, pues se está haciendo en forma manual y el cemento a granel se acabó desde el 31 de julio, el avance en los muros cortafuegos está suspendido por falta de formaleta y cemento y no hay madera para formaleta de las estructuras de concreto tales como la escalera principal, los muros cortafuego, las canaletas para cables, etc. (fl. 518, cdno. 11).

109.16. El 20 de agosto de 1991, el interventor le manifestó al contratista que en el patio de conexiones, el subcontratista encargado de las instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias tenía prácticamente suspendidos los trabajos desde hacía aproximadamente un mes, pues únicamente tenía un oficial y un ayudante eléctrico, quienes no contaban con los materiales y los elementos necesarios. Le advirtió que de los trabajos para el sistema definitivo de alcantarillado y de las instalaciones hidráulicas de toda la obra, estaban pendientes de ejecución las actividades eléctricas indicadas en el cuadro anexo, lo cual estaba creando inconvenientes para los avances de las demás actividades de la obra y que las

demoras ocasionadas por la falta de tales instalaciones eran responsabilidad de DOMUS LTDA. (fl. 530, cdno. 11).

109.17. El 11 de septiembre de 1991, el interventor le llamó la atención al contratista sobre los materiales, ya que faltaba arena de trituración para la producción de concretos, no había baldosín en granito artificial, perfiles metálicos, lámparas y elementos eléctricos; de los equipos de construcción no se había reparado el vibrocompactador ni existían equipos adecuados para perfilar las vías de acceso y plataformas para la construcción de pavimentos (fl. 573, cdno. 11).

109.18. El 14 de noviembre de 1991 se llevó a cabo la reunión de trabajo n.º 35 (fl. 421, cdno. 14 y fl. 494 y sgtes., cdno. 20), en la cual se le pidió nuevamente al contratista que informara cuándo entregaría terminados los edificios de control, SF-6 y pozo B; el representante del contratista, ingeniero Díaz, dio algunas explicaciones sobre el estado de las obras y las acciones a emprender, a lo cual el interventor le contestó que era necesario *“... fijar las fechas en que se propone terminar los edificios para determinar los recursos necesarios y no programar la fecha de terminación con los recursos y rendimientos actuales”*; el ingeniero Díaz replicó que *“... ahora está ligado laboralmente a Construcciones DOMUS y depende de los recursos que envíe la Dirección General en Bogotá, pues, si no hay suficientes recursos que permitan acelerar los rendimientos y terminar en fechas razonables, la situación final de la obra será un fracaso. Expresa que está tratando de organizar e impulsar la obra, poniendo todo su empeño y experiencia en este objetivo, y si después de un plazo prudencial no se hacen las apropiaciones económicas y de recursos solicitadas, se vería precisado a retirarse de la obra”*. El interventor manifestó que la situación crítica del contratista se debía a falta de organización y mala distribución de recursos desde comienzos de la obra y que si desde el principio se hubiera aprovechado el tiempo y los recursos, la facturación de los primeros meses hubiera sido importante, mejorando el flujo de fondos de la obra. En cuanto a la fecha de terminación de los edificios, partiendo de la base de que contaría con todos los recursos, el contratista manifestó que entregarían el edificio de control el 2 de febrero de 1992; el edificio pozo B y el edificio SF-6 el 12 de enero de 1992 y el edificio pozo A el 18 de abril de 1992, fechas que el interventor encontró inaceptables pero que el ingeniero Díaz reiteró, por cuanto la obra atravesaba por una situación financiera muy grave.

109.19. Mediante oficio del 21 de noviembre de 1991 dirigido por el interventor al contratista, se refirió a la preocupación que manifestó el director de obra porque no habían llegado algunos suministros necesarios para adelantar los trabajos en el pozo de cables A, ni los materiales para continuar la aplicación de pintura en el edificio SF-6, ni algunos elementos eléctricos que debía instalar un subcontratista; adujo que las fechas ofrecidas por aquel para la entrega de los edificios eran inaceptables, en razón de los compromisos que tenía la EEB para con otros contratistas que requerían las obras terminadas para iniciar la instalación y montaje de la subestación exterior y los transformadores, por lo cual le pidió al contratista tomar las medidas necesarias para que ello pudiera cumplirse a partir del 1º de diciembre de 1991 y le advirtió que los mayores costos por la demora en la terminación de los edificios serían de responsabilidad del contratista (fl. 633, cdno. 11).

109.20. El 27 de noviembre de 1991, el interventor envió oficio al contratista para advertir que desde el 22 de ese mes se agotaron las existencias de concretos, lo que imposibilitó la fundida de varias estructuras que se encontraban listas para esta actividad (30 m³, aproximadamente), por lo cual le reiteró la solicitud de solucionar este inconveniente lo más rápido posible pues los atrasos ocasionados agravaban aún más la situación por la demora en la entrega de la zona de la subestación de 115 Kva al contratista ICA-Termotécnica (fl. 636, cdno. 11).

110. En la ejecución del contrato de obra celebrado entre las partes, hubo problemas de dirección y de personal del contratista que influyeron negativamente en el cumplimiento de sus obligaciones. Así se desprende de las siguientes pruebas:

110.1. El 15 de noviembre de 1990, el interventor se dirigió al contratista para llamarle la atención sobre los atrasos de las obras en el edificio del pozo B y le recordó que en reunión técnica n.º 9 del 8 de noviembre anterior, ante su solicitud de incrementar los recursos para cumplir con el programa, el contratista había

informado que a partir del 7 de noviembre había implementado dos jornadas de trabajo y que trabajarían en forma permanente (fl. 183, cdno. 11)

110.2. El 6 de diciembre de 1990, el interventor le llamó la atención al contratista por el incumplimiento del compromiso adquirido en la reunión de trabajo n.º 12 del 29 de noviembre, de implementar el segundo turno de trabajo en las obras del edificio del pozo B (fl. 219, cdno. 11).

110.3. El 4 de enero de 1991, el interventor le llamó la atención al contratista por la insuficiencia de personal para la colocación de acero de refuerzo, actividad que era crítica dentro de la producción de los concretos y cuyas deficiencias estaban frenando los rendimientos en los distintos edificios; que había varios frentes de la obra en los que se podría estar colocando acero de refuerzo y no se había hecho por falta de personal (fl. 234, cdno. 11).

110.4. Consta que el ingeniero Pedro Jiménez Vargas, director de la obra durante 10 días (a partir del 13 de enero de 1991), se vio obligado a renunciar -según le manifestó al representante legal de la sociedad DOMUS LTDA., en oficio por el cual procedió a cobrar el sueldo debido por el servicio prestado-, en razón del "...caos y folclor con que se maneja ese contrato"; ante el no pago, este ingeniero se dirigió a la E.E.B., para poner en su conocimiento tal circunstancia; por otra parte, reposa comunicación enviada por el ingeniero Jiménez a DOMUS LTDA., el día 21 de enero de 1991, contentiva de un "balance exhaustivo" de las obras, en la cual se refirió a los distintos frentes (fls. 46 a 54, cdno. 15):

110.4.1. Pozo B: Encontró que el manejo del director y del maestro de esta parte de la obra eran buenos, y que *"El personal a pesar de los vicios generados por administraciones anteriores puede desarrollar buen ritmo de trabajo. Este frente presenta gran atrazo (sic) en el programa contractual"*.

110.4.2. Edificio de control: Manejo aceptable, aunque *"(...) Es increíble que por falta de polietileno esté parada la fundición de un tramo del primer nivel."*

El Maestro que labora en este frente por ser nuevo presenta grandes fallas; creo se pueden subsanar pronto. El personal que labora en éste a pesar de los vicios puede generar más rendimiento. Este frente presenta un avanzado atraso (sic) contractual”.

110.4.3. Edificio SF-6: “(...) Maestro recién ingresado con muchas fallas. Personal viciado, que para corregirlo requiere cambios sustanciales. (...) Es crítica la ejecución de los filtros y los rellenos pues se van ha (sic) ejecutar en época de invierno causando grandes pérdidas económicas. También se debe proceder a la mayor brevedad con los prefabricados de la cubierta que son urgentes. El anterior frente presenta un atraso (sic) notable contractual”.

110.5. Manifestó así mismo, que “Es increíble que a estas alturas con los consabidos atrasos (sic), se paralice la fundición de concreto por falta de arena. La coordinación que existe con Bogotá en los suministros es nula, encontré pedidos varios con atraso (sic) hasta de 3 meses; la comunicación a través del radio que recibe Bogotá no es la más óptima. El suministro de hierro de refuerzo presenta ene mil (sic) errores que justifica investigar la culpabilidad ya que hay mala figuración y medidas erróneas. En cuanto al personal que maneja los equipos (gente de Bogotá) presenta cantidad de resabios, malas costumbres, el querer hacer su voluntad, todo entiendo patrocinado por Bogotá (...). En general la obra requiere con suma urgencia los siguientes elementos: Arena, hierro de refuerzo, aditivos, alambre negro, materiales eléctricos, hidráulicos, sanitarios, parales metálicos de doble altura, crucetas de 3., 2.45, 2 Mts; malla, anclajes para elementos metálicos, materiales para acabados, elementos para anclajes, planos de taller de elementos metálicos, sistema de aire acondicionado (...). En la reunión que asistí en compañía del Ing. Izquierdo a las oficinas de la Energía, percibí la falta de interés por parte de DOMUS LTDA. hacia la obra y sí un optimismo mal fundado, para hacer factibles los anhelos de este servidor en cumplir las metas de un programa. Doctor Paba, reitero que lo que encontré es una obra super anormal que debe ser corregida y organizada fríamente; desarrollando técnicamente las actividades obviamente con el apoyo al 100% de Usted y la oficina Bogotá. Sin esto el caos seguirá y los problemas que genere represados en lo que lleva la obra, serán catastróficos”.

110.6. El 21 de febrero de 1991, en reunión de trabajo n.º 17, (acta, fls. 377 a 382, cdno. 20), el interventor observó que el contratista no tenía suficiente personal en la obra del edificio de control, siendo necesaria la implementación del segundo turno, que le solicitó llevar a cabo a la mayor brevedad⁴⁴.

110.7. El 28 de febrero de 1991 se efectuó la reunión de programación n.º 03-91 (fls. 383 a 391, cdno. 20), en la cual el interventor observó que debía completarse el segundo turno pues el personal era muy reducido. El contratista a su vez, informó cambios en el personal, pues había elementos que frenaban el trabajo; que había efectuado cambios en los maestros y que había llegado un nuevo ingeniero coordinador de campo.

110.8. El 7 de marzo de 1991 se realizó la reunión de trabajo n.º 18 (fls. 409 a 415, cdno. 20), el interventor presentó un cuadro comparativo del personal que se encontraba laborando en la quincena anterior y en la de la fecha, encontrando que se había aumentado el número de trabajadores en el edificio de control a costa de los edificios del pozo B y SF-6, “... registrándose una disminución total en la última catorcena de 33 personas, lo cual ha influido en la baja producción”.

110.9. El 18 de abril de 1991, según consta en acta de trabajo n.º 21, la E.E.B expuso su preocupación por el estado de los distintos subcontratos y suministros, advirtiendo que era necesario atender en forma oportuna la programación, y recordó que hacía 2 semanas el contratista había indicado que tendría una ‘nueva organización’ “(...) y sin embargo, el estado de la obra no ha cambiado. Manifiesta que ya no está el Ingeniero coordinador, quien de acuerdo con información de la obra, es experimentado y se presenta una falta de dirección en el frente”, los plazos finales ya estaban llegando y la obra se encontraba a mitad de camino, teniendo conocimiento de que había en la obra problemas con los transportadores, el personal de obreros, personal profesional, etc.; la interventoría expuso la falta

⁴⁴ El contratista respondió en cuanto a este edificio, que esperaba recuperar tiempo en la parte de acabados; sobre la solicitud de implantar dos turnos en la obra, el contratista manifestó que ello sería posible en el edificio SF-6, “... pues hay suficientes recursos y espacio ...”.

de materiales –cemento- en la obra y la necesidad de incrementar el personal⁴⁵ (fls. 96 y sgtes., cdno. 15).

110.10. El 30 de mayo de 1991, se suscribió por representantes de las partes y el interventor el acta de reunión de trabajo n.º 24, en la cual este último, al advertir que el atraso de las obras continuaba, manifestó que tales atrasos se debían, entre otras cosas, al escaso personal; se le preguntó al contratista en qué forma se incrementaría el mismo una vez contara con los recursos completos y éste manifestó que “(...) *el personal se incrementará en la medida en que vayan llegando los distintos Subcontratistas y aclara que no considera necesario implementar un segundo turno con su personal directo, pues la mayor parte de los trabajos en este Edificio dependen de Subcontratos que están represados por inconvenientes económicos*” (fl. 90 y sgtes., cdno. 15).

110.11. El 16 de julio de 1991 (fl. 367, cdno. 14 y fl. 441 a 443, cdno. 20) se realizó reunión de trabajo, en la cual la interventoría efectuó observaciones en relación con la dirección de la obra, pues el ingeniero director le dedicaba demasiado tiempo a la elaboración de las actas quincenales y descuidó la dirección técnica, indispensable para poderles exigir a los subcontratistas y su personal la calidad y los rendimientos indispensables para cumplir el contrato.

110.12. El 24 de julio de 1991, el interventor le llamó la atención al contratista por la demora en la construcción de la escalera principal del edificio de control, respecto del cual el contratista mismo había admitido que era delicado y requería cuidados especiales, no obstante lo cual le había brindado muy poca atención a estos trabajos, que presentaban un bajo avance y pérdida de tiempo y recursos, pues en varias oportunidades fue necesario desbaratar la formaleta por la falta de una adecuada y permanente dirección en su ejecución, manifestando que “(...) *el poco avance obtenido, ha sido producto de las recomendaciones hechas en el sitio por los representantes de la empresa*”, por lo cual le solicitó al contratista

⁴⁵ El contratista manifestó que con los recursos que tenía estaba avanzando y que el cambio del maestro se produjo porque no daba el rendimiento requerido y que el ingeniero Cruz renunció por no estar de acuerdo con algunos cambios “... *que pretendían aprovechar mejor su experiencia*”; sostuvo que terminando la estructura del edificio de control no sería necesario aumentar el personal y que la mayor cantidad de obra faltante por ejecutar estaba a cargo de subcontratistas; además ratificó que el problema fundamental era económico.

disponer de una persona con suficiente experiencia y conocimiento para que ejerciera una dirección en forma permanente y así evitar más atrasos en esta actividad. En otra comunicación de la misma fecha, el interventor se refirió a las obras eléctricas a cargo de uno de los subcontratistas de DOMUS LTDA., las cuales carecían de un director que fuera ingeniero eléctrico, cuya presencia se requería para que le imprimiera organización a los trabajos, que se hallaban atrasados y le reiteró la solicitud a su contratista de que designara a dicho director a la mayor brevedad posible (fl. 507, cdno. 11).

110.13. El 30 de julio de 1991 se realizó reunión de trabajo, según consta en acta de esa fecha (fl. 370, cdno. 14 y fls. 441 y sgtes., cdno. 20), en la cual el interventor anotó que se seguían presentando las dificultades de suministro y de dirección técnica de la obra, este último reflejado en los problemas de calidad en la ejecución de los trabajos, que no tenía el adecuado control del personal directivo del contratista.

110.14. El 10 de agosto de 1991, el interventor se refirió a la urgencia de culminar las obras del edificio SF-6 para entregárselo a los contratistas de los montajes, por lo cual requirió del contratista incrementar las jornadas de trabajo incluyendo el establecimiento de dos turnos diarios de 12 horas cada uno, durante los 30 días del mes y el esfuerzo por mejorar la organización de la obra que garantizara una adecuada y eficaz dirección y control de la misma, pues de lo contrario, sería imposible terminar el edificio antes del 30 de agosto como lo prometió el contratista en la reunión del 8 de agosto (fl. 520, cdno. 11).

110.15. El 9 de septiembre de 1991, el interventor llamó la atención al contratista en el sentido de que ese día no estaban presentes el ingeniero director, el arquitecto encargado de los trabajos de acabados, ni uno de los maestros designados para el edificio de control, por lo cual las pocas actividades que se adelantaban avanzaban a un ritmo muy lento (fl. 573, cdno. 11).

110.16. El 25 de septiembre de 1991, el interventor advirtió al contratista que a pesar de la solicitud reiterada de que se agilizará la ejecución de los trabajos, en

vista de la disminución de los rendimientos y del aumento de los atrasos en la totalidad de las actividades, el lunes 23 de septiembre no estuvieron presentes en la obra el ingeniero director, el arquitecto encargado del edificio de control ni el ingeniero encargado del edificio SF-6, por lo cual durante todo el día se presentó falta de dirección, coordinación y control de los trabajos, que afectó seriamente la obra, falta de organización que la interventoría rechazaba enérgicamente por demostrar bajo interés para terminar la obra a la mayor brevedad y le solicitó al contratista tomar medidas para evitar la repetición de estos hechos (fl. 582, cdno. 11).

110.17. El 9 de octubre de 1991, a partir de las 7:00 a.m., se produjo la paralización de las obras por la suspensión de actividades del personal de nómina del contratista, alegando la falta de pago de sus sueldos (comunicación del interventor al contratista, fl. 595, cdno. 11).

110.18. El 10 de octubre de 1991, el interventor le llamó la atención al contratista sobre el atraso en la terminación de los edificios del pozo B, SF-6 y de control, así como de las obras exteriores; enumeró las actividades pendientes en cada una de estas obras y se refirió a la no iniciación de las obras del edificio del pozo A, que llevaba un atraso de 26 días y los representantes del contratista en la obra manifestaban que no habían recibido orden de sus superiores de iniciar la construcción; el interventor advirtió que se debían cambiar radicalmente los procedimientos, incrementando el personal y los horarios de trabajo, haciendo un replanteamiento programático serio que permitiera terminar la obra en un plazo razonable y que la dirección y control de la obra se conformara con personas capacitadas para manejar la obra en el estado crítico en que se encontraba y de esa forma evitar los problemas de coordinación entre el personal profesional, que afectaban los rendimientos y la calidad de la obra (fl. 597, cdno. 11).

110.19. El 16 de octubre de 1991, el interventor envió comunicación al contratista en la cual se refirió una vez más a las deficiencias en la dirección de la obra a pesar de la etapa crítica por la cual ésta atravesaba; advirtió cómo, sin explicación, retiraron de la obra al ingeniero encargado de los trabajos del edificio SF-6 y anexos y no lo habían reemplazado; y cómo desde el viernes 11, a pesar de estar

programados trabajos para el fin de semana, se ausentó el ingeniero director de la obra y aún no se había reintegrado a sus labores, hechos que comprobaban el poco interés del contratista en buscar mecanismos que permitieran superar esa etapa crítica debido a la falta de producción; le recordó así mismo que la ausencia del representante del contratista en la obra, contractualmente daba lugar a la imposición de multas (fl. 600, cdno. 11).

110.20. El 23 de octubre de 1991, el interventor solicitó al contratista asignar urgentemente y de manera permanente un ingeniero director con suficiente experiencia y autoridad para superar los problemas presentados en la obra (fl. 606, cdno. 11).

110.21. El 24 de octubre de 1991, el interventor le manifestó nuevamente al contratista los problemas de dirección de obra que ya le había planteado y la continuación de los problemas debidos a la falta de suministro oportuno y adecuado de materiales, equipos y elementos, y coordinación de los subcontratistas, labores que debían ser apoyadas por la organización del contratista en Bogotá; enunció una serie de actividades que habían sido afectadas por estas deficiencias y observó que *“Falta organización en la obra pues el Ingeniero encargado de las instalaciones hidráulicas y sanitarias hace una semana está ausente y el Ingeniero Electricista, recién nombrado, no tiene suficiente experiencia (...). Hace una semana el personal de pintura está ausente de la obra por falta de pago. Además, en el Edificio de Control hace dos meses no trabaja (...);”* agregó la interventoría que los pisos estuvieron paralizados durante 2 meses y los rendimientos eran bajos, pues el personal asignado era insuficiente; en el edificio SF-6 no había personal suficiente y presentaba bajos rendimientos; en la instalación de puertas y motores hacía 20 días no había personal en la obra; en cuanto a la ventanería en cristal templado, el personal se había retirado de la obra desde hacía 12 días, aduciendo falta de pago; en las escaleras metálicas y barandas llevaban 20 días sin personal en la obra; en consecuencia, la interventoría le solicitó al contratista tomar las medidas necesarias para garantizar que la obra recibiera desde Bogotá los suministros adecuados y que se efectuaran las acciones pertinentes con los subcontratistas para que éstos adelantaran los trabajos con los rendimientos apropiados para terminar prontamente la obra (fl. 607, cdno. 11).

110.22. El 12 de diciembre de 1991, el interventor le llamó la atención al contratista por cuanto durante los días 9 y 10 de diciembre no había representante suyo en la obra y sólo llegó al medio día del 11 de ese mes el ingeniero encargado de la dirección, lo que provocó que durante aquel tiempo hubiera desorganización en las obras y conflictos entre los empleados del contratista (fl. 641, cdno. 11).

110.23. En oficio del 13 de diciembre de 1991, el interventor reiteró la preocupación que en múltiples ocasiones le había manifestado al contratista por el atraso en las obras, el deterioro progresivo de los suministros de elementos y por la organización, programación y control de calidad de las actividades y procedió a enumerar los diversos elementos que estaban siendo afectados por la falta de recursos, así como las deficiencias que se habían presentado en los subcontratistas y el bajo número de trabajadores de DOMUS LTDA. en las obras, que además manifestaban inconformidad por el atraso en los pagos; finalmente, le pidió al contratista que cumpliera el ofrecimiento de adelantar cuanto antes la reactivación de todas las actividades, utilizando para ello los recursos obtenidos con lo pactado en el acta de acuerdo n.º 1 “... *suscrita por la Empresa con la intención de que el Contratista establezca un verdadero flujo de recursos a la obra y terminar los trabajos, evitando mayores perjuicios a los ya causados a la Empresa*” (fl. 643, cdno. 11).

110.24. El 18 de diciembre de 1991, el interventor contestó nota de campo del contratista del 5 de diciembre, en la que informaba que los trabajos se suspenderían el 23 de diciembre de 1991 a las 5:00 p.m., y se reiniciarían el 3 de enero de 1992 a las 7:00 a.m., y le manifestó su inconformidad con tal decisión, teniendo en cuenta el atraso que presentaban las obras; reiteró la falta de organización y dirección de la obra, pues los días 16 y 17 de diciembre se observó la ausencia del ingeniero director; así mismo enlistó los elementos y materiales que faltaban en la obra afectando su progreso (fl. 645, cdno. 11).

110.25. El 3 de abril de 1992, el interventor envió oficio al contratista con el fin de expresar su preocupación por la lentitud con la que se estaban adelantando las

labores de medición de cantidades de obra, requeridas para la elaboración del balance de obra ejecutada, lo cual atribuyó al retraso con el que llegó a la obra el arquitecto Humberto Elejalde, designado para participar por parte de DOMUS LTDA. en tal actividad y a su falta de conocimiento de la historia de la obra, lo que se vio agravado por el retiro del arquitecto ayudante Héctor Durán, quien había participado en la preparación de las actas de obra ejecutada de los últimos 6 meses, la falta del ingeniero eléctrico de DOMUS LTDA. para definir esa parte de la obra, la imposibilidad de efectuar el inventario de materiales por falta de personal y el abandono de la obra por parte del personal de DOMUS LTDA. por incidentes con antiguo personal de esta firma (fl. 35, cdno. 17).

111. Durante la ejecución del contrato y a solicitud del contratista, la E.E.B. tomó varias medidas encaminadas a brindarle mayor liquidez y que implicaron modificaciones al contrato principal en cuanto a la forma de pago del valor del contrato, con aumento del porcentaje de anticipo entregado al contratista, variación del reconocimiento de reajustes y adición del plazo de entrega de algunas obras.

111.1. En relación con las peticiones del contratista, se observa que el 26 de diciembre de 1990, éste solicitó al interventor que los reajustes de costos se hicieran con los índices provisionales que anunciaba el pliego de condiciones –los últimos índices conocidos de meses anteriores- y no con los definitivos, como quedó plasmado en el contrato y que cuando estos últimos se conocieran, se harían los ajustes necesarios (fl. 295, cdno. 17).

111.2. El 21 de febrero de 1991, el contratista se dirigió al gerente de la E.E.B., para solicitarle un anticipo adicional por valor de \$ 150 millones, que sería amortizado dentro del término del contrato; justificó esta petición en el hecho de que a partir de diciembre de 1990, debido a las medidas tomadas por el Gobierno Nacional para combatir la inflación y que condujeron a restricciones en las líneas de crédito, se presentaron serias dificultades de tesorería para el contratista y se afectaron los flujos de fondos necesarios para el buen desarrollo de las obras (fl. 308, cdno. 14 y fl. 374, cdno. 20).

111.3. El 22 de marzo de 1991, el contratista dirigió oficio a la Junta Directiva de la E.E.B., en el cual le solicitó acceder a la modificación de ciertas estipulaciones contractuales relacionadas con los pagos del contratista, para que éste pudiera obtener flujo de fondos que le permitiera continuar con la ejecución de las obras; solicitó, en consecuencia, i) el incremento del anticipo del valor del contrato, ii) permitir facturar la obra ejecutada cada 10 días, con el fin de agilizar el flujo de fondos, iii) permitir facturar los reajustes sobre los índices provisionales y iv) modificar los plazos contractuales para la entrega del edificio SF-6 hasta el 30 de junio de 1991 y para el edificio de control hasta mayo 31 del mismo año; adujo como justificación, el cambio en las condiciones del país en materia de financiación por parte del sistema financiero, a raíz de las medidas tomadas por el Gobierno, lo que le había impedido al contratista obtener los créditos necesarios para cumplir a cabalidad con el contrato, lo que lo había puesto en una situación no prevista cuando el mismo se celebró (fl. 416, cdno. 20).

111.4. El 2 de mayo de 1991, el contratista envió al interventor una nota en la cual le expresa sus sinceros agradecimientos *"... por la efectiva y positiva labor realizada, para conducir a buen término la aprobación de las solicitudes que elevamos ante el Gerente y la Junta Directiva de la Empresa, tendientes a solucionar el grave problema de flujo de fondos a que se ha visto enfrentado nuestro contrato; las cuales con el aporte de sus valiosas gestiones, fueron objeto de aprobación de la Honorable Junta Directiva de la Entidad en la sesión (sic) realizada el día 24 de abril de 1991"* (fl. 456, cdno. 17).

111.5. El 6 y 9 de mayo de 1991, el contratista le envió al interventor el plan de inversión del anticipo aprobado por la Junta Directiva de la EEB en sesión del 24 de abril del mismo año así como los programas de terminación de los edificios de control, S.F.6 y obras exteriores (fls. 458 a 463, 465 y 466 a 475, cdno. 17).

111.6. El 15 de mayo de 1991, las partes y el interventor suscribieron la que se denominó *"Acta de Modificación Unilateral"* (sic) del contrato (copia auténtica, fl. 109, cdno. 5 y fl. 112, cdno 9), en la cual acordaron incrementar el valor del

anticipo indicado en la cláusula sexta, letra a, del contrato principal, en la suma de \$295 054 233,00, para un anticipo total equivalente al 30% del valor del contrato, es decir la suma de \$ 590 108 467,00, el cual se pagaría dentro de los mismos plazos y condiciones estipulados para cuentas de cobro indicados en el contrato, previa presentación por el contratista y aprobación por parte de la empresa del programa de inversión del anticipo, de la cuenta de cobro correspondiente y de la ampliación de la respectiva garantía. Se modificó también lo establecido en el contrato principal sobre elaboración y presentación de actas de obra mensuales, cambiándolo por actas de obra catorcenales y se modificó el contrato principal para establecer que la E.E.B aceptaría la presentación de actas de ajuste provisional, utilizando los últimos índices conocidos y cuando se obtuvieran los índices correspondientes al mes de ejecución de la obra que se ajustaba, el contratista elaboraría y presentaría el acta de ajuste definitivo; la E.E.B sólo aceptaría un acta de ajuste provisional y un acta de ajuste definitivo por cada acta de obra. El acta de modificación, estableció también:

CUARTO.- Se prorrogan los plazos vigentes para la entrega de los edificios de Control y SF6 hasta el 31 de mayo y 30 de junio de 1991, respectivamente. QUINTO.- Las partes acuerdan que dentro de las modificaciones estipuladas en la presente acta, se compensan los eventuales sobrecostos por mayor permanencia del CONTRATISTA. SEXTO.- EL CONTRATISTA se obliga a presentar a la EMPRESA simultáneamente con el programa de inversión del anticipo, una reprogramación de las obras faltantes, con asignación de recursos de tal manera que se garantice la terminación oportuna de las obras.

111.7. El 25 de septiembre de 1991, el contratista solicitó a la interventoría que se le permitiera "... abrir la medición de los Items de pago de acabados y equipos en etapas porcentuales ..." -por tratarse de ítems que requieren una cuantiosa inversión inicial para una más lenta ejecución por etapas-, sin necesidad de que la respectiva actividad estuviera totalmente acabada, lo cual disminuiría la sobrecarga que en ese momento estaban soportando las finanzas del contratista y agilizaría la ejecución de las obras (fls. 397, cdno. 14, 606, cdno. 17 y 471, cdno. 20).

111.8. Como respuesta a la anterior solicitud, el 20 de diciembre de 1991, las partes suscribieron el acta de acuerdo n.º 1, "*medidas y pagos*", en la cual se modificaron las estipulaciones del contrato relativas a la medida y pago de obras ejecutadas, pactándose la procedencia de los mismos respecto de algunos ítems en ejecución, es decir, antes de su terminación; a cambio de esta modificación, DOMUS LTDA., se comprometía a renunciar a cualquier clase de reclamación relacionada con la interpretación y aplicación de la cláusula vigésima octava del contrato -actas y pagos parciales por obra ejecutada- y aceptó que el pago de estos ítems parciales se hiciera en cuenta especial manejada conjuntamente con la interventoría, para uso exclusivo en la obra, debiendo el contratista presentar un programa de inversión que garantizara la mejor utilización de esos recursos (fl. 112, cdno. 8).

111.9. El 8 de enero de 1992 se realizó reunión de la cual se levantó la respectiva acta, entre representantes de la E.E.B., el contratista y el interventor, en cuyo desarrollo se analizó la inversión de los fondos producto del acta de acuerdo n.º 1. Se advirtió al contratista que la empresa contratante no estaba obligada a aceptar que el Banco Popular hiciera descuento alguno de esos fondos para abonar a deudas del contratista a favor de esta entidad financiera, por cuanto se trató de un acuerdo privado entre ellos y el contratista debía asumir esa obligación con sus propios recursos, de tal manera que los correspondientes al acuerdo n.º 1 se destinaran totalmente a las obras; en cuanto a la situación de ejecución de las obras, el contratista manifestó su imposibilidad de terminarlas debido a su grave situación financiera, si la empresa no accedía a brindar soluciones, tales como aceptar el descuento para el Banco Popular, pagar todas las obras parcialmente ejecutadas y pagar el resto por administración delegada o por medio de un fondo rotatorio; la interventoría manifestó que a diciembre 15 de 1991, el valor del anticipo sin amortizar ascendía a \$ 244 000 000 y que era preocupante el incumplimiento de los plazos contractuales y la situación de la obra, a lo cual el contratista contestó que esos plazos debían modificarse por múltiples razones, como la demora en la formalización del acta de obra extra n.º 2, que condujo a que el contratista tuviera que ejecutar tales obras sin poder facturarlas hasta diciembre de 1991; y la variación de las condiciones financieras, que condujo a que el contratista solicitara un anticipo adicional, que sólo recibió en junio de 1991, como parte de la solución parcial de la entidad contratante a los problemas financieros del contratista, quien en ese momento se hallaba en imposibilidad

financiera de terminar el contrato, aunque se comprometió a entregar una propuesta a la empresa, que le permitiera dar cumplimiento a sus obligaciones (fl. 81, cdno 15).

111.10. El mismo día, 8 de enero de 1992, el interventor dirigió oficio al contratista para reiterarle que la E.E.B., no asumió obligación alguna de girar los fondos de la cancelación de las cuentas directamente al Banco Popular, entidad que efectuaría un descuento previamente acordado para abonar a los créditos concedidos a DOMUS LTDA. y el saldo lo acreditaría a esta firma; sostuvo el interventor, que los fondos provenientes del acta de acuerdo n.º 01 debían manejarse conjuntamente entre contratista e interventor con el objeto de que su inversión se efectuara exclusivamente para culminar la obra según un programa de inversión aprobado por la empresa y no era por lo tanto aceptable el descuento propuesto por el contratista respecto de los fondos de la cuenta por obra ejecutada, a favor del Banco Popular; y que los giros se harían a nombre de DOMUS LTDA. y la interventoría, para efectos de la apertura de la cuenta conjunta (fls. 1 a 4, cdno. 17).

111.11. No obstante lo anterior, en oficio del 9 de enero de 1992, el interventor comunicó al contratista la decisión de la E.E.B de aceptar el descuento a favor del Banco Popular respecto de las cuentas pagadas a DOMUS LTDA. a través de la cuenta de manejo conjunto con el interventor, teniendo en cuenta el compromiso ineludible que tenía el contratista con dicho Banco, la imposibilidad de atender esa obligación con otros recursos y la urgencia de la Administración de dar término a los edificios del patio de conexiones (fl. 5, cdno. 17).

111.12. El 13 de enero de 1992, el contratista envió oficio al subgerente del Proyecto Guavio de la E.E.B en el cual reclamó el reconocimiento de la suma de \$568 875 393,00 por concepto de los extra costos extraordinarios que debió asumir a causa de los siguientes hechos (fls. 29 a 77, cdno. 14):

- 1) Suelo diferente al estudio de los pliegos de la licitación;
- 2) Relleno de especificación diferente a lo determinado en los ítems de pago;

- 3) Paros cívicos y huelgas;
- 4) Mal estado de las vías;
- 5) Restricción económica, mayor permanencia;
- 6) Demora en la legalización de obras extras n.º 1;
- 7) Demora en la legalización de obras adicionales;
- 8) Demora en la legalización de obras extras n.º 2;
- 9) Alteración del orden público;
- 10) Modificaciones a las especificaciones y planos;
- 11) Entrega de planos;
- 12) Información insuficiente;
- 13) Lentitud en tramitología;
- 14) Cobro excesivo de los servicios suministrados por EEB.

111.13. Respecto de los numerales 11, 12 y 13, manifestó que no estaban incluidos en el valor reclamado, aunque tenía las pruebas de los extracostos; advirtió así mismo, que el no reconocimiento de esta reclamación podía situar al contratista en imposibilidad de cumplir con sus compromisos financieros, lo que aceleraría la liquidación inconclusa de la obra y *“... por lógica causaría graves daños a la programática general del proyecto (...)”*.

111.14. El mismo 13 de enero de 1992, el contratista se dirigió al subgerente del Proyecto Guavio de la E.E.B., para proponerle varias alternativas tendientes a solucionar los problemas financieros por los que aquel atravesaba, por las razones ya conocidas, que permitieran la terminación de las obras con el reconocimiento de los mayores costos en que incurrió en su ejecución; todas implicaban i) modificación del plazo, ii) descongelamiento de la fórmula de ajuste y iii) reliquidación de ajustes ya pagados; las alternativas eran:

111.14.1. Continuación de los trabajos por el sistema de precios unitarios renegociando algunos precios; el pago de los extracostos se consignaría en cuenta de manejo conjunto y con los recursos del acta de acuerdo 1, serían los fondos iniciales necesarios para continuar los trabajos; paralelamente, se constituiría un fondo rotatorio de \$ 300 millones para pagar las actas de cobro en forma inmediata; el plazo para la terminación de los edificios de

control y SF-6 sería de 3 meses y para el pozo A y demás obras, de 6 meses.

111.14.2. Continuación de los trabajos por el sistema de administración delegada, con unos honorarios del 18%, liquidando a DOMUS LTDA. los trabajos ejecutados hasta la fecha y reconociéndole los extra costos surgidos; se mencionaba también el fondo rotatorio, para atender los gastos del contrato y que el plazo de terminación del edificio de control sería de 2 meses, para el SF-6 de 1 mes y para el pozo A y demás obras, de 4 meses.

111.14.3. Terminación del contrato de común acuerdo, liquidando a DOMUS LTDA. los trabajos ejecutados hasta la fecha y reconociéndole los extra costos surgidos (fl. 447, cdno. 14).

111.15. El 28 de enero de 1992, el contratista dirigió oficio al subgerente del Proyecto El Guavio de la E.E.B. con el fin de manifestar que las alternativas ofrecidas en oficio del 13 de enero no eran condicionamientos para terminar las obras, sino medidas contractual y legalmente autorizadas para corregir los desequilibrios económicos presentados durante la vida del contrato; reiteró las causas que, a su juicio, afectaron el equilibrio económico del contrato y que fueron anunciadas por el contratista desde febrero de 1991, las cuales produjeron ingentes sobrecostos al contratista y afectaron las posibilidades de suministro de recursos para la obra, la cual no era cierto que se hubiera paralizado virtualmente a partir de diciembre de 1991; el contratista manifestó que tampoco compartía el concepto de la empresa sobre la mala dirección de la obra, en vista de la calidad de los trabajos entregados y las difíciles circunstancias en que fueron ejecutados y a su juicio ocurrió que *"...los déficit de tesorería originados en las circunstancias imprevistas e imprevisibles por las que ha transitado el contrato han traído serias consecuencias financieras y programáticas cuyo control escapa a cualquier Director de Obra, como también la problemática financiera ha traído graves consecuencias programáticas en la ejecución de la totalidad del proyecto"*; el contratista solicitó que se tuvieran en cuenta sus peticiones para llegar a una solución equitativa que permitiera la terminación de la obra (fl. 449, cdno. 14).

III.3. Las multas

112. En relación con los antecedentes de las multas impuestas, se observa que el 18 de diciembre de 1991, el gerente de la E.E.B., se dirigió al contratista para informarle que la Junta Directiva de la empresa, en vista de sus sucesivos incumplimientos, debidos a la deficiente organización de la obra y a pesar del tratamiento favorable desde el punto de vista financiero que se le había brindado, impartió instrucciones a la Administración en el sentido de imponer multas al contratista y exigirle el cumplimiento del compromiso contractual de terminar los trabajos en el menor tiempo posible para minimizar los perjuicios que se podían derivar para la entidad de tener que entregarle tardíamente el sitio de las obras al otro contratista encargado del montaje (fl. 433, cdno. 14).

113. El 23 de diciembre de 1991 el contratista dio respuesta al aviso de la imposición de multas, mediante oficio dirigido al gerente de la E.E.B., en el cual expuso las razones por las cuales se presentaron atrasos en la ejecución de las obras y que a su juicio no le eran imputables, por lo cual solicitó reconsiderar la decisión; se refirió específicamente a las obras adicionales y extras – especialmente la aprobación y legalización de las obras extras n.º 2 en el mes de noviembre de 1991-, y a la prohibición legal de ejecutarlas antes del perfeccionamiento del respectivo convenio, enunciando una serie de obras extras del acta de obra extra n.º 2 que eran antecedentes, precedentes y necesarias para la ejecución de otras obras en los diferentes edificios; aludió así mismo a la cláusula décima cuarta del contrato, que establecía la adición del plazo cuando se pactaran obras extras, por lo cual solicitó tener en cuenta esta circunstancia y más bien ajustar el plazo del contrato a la realidad de su ejecución, pues no era justa la intención de sancionar al contratista por el atraso en la entrega de unas obras y trabajos, con anterioridad al perfeccionamiento del acuerdo sobre las obras extras que las mismas contenían y tales multas agravarían la situación de flujo de caja y liquidez del contratista y sus relaciones con sus proveedores de bienes y servicios y de recursos financieros, cuando lo que debían buscar era la colaboración entre las partes, para sacar adelante la obra (fls. 434 a 437, cdno. 14).

114. El 26 de diciembre de 1991, el señor Carlos Angulo Galvis –de la firma interventora- dirigió oficio a CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., con el fin de quejarse de su poca colaboración para agilizar el desembolso de la primera cuenta correspondiente al acta n.º 1 e imprimirle de esta manera dinámica a la obra, toda vez que a pesar de haber hablado el 20 de diciembre de 1991 con el ingeniero Frank Paba (representante de DOMUS LTDA.) de la necesidad de presentar revisado el plan de inversiones, por solicitud de la E.E.B., y de haberse éste comprometido a entregarlo el 23 de diciembre, no lo hizo; y cuando el señor Angulo Galvis llamó a DOMUS LTDA., le informaron los celadores que todo el personal estaba de vacaciones y no volvían sino hasta el 2 de enero; por lo tanto, manifestó su inconformidad con este nuevo incumplimiento “... *que no se compadece con la situación de la obra y con sus planteamientos hechos a la Administración y a la Junta Directiva de la Empresa*” (fl. 649, cdno. 11).

115. El 10 de enero de 1992, la interventoría requirió al contratista para que reactivara la obra, toda vez que “*A partir del 20 de diciembre de 1991, el Contratista suspendió unilateralmente la ejecución de las principales actividades necesarias para la terminación de las obras materia del Contrato de la referencia, como consecuencia de la falta de recursos tales como materiales, equipos, personal, etc.*”, agravando aún más los atrasos de la obra (fl. 7, cdno. 17).

116. El 13 de enero de 1992, el interventor envió al contratista un listado que resumía las observaciones o instrucciones hechas por aquel en las distintas actividades de la obra y que no habían sido tenidas en cuenta por el contratista, pero que eran indispensables para su terminación y el recibo de conformidad por parte de la E.E.B (fls. 9 a 14, cdno. 17).

117. El 15 de enero de 1992, fue proferida la resolución n.º 85, por medio de la cual se impusieron multas a DOMUS LTDA. (fl. 165, cdno. 1).

III.4. La declaratoria de caducidad y de incumplimiento del contrato

118. Con posterioridad a la imposición de las multas, se observa que el 16 de enero de 1992, el interventor envió oficio al contratista para manifestar que tomaba nota del nombramiento del arquitecto Fabio Niño como nuevo director de obra y le señaló su preocupación por los continuos cambios en la dirección de ese contrato -5, en los 18 meses desde la iniciación de los trabajos- al tiempo que advirtió que el nuevo director debía contar con el respaldo de DOMUS LTDA., en cuanto al suministro oportuno y adecuado de todos los recursos necesarios para terminar los edificios en el menor tiempo posible (fl. 20, cdno. 17).

119. En la misma fecha, 16 de enero de 1992, el interventor envió al contratista una lista con los principales trabajos eléctricos faltantes y las cantidades de materiales faltantes también, observando que el retraso de las instalaciones eléctricas era uno de los aspectos que más estaban incidiendo en la situación de atraso general de la obra (fls. 21 a 28, cdno. 17).

120. Mediante oficio del 12 de febrero de 1992, el interventor advirtió al contratista que en los últimos días se habían retirado de las obras equipos y elementos indispensables para su terminación, sin autorización de la empresa, como lo señala el contrato, por lo cual le solicitó dejar de retirarlos y antes bien, reintegrar los que ya lo habían sido, solicitud que reiteró en oficio del 26 de febrero de 1992, en el cual señaló que el contrato seguía vigente, no había sido liquidado y por lo tanto subsistían las obligaciones del contratista, incluida su responsabilidad de terminar las obras (fls. 29 y 30, cdno. 17).

121. El jefe de pagaduría y cobranzas de la E.E.B., expidió informe del 1º de febrero de 1996 sobre los descuentos hechos respecto de varias órdenes de pago por concepto de embargos al contratista DOMUS LTDA., así:

| O. PAGO | AÑO | JUZGADO | VALOR |
|----------------|------------|-------------------------------|--------------|
| 219005 | 1991 | 9º Civil del Circuito de Bgtá | |
| | | Oficio No. 1079 | 1'980.000,00 |

122. Este funcionario, mediante oficio del 1º de febrero de 1996 dirigido a la unidad de asuntos litigiosos de la E.E.B., le informó sobre 7 órdenes de pago a favor del contratista, respecto de las cuales debieron hacerse descuentos por embargos judiciales ordenados por varios juzgados en los años 1991 y 1992 (fl. 66, cdno. 15).

123. El 19 de mayo de 1992, el subgerente del Proyecto Guavio de la E.E.B., envió oficio al contratista con el propósito de comunicarle que el comité de gerencia de la empresa en reunión del 13 de abril de 1992 había autorizado ampliar el plazo del contrato por 3 meses a partir de esa fecha, por lo cual le solicitaba al contratista ampliar las correspondientes garantías (fl. 477, cdno. 14).

124. El 20 de mayo de 1992, el contratista contestó la anterior solicitud afirmando que el contrato ya vencido no se podía adicionar; además que no encontraba la explicación para tal decisión cuando el contrato estaba en etapa de liquidación y el contratista ya había entregado las obras a la entidad contratante (fl. 479, cdno. 14).

125. En oficio del 22 de mayo de 1992, el contratista se dirigió nuevamente al gerente de la E.E.B., para reiterarle que el contrato no fue legalmente adicionado ni modificado unilateralmente, que se estaba desconociendo el acuerdo de liquidación al que habían llegado las partes según memorando del 6 de marzo de 1992 en el cual se ofreció el pago de \$ 240 millones y la eliminación de las multas, acuerdo que insistió fuera respetado y de lo contrario que se entendiera que procedería a la convocatoria de un tribunal de arbitramento (fls. 487 a 501, cdno. 14).

126. El 25 de mayo de 1992, el gerente de la E.E.B., le insistió al contratista para que suscribiera y ampliara las garantías del contrato en virtud de la adición del

plazo aprobada por el comité de gerencia de la empresa, según acta n.º 1007 del 13 de abril de 1992, día en que vencía el contrato sin que aún se hubiera logrado su liquidación, lo que motivó precisamente dicha adición (fl. 502, cdno. 14).

127. El 5 de junio de 1992, el gerente de DOMUS LTDA., fue citado a la E.E.B., para que se notificara de las resoluciones 7984, 7985 y 7986 del 25 de mayo de 1992 (fl. 505, cdno. 14).

128. El contratista interpuso recurso de reposición el 7 de junio de 1992 en contra de la resolución 07986 del 25 de mayo de 1992, por medio de la cual la E.E.B., declaró la caducidad del contrato 5168 del 27 de febrero de 1990, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de \$ 196 702 822,00, se ordenó hacer efectivas las garantías de cumplimiento y de correcta inversión del anticipo expedidas por la Compañía de Seguros La Universal S.A., y Seguros Alfa S.A., se ordenó hacer efectivas las multas impuestas al contratista, se ordenó la liquidación del contrato y descontar las sanciones de las sumas debidas al contratista (fls. 80 a 200, cdno. 14).

129. El 8 de septiembre de 1992, la EEB profirió la Resolución n.º 11317, por medio de la cual revocó el artículo 1º de la resolución n.º 07986 del 25 de mayo de 1992 y en su lugar declaró el incumplimiento del contratista y confirmó las demás partes de la resolución recurrida (fl. 227 a 265, cdno. 2), toda vez que si bien aceptó que la declaratoria de caducidad fue extemporánea, por haber sido proferida con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, 13 de abril de 1992, también era cierto que el contratista, injustificadamente, no terminó dentro de los plazos contractuales la totalidad de las obras acordadas:

El incumplimiento del contratista a sus obligaciones contractuales, con relación a la terminación y entrega de los Edificios objeto del contrato, se demuestra al observar las obras que ejecutó el contratista en cada edificio y las que dejó de realizar de acuerdo con lo siguiente:

1. *Construcción del Edificio del Pozo B. Ejecutado: 90%. Faltó terminar los acabados arquitectónicos, las instalaciones eléctricas, pinturas y puertas.*

2. *Edificio Subestación Exterior SF6. Ejecutado: 91%. Faltó terminar las estructuras menores en la zona de transformadores, instalaciones eléctricas, acabados arquitectónicos, pinturas, puertas, rejillas, pisos.*

3. *Edificio de Control. Ejecutado: 74%. Faltó terminar instalación eléctrica; el sistema de aire acondicionado, la instalación de la fachada flotante; los pisos falsos; acabados arquitectónicos; pintura: exterior (100%) interior (70%) pisos (60%); instalación de ventanas y puertas; cielo rasos modular (100%).*

4. *Obras exteriores. Se adelantó un 59%. Faltó el sistema de alumbrado, malla de cerramiento, pavimentos y andenes, alcantarillado y drenaje, arborización y señalización.*

5. *Edificio Pozo A. Caseta de Malacates y Caseta de Control. Faltó en su totalidad (100%).*

Hasta la terminación de sus actividades en la obra, el contratista facturó a la Empresa un valor total de \$1.576.4 millones a origen del contrato, equivalente al 80% del valor total estimado del contrato.

El saldo del anticipo pendiente por amortizar a la fecha, asciende a la suma de \$ 233.420.357,00 M/Cte.

130. La E.E.B., expidió la resolución n.º 20548 del 2 de abril de 1993, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución n.º 11317 del 8 de septiembre de 1992, confirmándola (fl. 507, cdno. 14).

III.5. La liquidación del contrato

131. El 2 de marzo de 1992, el interventor le reiteró al contratista la solicitud de designar a la persona y el personal necesario autorizado para realizar conjuntamente la labor de medición y valoración de las obras parcialmente ejecutadas y los materiales almacenados en la obra, así como enviar la información certificada por los subcontratistas del estado de cada subcontrato; el 6 de marzo de 1992, el contratista envió al interventor el nombre del arquitecto designado para llevar a cabo las labores anteriormente referidas y adjuntó un cuadro de liquidación previa de los subcontratos, con el saldo a cancelar para su debida terminación, certificados por los subcontratistas (fls. 456 y 457, cdno. 14 y fl. 31, cdno. 17).

132. El 16 de marzo de 1992, el interventor envió comunicación a DOMUS LTDA. para reclamar por la inasistencia hasta esta fecha, del arquitecto Fabio Niño, que el contratista había informado que se haría presente en la obra a partir del 9 de marzo para efectuar conjuntamente la medición y valoración de las obras por facturar en el estado en que se encontraban y de los materiales almacenados en la obra (fl. 33, cdno. 17).

133. El 24 de marzo de 1992, el contratista se dirigió al gerente de la E.E.B., para informarle su disposición inmediata para que la entidad tomara posesión de las obras que le fueron confiadas en desarrollo del contrato, dejando constancia de que *“(...) lo anterior no significa en manera alguna que la Empresa pierda la facultad para hacer uso de las facultades legales y contractuales en el momento que así lo estime conveniente”* (fl. 464, cdno. 14).

134. El 3 de abril de 1992, el interventor envió oficio al contratista con el fin de expresar su preocupación por la lentitud con que se estaban adelantando las labores de medición de cantidades de obra, requeridas para la elaboración del balance de obra ejecutada, lo cual atribuyó al retraso con el que llegó a la obra el arquitecto Humberto Elejalde, designado para participar por parte de DOMUS en tal actividad y a su falta de conocimiento de la historia de la obra, lo que se vio agravado por el retiro del arquitecto ayudante Héctor Durán, quien había participado en la preparación de las actas de obra ejecutada de los últimos 6 meses, la falta del ingeniero eléctrico de DOMUS para definir esa parte de la obra,

la imposibilidad de efectuar el inventario de materiales por falta de personal y el abandono de la obra por parte del personal de DOMUS por incidentes con antiguo personal de esta firma (fl. 35, cdno. 17).

135. El 5 de mayo de 1992, el interventor dirigió oficio al contratista para consignar su desacuerdo con la liquidación que éste hizo respecto de los materiales disponibles en la obra, sobre los cuales calculó un porcentaje de AIU del 34%, que para el interventor resultaba inaceptable, como también lo era que a esa fecha no se dispusiera de una información clara y completa acerca del estado de cuentas entre DOMUS LTDA. y los 12 subcontratistas, por lo cual lo requirió para mandarla a la mayor brevedad (fl. 465, cdno. 14 y fl. 85, cdno. 17).

136. El mismo día, 5 de mayo de 1992, el contratista respondió la anterior petición y al efecto manifestó haber enviado toda la información requerida sobre los subcontratos y solicitó que se le aclarara cuáles eran los puntos que se echaban de menos; en cuanto al porcentaje de AIU, le dijo al interventor que certificara cuál era el que se pagaba en su propio contrato y que el contratista se atendería al mismo (fl. 467, cdno. 14).

137. En oficios del 15 y 18 de mayo de 1992, el contratista manifestó a la E.E.B., que sí existía acuerdo entre él y la interventoría sobre los términos de la liquidación del contrato y que la misma empresa le había efectuado una oferta de liquidación de común acuerdo que contemplaba el pago total incluyendo los sobrecostos en que incurrió el contratista, por valor de \$ 240 millones, por lo que no entendía por qué se estaba afirmando que no existía tal acuerdo; advirtió además, que la caducidad del contrato no sería procedente por haberse vencido el plazo de ejecución de las obras (fls. 469, 470 y 473, cdno. 14).

138. El 20 de mayo de 1992, el gerente de la E.E.B., envió oficio al contratista en el que explicó cómo no era cierto que hubiera acuerdo entre la interventoría y el contratista sobre la liquidación del contrato, pues existían discrepancias entre las cuentas de uno y otro, que arrojaban así mismo una diferencia de \$ 49 millones; sostuvo el gerente que tampoco era cierto que algunos subcontratistas ya

hubieran despachado materiales a la obra, pues a pesar de los pagos hechos en virtud del acta de acuerdo n.º 1, en la que el compromiso era despachar materiales y elementos, no se habían recibido en la obra los provenientes de los subcontratistas; manifestó que, efectivamente, hubo acercamientos tendientes a obtener la liquidación del contrato, pero obviamente para ello era necesario un proceso de análisis y comprobación de la obra, en el cual el contratista no fue muy colaborador; le informó así mismo que la empresa no podía aceptar la cesión de los subcontratos, pues no contaba con suficientes garantías sobre su cumplimiento y ello podría implicarle mayores costos, todo debido a que a pesar de las solicitudes efectuadas desde hacía 4 meses al contratista, éste no había aportado las cartas formales de los subcontratistas garantizando que terminarían sus labores sin pago adicional a cargo de la empresa; se refirió a las protestas de los trabajadores de DOMUS LTDA. por la falta de pago de sus salarios y prestaciones y a la falta de retiro de instalaciones del contratista que estaban entorpeciendo las labores de otros contratistas, para concluir, de todo lo anterior, que ante la falta de colaboración del contratista para la liquidación del contrato, la empresa procedería a tomar las decisiones que considerara pertinentes (fl. 482, cdno. 14).

139. Obra informe de costos del contrato enviado por el interventor a la E.E.B., el 3 de marzo de 1993, contentivo del balance final, del cual se desprende que el contratista ejecutó el 92.6 % del edificio del pozo B, el 95.2% del edificio SF-6, el 66.6% del edificio de control y el 53.5% de las obras exteriores y no ejecutó ninguna obra correspondiente al edificio del pozo A; se realizaron obras adicionales por valor de \$ 54 169 578,00 y obras extras por valor total de \$ 254 700 000,00, equivalentes a un 12,9% del valor estimado del contrato (acta de obra extra n.º 1: 3.2%; y acta de obra extra n.º 2: 9.7%); se agrega además, que fueron eliminadas o disminuidas las cantidades de algunos ítems contractuales, mientras que en otros las cantidades por ejecutar superaron los estimativos iniciales, todo lo cual redundó en un mayor valor del 5.6% del valor estimado inicialmente; el resumen de los valores correspondientes al total de la obra prevista para cada uno de los edificios y obras exteriores, el valor de la obra ejecutada por el contratista en cada caso y el valor de la obra faltante por ejecutar, lo plasmó en el siguiente cuadro (fls. 68 y sgtes., cdno. 15) :

EDIFICIO PATIO DE CONEXIONES

CONTRATO No. 5168

| <i>Edificio</i> | <i>Total</i> | <i>V. obra</i> | <i>obra</i> | |
|-------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------|
| | <i>Previsto</i> | <i>ejecutada</i> | <i>faltante</i> | |
| | | | <i>Vr.</i> | <i>%</i> |
| | <i>\$ Millones</i> | <i>\$ Millones</i> | <i>\$ Millones</i> | |
| <i>POZO B</i> | <i>150.4</i> | <i>139.3</i> | <i>11.1</i> | <i>7.4</i> |
| <i>SF-6</i> | <i>892.7</i> | <i>849.7</i> | <i>43.0</i> | <i>4.8</i> |
| <i>CONTROL</i> | <i>658.9</i> | <i>438.8</i> | <i>220.1</i> | <i>33.4</i> |
| <i>EXTERIORES</i> | <i>225.3</i> | <i>120.6</i> | <i>104.7</i> | <i>46.5</i> |
| <i>SUBTOTAL</i> | | | <i>378.9</i> | |
| <i>POZO A</i> | <i>150.4</i> | <i>-</i> | <i>150.4</i> | <i>100.0</i> |
| | | | | |
| <i>TOTAL</i> | <i>2077.7</i> | <i>1548.4</i> | <i>529.3</i> | |
| <i>25.5</i> | | | | |

Valores en millones de pesos, a origen del contrato, octubre de 1989

140. El 10 de abril de 1995, la E.E.B., expidió la resolución n.º 002124 de liquidación unilateral del contrato n.º 5168 celebrado con CONSTRUCCIONES DOMUS LTDA., la cual arrojó un saldo a favor de la entidad contratante por la suma de \$ 407 814 550,00 y contiene el siguiente corte de cuentas (fl. 5, cdno. 16):

BALANCE DEL CONTRATO

A. Balance Fiscal

1. Valor del Contrato a precios de octubre de 1989

| | |
|----------|------------------|
| CONTRATO | \$ |
| Inicial | 1.967.028.221.00 |

2. Valor de las obras ejecutadas a precios de octubre de 1989

| | |
|--|------------------|
| | \$ |
| Valor Obra Principal | 1.395.509.572.81 |
| Valor Obra Adicional | 28.959.877.78 |
| Valor Obras Extras | 124.870.014.17 |
| Otros Conceptos | 31.960.643.68 |
| Total Obra Ejecutada (a origen del Contrato) | |
| para efectos Fiscales | 1.581.300.108.44 |
| % ejecutado (a origen del Contrato) | |
| para efectos Fiscales | 80.4% |

B. Balance del Contrato

OBRA

| Concepto | Valor ejecutado | Valor facturado |
|--------------------------|--------------------|-------------------|
| Actas de obra | \$1.395.509.572,81 | |
| \$1.433.793.433,10 | | |
| Actas de ajuste de obra | \$ 528.458.070,58 | \$ 546.156.873,50 |
| Obra adicional | \$ 28.959.877,78 | \$ 27.506.876,50 |
| Actas de ajuste | \$ 14.592.882,41 | \$ 13.860.715,06 |
| Obras Extras | \$ 124.870.014,17 | \$ 115.127.599,93 |
| Actas de ajuste de Obras | | |
| Extras | \$ 58.014.425,77 | \$ 53.476.597,74 |
| Materiales en obra | \$ 45.225.281,00 | |
| Trabajos varios | \$ 2.751.477,00 | |

| | | | |
|------------------------|--|----|-------|
| <i>Ajustes al peso</i> | | \$ | 38,17 |
|------------------------|--|----|-------|

| | | | |
|-----------------|--------------------|--|--------------------|
| <i>Subtotal</i> | \$2.198.381.601,52 | | \$2.189.922.134,00 |
|-----------------|--------------------|--|--------------------|

| | | | |
|---|--|----|--------------|
| <i>Saldo por obra a favor del Contratista</i> | | \$ | 8.459.467,52 |
|---|--|----|--------------|

| | | | |
|-----------------------------|--------------------|--|--------------------|
| <i>VALOR TOTAL CONTRATO</i> | \$2.198.381.601,52 | | \$2.198.381.601,52 |
|-----------------------------|--------------------|--|--------------------|

DEDUCCIONES

Valor a deducir

Valor descontado

y/o pagado

| | | | |
|------------------------------|------------------|--|------------------|
| <i>Suministro de energía</i> | \$ 13.175.231,00 | | \$ 21.128.272,00 |
|------------------------------|------------------|--|------------------|

| | | | |
|-------------------------|---------------|--|---------------|
| <i>Colegio La Salle</i> | \$ 929.600,00 | | \$ 929.600,00 |
|-------------------------|---------------|--|---------------|

| | | | |
|--------------------------------|------------------|--|------------------|
| <i>Alojamiento y servicios</i> | \$ 48.424.956,00 | | \$ 31.092.443,00 |
|--------------------------------|------------------|--|------------------|

| | | | |
|----------------------------|------------------|--|--|
| <i>Elementos faltantes</i> | \$ 12.271.483,00 | | |
|----------------------------|------------------|--|--|

| | | | |
|---------------|------------------|--|------------------|
| <i>Multas</i> | \$196.702.822,00 | | \$ 36.920.760,00 |
|---------------|------------------|--|------------------|

| | | | |
|---------------------------------|-----------------|--|--|
| <i>Demolición instalaciones</i> | \$ 1.420.644,00 | | |
|---------------------------------|-----------------|--|--|

| | | | |
|-----------------|------------------|--|------------------|
| <i>Subtotal</i> | \$272.924.736,00 | | \$ 90.071.075,00 |
|-----------------|------------------|--|------------------|

| | | | |
|------------------------------|--|--|------------------|
| <i>Saldo por deducciones</i> | | | \$182.853.661,00 |
|------------------------------|--|--|------------------|

Total deducciones a

| | | | |
|---------------------|------------------|--|------------------|
| <i>favor de EEB</i> | \$272.924.736,00 | | \$272.924.736,00 |
|---------------------|------------------|--|------------------|

Valor entregado

Valor amortizado

| | | | |
|------------------|------------------|--|------------------|
| <i>Anticipos</i> | \$590.108.467,00 | | \$356.688.110,00 |
|------------------|------------------|--|------------------|

Saldo por anticipo a

favor de EEB.

\$233.420.357,00

Subtotal

\$590.108.467,00

\$590.108.467,00

TOTAL SALDO A FAVOR

DE EEB.

\$ 407.814.550,00.

III.6. Dictamen pericial y objeción por error grave

141. En el plenario se practicaron 2 pruebas periciales: En el proceso 8365, por los ingenieros Ramiro Adán Guáqueta y Marco Aurelio Farfán y en el proceso 9169, por los ingenieros civiles Jaime Farías Parra y Rafael Silva Valenzuela (fls. 178 a 169, cdno. 9 y fls. 734 a 765, cdno. ppl) y en ambos casos, la pericia fue solicitada por la parte actora con el fin de que los ingenieros i) establecieran si hubo o no entrega oportuna de planos por parte de la E.E.B., según lo estipulado en el contrato y en forma tal que permitiera iniciar adecuadamente los trabajos con arreglo al programa inicial de obra entregado por el contratista y aprobado por la empresa; ii) conceptuaran sobre los atrasos en el programa de ejecución de obras en razón de la entrega tardía de zonas de trabajo y planos de construcción, modificaciones al proyecto con obras extras y adicionales y los sucesos que originaron la reclamación presentada por DOMUS el 13 de enero de 1992; y iii) determinaran las consecuencias de los anteriores hechos sobre la facturación del contratista y la afectación de los presupuestos económicos tenidos en cuenta por éste para la programación y ejecución de las obras.

142. En el dictamen proferido dentro del proceso 8365, los peritos, sobre el primer punto, manifestaron que de acuerdo con los términos de la cláusula décima quinta del contrato sobre los plazos para la entrega y revisión de planos, en relación con

varios ellos se dieron múltiples revisiones que implicaron retrasos en las fechas de programación de las obras, pues de conformidad con la ruta crítica, unas actividades son necesarias para dar inicio a otras; enunciaron las principales fechas de entrega de los planos para distintas actividades, aplicándoles a las mismas el plazo con que -según su interpretación de la cláusula contractual- contaba el contratista para hacerles comentarios y revisiones y devolverlos a la Administración -2 meses-, lo que dio como resultado, a juicio de los peritos, que la entidad “... *no cumplió en un todo con la entrega de los planos de construcción para las diferentes actividades, lo cual conllevó a un atraso de 4 meses de programación inicial de las obras*”.

143. Sobre el segundo punto, los peritos consideraron que los atrasos presentados en la obra del edificio de control y obras exteriores eran imputables a la no entrega oportuna de los planos por parte de la empresa; además, que las obras extras aprobadas por la E.E.B., necesitaban mínimo 2 meses de ampliación del plazo para las actividades que afectaban, por cuanto también requerían de planos, sujetos a revisión, observaciones y aprobación, según los términos de la cláusula décima quinta del contrato.

144. En relación con la reclamación del contratista del 13 de enero de 1992 –en la que éste pidió el reconocimiento de una serie de extracostos a la entidad contratante-, manifestó que “(...) *los numerales 1, 2, 6, 7, 8, 10 y 11 afectan técnica y económicamente el normal desarrollo de las obras (...)*”, enunciando a continuación las razones: necesidad de hacer análisis de precios unitarios de nuevos ítems y reprogramación de obras adicionales o extras, que requieren tiempo para su aprobación y ampliación de los plazos de ejecución; ejecución de obras con recursos propios por no contar con anticipos, lo cual afecta el sistema de financiación previsto; suspensión temporal de obras por revaluación de diseños, cuestión que altera el normal rendimiento laboral.

145. Sobre las consecuencias de los retrasos, los peritos hicieron unos cálculos con base en el cuadro de inversiones suministrado por el contratista, para deducir las afectaciones económicas por causa de aquellos, lo cual los llevó a concluir que teniendo en cuenta la inversión inicial programada: \$1 980 786 000, el plazo para

ejecutar las obras: 21 meses –del 15 de junio de 1990 al 16 de marzo de 1992-, la inversión mensual: \$ 93 668 011,00/mes, la inversión real efectuada por el contratista: \$ 1 392 920 552, es decir \$66 329 550,00/mes, y según el valor de obra faltante: \$ 587 865 448, “... *el tiempo que conllevaría ejecutar la obra faltante, a la rata de desarrollo del contrato inicialmente contratada \$587'865.448 / \$93'668.011 \$/mes = 6,3 meses*”; atraso que consideraron causado por “(...) *la no entrega oportuna de zonas de trabajo, planos de construcción, obra extra, obra adicional, paros cívicos, mal estado de las vías, etc. (...)*”, lo que tuvo como consecuencia para el contratista el pago adicional de maquinaria y equipo, mano de obra y gastos administrativos necesarios para la terminación de las obras objeto del contrato y que constituyeron un perjuicio por mayor permanencia en la obra por valor total de \$ 352 719 268,8; a esta cantidad, le sumaron \$9 983 996,02, suma correspondiente al perjuicio económico que sufrió el contratista por el no pago oportuno de la obra extra y adicional, lo que arrojó un valor total de la afectación de los presupuestos económicos que tuvo en cuenta el contratista, de \$ 442 703 264,90.

146. En el proceso 9169, los ingenieros civiles Jaime Farías Parra y Rafael Silva Valenzuela, también dictaminaron que la empresa no entregó los planos en forma “(...) *racionalmente adecuada y oportuna*” al contratista, ya que tuvieron que ser objeto de varias revisiones, lo que ocasionó graves atrasos en todos los frentes de trabajo; afirmaron que los planos “(...) *debían ser revisados por DOMUS en un plazo contractual de 30 días y aprobados por la EEB en un plazo contractual de 30 días más, lo que sumaba 60 días. Plazos que en la realidad no se pudieron cumplir sin causar demoras en la ejecución de las obras, como en efecto sucedió*”; y para explicar el fundamento de esta conclusión, manifestaron los peritos que “*Es tan denso el fenómeno gráfico de descripción de las fechas tardías del proceso de entrega de planos que resulta muy confusa y prácticamente imposible su explicación plano por plano (...)*”, razón por la cual anuncian que realizaron un gráfico en el cual mostraban con líneas rojas continuas y discontinuas regresivas el efecto retardante respecto a los plazos establecidos en la programación de la obra, gráfico que la Sala no halló en el plenario.

147. Los peritos también manifestaron que, aparte de la falta de entrega oportuna de los planos necesarios para la ejecución de las obras, para la fecha de su

iniciación la E.E.B tampoco había entregado los terrenos propios para la “explotación de préstamos”, ni la zona de localización para la explotación de materiales pétreos; por otra parte, para el 31 de junio de 1990, el contratista Campenon no había entregado la zona excavada donde se debían ejecutar las obras por parte de DOMUS y por lo tanto, para esa fecha, la E.E.B. no le había suministrado la topografía correspondiente para iniciar la localización de las obras. Estas circunstancias imputables a la entidad demandada, a juicio de los peritos, fueron las que produjeron el deterioro del programa aprobado, en el cual también tuvieron incidencia las obras extras y adicionales, para cuya ejecución no se concedieron los plazos adicionales necesarios.

148. En relación con la reclamación que por sobrecostos efectuó el contratista a la E.E.B. el 13 de enero de 1992, los peritos consideraron que la misma tenía fundamento, pues los mismos fueron causados “(...) *por hechos reales sucedidos hasta esa fecha, de tal gravedad que algunos se pueden catalogar de atentatorios contra la seguridad personal y administrativa de DOMUS (orden público). Estos hechos hacen referencia a Geología diferente a la esperada, especificaciones de rellenos, huelgas, paros cívicos y alteraciones del orden público, mal estado de las vías, mayor permanencia del contratista en la obra, demora en legalización de obra extra, cambio de especificaciones, demora en la entrega de planos, información incompleta y cobro excesivo de servicios. Al respecto los peritos revisaron los documentos que por la época se produjeron, los cuales refieren la ocurrencia de los hechos expuestos por el Contratista*”.

149. Sostuvieron los peritos, que los retrasos fueron causados por hechos atribuibles a la E.E.B., como la no entrega oportuna de los planos, topografía y terrenos, la demora injustificada de la aprobación de las obras extras desde el mes de mayo de 1990 hasta diciembre de 1991, las cuales eran indispensables para la ejecución de las establecidas en el programa inicialmente aprobado, porque secuencialmente antecedían o se intercalaban entre ellas y la exigencia de otras obras no contempladas que hizo la EEB el 23 de noviembre de 1991. A tales retrasos, también contribuyó en forma importante la afectación producida por los extracostos no atendidos por la EEB, “*lo cual agravó las penurias económicas ya afectadas por no facturar oportunamente las obras extras*”.

150. Los auxiliares de la justicia afirmaron que tales retrasos tuvieron incidencia en la facturación prevista inicialmente y en los presupuestos económicos del contratista, por cuanto si no podía ejecutar obra –por falta de localización del proyecto, no entrega de terrenos y planos, alteraciones de orden público-, no la podía facturar como no podía facturar los precios para obras extras que no estaban legalizados. Sostuvieron que:

Si tenemos en cuenta que los primeros planos fueron recibidos y rechazados por DOMUS el día 22 de junio de 1990 y que tales planos le fueron entregados nuevamente el 4 de julio siguiente, por éste concepto y según lo pactado en el contrato, la obra podría comenzarse 60 días después, el 4 de septiembre de 1990 o sea 80 días después de impartida la orden de iniciación (14 de junio de 1990). Como hemos visto, la demora en la entrega de planos se repitió durante todo el tiempo que permaneció el Contratista en la obra. Los hechos contenidos en las reclamaciones presentadas por el contratista, por requerimientos básicos el 28 de enero de 1991 y por extracostos el 13 de enero de 1992, establecen cantidades de tiempo perdido, muchos de ellos imposibles de determinar con certeza por los peritos pues solo se cuenta con algunas referencias.

CONCEPTO: Indiscutiblemente se presentaron hechos ajenos al control del contratista que impidieron el avance programado de las obras y en consecuencia su facturación de acuerdo con las expectativas del contratista y la afectación consecuente de los presupuestos económicos previstos para la ejecución normal de las obras”.

151. Los peritos también conceptuaron que hubo dilación injustificada de la entidad contratante en la aprobación de las obras extras, las cuales eran indispensables para la culminación de las obras contratadas y el contratista no podía cobrarlas hasta que estuvieran legalizadas, lo que lo perjudicó económicamente pues le produjo iliquideces; consideraron que *“La aparición de obras extras no contempladas en el contrato inicial necesariamente requieren un tiempo adicional para su ejecución, por cuanto no podían ser tenidas en cuenta al momento de elaborar los programas de trabajo”.*

152. Sobre la afectación económica derivada de las anteriores circunstancias, los peritos procedieron a calcular el monto que de cada acta de obra extra tuvo que financiar el contratista, por no haber recibido su pago oportunamente: Del acta de obra extra n.º 1: \$ 19 002 308; y del acta de obra extra n.º 2: \$ 78 649 881.

153. Y conceptuaron que *“No podía DOMUS cumplir o ser obligado a ejecutar obras no contratadas y además sin contar con plazos adecuados para los nuevos propósitos. Creemos que la EEB excedió su derecho contractual y perjudicó notoriamente al Contratista tal como se demuestra en el gráfico comparativo de obras programadas, proceso administrativo y demoras⁴⁶. Los plazos establecidos en un programa de trabajo se determinan entre otros factores, por las cantidades de obra a ejecutar, es lógico deducir que si aparecen mayores cantidades de obra de las estipuladas inicialmente u obras nuevas no contempladas en los diseños conocidos al momento de calcular la duración de los trabajos, estas mayores cantidades de obra y la ejecución de obras nuevas, de elemental lógica requieren mayores tiempos de trabajo (...)*”.

154. Finalmente, procedieron a liquidar los perjuicios sufridos por el contratista con ocasión de la demora de la Administración en la entrega de los planos para iniciar las obras –que debió producirse con una antelación de 60 días para la revisión de las partes y se produjo 20 días después de la orden de iniciación-, lo que produjo un retraso en la ejecución total del contrato de 80 días, incluyendo en éstos, las demoras por las reclamaciones básicas del contratista –terrenos, localizaciones, topografía, paro cívico, vías, etc.-; calcularon, con base en los valores de la propuesta del contratista, la facturación diaria del primer semestre de la obra y la multiplicaron por los 80 días, lo que arrojó un valor de \$ 360 444 444,80 –que actualizado a la fecha del peritazgo, diciembre de 1994, equivalía a \$ 946 356 886,60-, que incluía costos y utilidades esperadas; por la demora en la legalización y pago de las obras extras y obras adicionales, calcularon intereses bancarios corrientes por el periodo comprendido entre el inicio de su ejecución hasta el pago de la primera cuenta, promediando el tiempo para la aplicación de las tasas, lo que arrojó \$ 1 950 191,03 por el acta de obra extra n.º 1 (valor actualizado: \$ 4 473 603,43), \$ 16 424 061,40 por el acta de obra extra n.º 2 (valor

⁴⁶ La Sala no halló tal gráfico en el expediente.

actualizado: \$ 33 849 577,85) y \$ 3 758 630,14 para las obras adicionales (valor actualizado: \$ 8 085 867,33).

155. La apoderada de la E.E.B., **objetó por error grave** los anteriores peritazgos (fls. 1 a 17, cdno. 10 y fls. 778 a 794, cdno. ppl.), esgrimiendo argumentos similares en la sustentación de las objeciones. En relación con el presentado en el expediente 8365 por los peritos Ramiro Adán Guáqueta y Marco Aurelio Farfán, dijo la entidad que los peritos no tuvieron en cuenta toda la documentación del contrato que era necesaria para proferir su dictamen y de manera equivocada concluyeron que la entidad no había entregado oportunamente los planos necesarios, cuando en el proceso obra prueba en contrario; también cometieron un error al considerar que para todas las actividades se requieren planos de detalle susceptibles de revisión en el plazo de 30 días y al ignorar que el contratista no produjo plano alguno de esta naturaleza para la ejecución de las excavaciones, cayendo en el error de sumar a todos los planos, independientemente de su naturaleza, los 30 días que tiene la empresa para revisar los planos de detalle que el contratista debió producir; así mismo, alegó que olvidaron los peritos que las modificaciones a los planos que sí son objeto de revisión pueden “avisarse” al contratista mediante notas de campo⁴⁷ que posteriormente se plasman en los planos corregidos, de modo que el contratista puede conocerlas oportunamente para proceder a su ejecución.

156. La E.E.B., consideró que carecía de análisis y justificación, la afirmación de que las obras extras y adicionales hubieren generado un rompimiento del equilibrio económico del contrato, así como las demás que hacen para concluir la afectación financiera del contratista por causas ajenas a él.

157. En conclusión, considera la E.E.B., que los peritos no tuvieron en cuenta las pruebas sobre la forma real en que sucedieron los hechos y efectuaron su dictamen de manera parcializada e incompleta.

⁴⁷ En oficio dirigido por el interventor al contratista el 19 de septiembre de 1991, le llama la atención por la utilización de las notas de campo, las cuales sirven para que el contratista solicite aclaraciones para adelantar los trabajos y tienen el propósito “(...) de dar solución a aspectos constructivos que por su inmediata ejecución, no permiten su trámite en carta, reunión de obra o modificación de planos” (fl. 576, cdno. 11).

158. En cuanto al dictamen pericial rendido dentro del proceso 9169 por los ingenieros Jaime Farías Parra y Rafael Silva Valenzuela, sostuvo la entidad:

159. Que los peritos no tuvieron en cuenta toda la información y documentación que reposaba en el expediente relativa a la ejecución contractual, por lo cual presentaron unos antecedentes que no se corresponden con la realidad frente a los documentos de la licitación y del contrato.

160. Que al evaluar la oportunidad de entrega de los diferentes planos de las obras, dejaron por fuera una serie de comunicaciones de la interventoría al contratista –que fueron puestas a disposición de los auxiliares de la justicia cuando fueron a las instalaciones de la E.E.B.- “(...) *con las cuales se efectuó la entrega de los planos de construcción, después de los entregados el 9 de abril de 1990, adicionalmente a la [comunicación] 185.B.7.1.1/1251 de junio 12 de 1990 que sí citan y que dicen que contenía planos incompletos*”, enlistando a continuación varios oficios remisorios de la interventoría. Desconocieron además, que el 22 de junio de 1990, mediante comunicación 185.7.1.1/1251, la interventoría le envió al contratista 82 planos, y 5 más el 27 de junio del mismo año, con comunicación 185.7.1.1/1271.

161. Que los peritos no explicaron la clase de modificación que contenían los últimos planos entregados por la entidad al contratista, con relación a los planos iniciales, modificaciones que fueron menores y jamás sustanciales; a continuación, la E.E.B expuso, en relación con cada uno de los edificios cuya construcción fue objeto del contrato, cómo fue la entrega de los planos, citando los oficios remisorios en cada caso y afirmando que los enviados en ocasiones posteriores, correspondían en todo caso a los que habían sido entregados anteriormente, en oportunidad.

162. Que incurrieron en error al referirse a los planos del edificio SF6, pues no advirtieron que el plano entregado el 21 de enero de 1991 y que ya había sido

enviado desde el 9 de julio de 1990, "(...) se refiere al proyecto presentado por la Empresa inicialmente y no explican ni advierten que el contratista propuso una modificación que fue la que finalmente se construyó y que la Empresa aceptó en ánimo de colaborar con el desarrollo de la obra"; no informaron, en relación con la cubierta del edificio SF6, que el contratista propuso una modificación que fue la finalmente ejecutada y los planos enviados por la Empresa y a los que aludieron en su dictamen, correspondían al diseño originalmente proyectado.

163. Desconocieron que la fecha prevista para iniciar la malla a tierra era el 14 de julio de 1990 y que si no se produjo en esa fecha, fue porque el contratista tenía un error en su programación, como él mismo lo informó en reunión de trabajo n.º 4 del 9 de agosto de 1990.

164. Al referir la fecha de entrega del anticipo al contratista, no informaron que la E.E.B. tuvo que requerirlo en dos oportunidades para que, antes de entregarle el anticipo, él presentara el programa de inversión del mismo.

165. No mencionaron que en la reunión en la que se pactaron los precios unitarios para las torres de los edificios de los pozos y que constituyen el acta de obra extra n.º 1, llevada a cabo el 3 de agosto de 1990, se convino que no habría aumento en los plazos. En cuanto a la tramitación del acta de obra extra n.º 2, los peritos no informaron que la E.E.B. y la interventoría tuvieron que urgir al contratista en múltiples ocasiones para que entregara los precios unitarios en discusión y éste sólo envió la revisión final el 24 de junio de 1991.

166. No advirtieron que, tal y como tuvieron oportunidad de corroborar cuando realizaron visita a la obra, los planos entregados el 9 de abril de 1990 y que tienen un sello que dice "preliminar", son los mismos que le fueron entregados al contratista como planos de construcción en junio y julio de 1990.

167. Incurren en error los peritos al afirmar que los planos debían ser revisados por el contratista en un plazo contractual de 30 días y aprobados por la E.E.B. en

un plazo contractual de 30 días más, lo que sumaba 60 días, pues el contrato no dice tal cosa. Además, no advirtieron que cuando el contrato se refiere a los plazos para entrega y revisión de los planos que debía presentar el contratista, éstos corresponden a planos de detalles y despieces que sean necesarios, que son mínimos y no opera para los planos de construcción. De la misma manera, carecen totalmente de fundamento cuando afirman que el retraso total de las obras fue de 80 días, imputables a la Administración, por la demora en la entrega de los planos iniciales.

168. Los peritos omitieron decir que cuando se impartió la orden de iniciar los trabajos el 15 de junio de 1990, el contratista no se presentó para recibir los terrenos propios para la explotación de préstamos ni la zona de localización para la explotación de materiales pétreos y que el contratista sólo se presentó el 28 de junio de 1990, como lo reconoció en la nota de campo E-003 del 30 de junio de ese año.

169. Continúa diciendo la entidad, que no es cierto como dijeron los peritos, que para el 30 de junio de 1990 la firma Campenon no había entregado la zona excavada donde se debían efectuar las obras por parte de DOMUS, porque en el acta de reunión de trabajo n.º 1 consta que el 28 de junio de ese año se efectuó reunión y visita conjunta a la zona, que le fue entregada ese día al contratista. Y no es cierto que el 30 de junio de 1990 la E.E.B. no le había entregado al contratista la topografía para iniciar la localización de las obras, pues en la nota de campo E-001 de esa fecha, DOMUS informa y acepta que el día anterior recibió los puntos topográficos, según nota de campo de interventoría 185.c.7.1.3/001 y que a partir del 30 de junio inició los trabajos topográficos correspondientes.

170. Los peritos, al referirse a las reclamaciones efectuadas por el contratista, afirmaron que los sobrecostos provinieron de una serie de hechos retardatorios imputables a la entidad contratante, sin tener en cuenta las anotaciones que se dejaron en las actas correspondientes a las reuniones de trabajo y reuniones de programación y que reflejan los atrasos en los que incurrió el contratista por causas imputables a él.

171. En relación con las obras extras, los peritos al afirmar que se requería un plazo adicional, no tuvieron en cuenta que la construcción de la torre en concreto del pozo B objeto del acta de obra extra n.º 1 aparece en el programa del contratista como actividad B05004, *“concreto estructural vigas, columnas, placas torre”* para ser ejecutada entre el 9 de octubre y el 12 de noviembre de 1990 ni tuvieron en cuenta que la gran mayoría de precios pactados en el acta de obra extra n.º 2 se refieren a ítems que reemplazan a otros previstos inicialmente, y por lo tanto no requerían necesariamente tiempo adicional para su ejecución.

172. En cuanto a la supuesta demora de un año de la E.E.B. para aprobar las actas de obras extras, los peritos no advirtieron que en realidad, en cuanto al acta de obra extra n.º 1, fue aceptada por DOMUS el 12 de septiembre de 1990 y fue suscrita por ésta el 5 de abril de 1991. Y sobre el acta de obra extra n.º 2, se desconoció que los listados corregidos finales de precios unitarios, fueron presentados por DOMUS el 24 de junio de 1991 y el acta le fue enviada para su firma el 8 de noviembre de 1991. En cuanto a las razones para la no facturación del acta de obras extras n.º 1, no dijeron los peritos que los trabajos -torre del pozo B- sólo se iniciaron a finales de enero de 1991. Finalmente, los peritos incurrieron en error en el cálculo de los sobrecostos y perjuicios por la demora en el pago de las actas de obra extra, pues tuvieron en cuenta fechas equivocadas.

IV- El problema jurídico

173. La Sala debe establecer si los actos administrativos por medio de los cuales la entidad demandada impuso multas al contratista, declaró la caducidad y el incumplimiento del contrato y lo liquidó, son válidos o están viciados de nulidad por falta de competencia –el de caducidad- y falsa motivación, por haberse configurado la excepción de contrato no cumplido o si se produjo el rompimiento del equilibrio económico del contrato por circunstancias imprevistas.

V- Análisis de la Sala

174. Como cuestión preliminar, la Sala resolverá las objeciones hechas a los dictámenes periciales, atendido el hecho de que el tribunal de instancia no realizó pronunciamiento alguno al respecto.

175. Sobre el punto se observa que una vez practicada la prueba pericial que fue decretada por el juez, de la misma debe correrse traslado a las partes para que puedan ejercer el derecho de contradicción y defensa frente a la misma, mediante la posibilidad de solicitar aclaraciones y complementaciones y así mismo, para que puedan, en caso de que las mismas no sean suficientes, objetar el dictamen por error grave “(...) que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”, caso en el cual, podrán pedir pruebas para su demostración, debiendo el juez resolverla en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el respectivo dictamen (art. 238, C.P.C.).

176. El error grave al cual se refiere la norma, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado⁴⁸ y como lo ha explicado la jurisprudencia de la Sección:

(...) constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que “(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)”⁴⁹, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o

⁴⁸ “El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁹ [16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: «... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) 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 conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibile 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 ...” (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)»⁵⁰⁵¹.

177. Aplicando las anteriores consideraciones a los dictámenes periciales que fueron objetados en el *sub-lite*, se advierte que los mismos recayeron sobre las materias que debían ser analizadas por los peritos y se refirieron a las cuestiones que les correspondía resolver, relacionadas con la ejecución de las obras del contrato n.º 5168, para lo cual tuvieron en cuenta la información atinente a las mismas, contenida en el contrato mismo, las actas de obras extras y adicionales, los planos de construcción que rigieron la ejecución de los trabajos, la

⁵⁰ [17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

⁵¹ Sentencia del 31 de octubre de 2007, ya citada.

documentación atinente a las remisiones de tales planos entre las partes y las comunicaciones cruzadas entre ellas.

178. En consecuencia, no se advierte la existencia del error grave alegado por la parte demandada y los argumentos expuestos en su escrito, corresponden más bien a la discusión y controversia de los análisis y las deducciones que efectuaron los peritos como sustento de sus conclusiones y que la entidad demandada no comparte, circunstancia que no resulta constitutiva de razón para desestimar las pruebas cuestionadas sino un elemento de juicio más para su valoración, que se realizará al resolver cada una de las causas de impugnación de los actos administrativos demandados.

179. Sobre los temas de fondo, en primer lugar observa la Sala que si bien fue demandado el acto administrativo por medio del cual la Administración declaró la caducidad del contrato celebrado por las partes, contenido en la resolución n.º 07986 del 25 de mayo de 1992, en realidad dicho acto fue revocado por la E.E.B., como consecuencia de la impugnación en sede administrativa de la que fue objeto la decisión, es decir que ésta ni siquiera adquirió firmeza, razón por la cual resulta inane cualquier pronunciamiento al respecto, dado que ningún efecto pudo producir, al no haber adquirido eficacia alguna.

180. En segundo lugar, se advierte que el análisis en conjunto del acervo probatorio obrante en el proceso no permite desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la entidad demandada impuso multas al contratista, declaró el incumplimiento del contrato y lo liquidó unilateralmente.

181. Es así como consta que el contrato de obra pública n.º 5168 fue suscrito el 27 de febrero de 1990, se perfeccionó el día 24 de mayo de 1990 y la orden de iniciación se impartió a partir del día 14 de junio de 1990, por lo cual el plazo final de ejecución de las obras se convino para el día 31 de marzo de 1992, día 670 del plazo total del contrato, cuyo objeto implicaba la construcción de 4 edificios así como unas obras exteriores, de los cuales, según el balance final realizado por la

entidad demandada, el contratista ejecutó el 92.6 % del edificio del pozo B; el 95.2% del edificio SF-6; el 66.6% del edificio de control y el 53.5% de las obras exteriores y no ejecutó una sola obra correspondiente al edificio del pozo A; se ejecutaron obras adicionales por valor de \$ 28 959 877,78, aunque se habían pactado por un valor estimado de \$54 169 578,00 y obras extras por valor total de \$124 870 014,17, las cuales se habían pactado por un valor estimado de \$254 700 000,00, equivalentes a un 12,9% del valor estimado del contrato (acta de obra extra n.º 1: 3.2% y acta de obra extra n.º 2: 9.7%).

182. De acuerdo con lo anterior, vencido el plazo del contrato, DOMUS LTDA. no entregó la totalidad de las obras acordadas, hecho que la parte actora abiertamente admite, es decir que en principio, incurrió en incumplimiento de sus obligaciones; no obstante, el demandante afirma que si bien se produjo el hecho mismo del retraso en el cumplimiento de los plazos pactados en el contrato, tal situación se debió a causas imputables a la entidad contratante, proponiendo en consecuencia, la *exceptio non adimpleti contractus*. Es decir que ante la evidencia de que las obras no se ejecutaron en su totalidad dentro del plazo contractual, hecho que dio lugar a la imposición de multas por parte de la Administración y a la declaratoria del incumplimiento del contrato -y que el demandante no niega-, el actor adujo en su defensa la excepción de contrato no cumplido, alegando que fueron los incumplimientos de la entidad contratante los que le impidieron a su vez, cumplir a cabalidad con sus propias obligaciones.

V.1. Excepción de contrato no cumplido

183. En relación con esta excepción, cuyo origen se halla en las normas de derecho privado (art. 1609, C.C.C) y se sustenta en los principios de buena fe y reciprocidad de prestaciones en los contratos bilaterales o sinalagmáticos⁵², observa la Sala que en materia de contratación estatal, ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Corporación la posibilidad de que los contratistas de la

⁵² “La excepción de contrato no cumplido es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, pues mientras un contratante no se allane a cumplir las prestaciones a su cargo, no puede exigírselas al otro, por cuanto esta conducta es contraria a las reglas éticas de la mutua confianza y al ideal de justicia conmutativa que presiden las relaciones contractuales bilaterales”. Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis Editores S.A., 1ª. ed., 1999, pg. 282.

Administración puedan alegarla, aunque con algunas reservas, dadas la naturaleza y finalidad de los contratos estatales, orientados a garantizar la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado⁵³, motivo por el que en su celebración y ejecución se halla involucrado y comprometido el interés general, el cual prevalece sobre el particular y se ve gravemente afectado siempre que el contrato no se ejecuta en debida forma y en consecuencia, no se logra el objeto del mismo.

184. No obstante, esa prevalencia del interés general sobre el particular no significa que para el ordenamiento jurídico la posición del contratista se encuentre desamparada y desprotegida o resulte indiferente, ya que también sus intereses deben ser objeto de protección, aún en esta clase de negocios jurídicos, pues no se desvirtúa el hecho de que se trata de una relación comercial basada en el principio de la autonomía de la voluntad y surgida de un acuerdo de voluntades, a la cual acude el contratista como colaborador de la Administración en la consecución de sus objetivos pero también actuando en calidad de parte de una relación contractual bilateral y sinalagmática, de la cual se derivan para él tanto obligaciones como derechos y en la que cualquiera de los contratantes puede incurrir en el incumplimiento de sus obligaciones, con todas las consecuencias que de ello se derivan, entre otras, la de impedir que la otra parte pueda ejecutar, a su vez, las prestaciones a su cargo.

185. En consecuencia, aunque se trate de un contrato celebrado por una entidad pública, el contratista puede alegar la excepción de contrato no cumplido, en aquellos eventos en los que realmente el incumplimiento de la entidad contratante ha sido de tal magnitud, que en verdad lo ha puesto en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, es decir que se admite esta defensa pero en forma restringida⁵⁴:

⁵³ Actualmente, para efectos de su aplicación, la Ley 80 de 1993 en su artículo 2º define los servicios públicos como aquellos “(...) destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”, razón por la cual en su celebración y ejecución se halla involucrado y comprometido el interés general, el cual prevalece sobre el interés particular.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de enero de 1991, expediente 4739, C.P. Julio César Uribe Acosta.

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.

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.

186. Y en relación con los requisitos de procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación estatal, ha dicho la jurisprudencia de la Sala⁵⁵:

Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia⁵⁶ 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, de manera tal 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

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 14.287, actor: Jairo Arturo Cárdenas Avellaneda, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁶ 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.

decisión sería cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

187. En forma más reciente, reiteró la jurisprudencia de la corporación, que la Administración no puede declarar la caducidad o incumplimiento de un contrato cuando ella ha sido la causante de tal situación, es decir cuando ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones que ha puesto en imposibilidad de cumplir al contratista y sostuvo:

Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurren incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.

En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.

Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incurso en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.

Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal.

En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas

*cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C.*⁵⁷.

188. Quiere decir lo anterior, que es de la mayor importancia analizar la conducta de las partes en el contrato, pues resulta insuficiente con evidenciar el incumplimiento puntual de una determinada obligación a cargo de una de ellas, para deducir a partir del mismo, que la otra quedó relevada a su vez, de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo. Siempre deberá determinarse, a quién en últimas, resulta imputable el retardo, deficiente cumplimiento o incumplimiento definitivo del objeto contractual.

189. Es evidente que una de las obligaciones de la Administración cuyo incumplimiento puede incidir de manera decisiva en el propio cumplimiento de los deberes del contratista es la de pagar oportunamente el valor del contrato, pues en tal caso se le estaría imponiendo a éste el deber de financiar las obras estatales, lo que sin duda no fue pactado en el respectivo contrato. No obstante, debe resaltarse el hecho de que no es cualquier incumplimiento de la Administración el que permite al contratista alegarlo como excepción, sino aquel que resulta decisivo para la ejecución de las prestaciones a su cargo, es decir que si la entidad incumple alguna de sus obligaciones, así sean ellas de pago de sumas debidas al contratista, pero tal incumplimiento no es la causa directa de su incumplimiento, no resulta procedente la excepción y por lo tanto, no justifica ni disculpa al contratista por la inejecución de las prestaciones a su cargo. Como señala Marienhoff, *“la excepción de contrato no cumplido puede alegarla el contratista cuando el comportamiento de la Administración Pública ‘crea una situación de hecho que le impida cumplir el contrato’; la cual se establece con ‘una simultánea correlación entre el monto de lo adeudado, la naturaleza y el valor de la obra o prestación, el capital del cocontratante y, muy especialmente, el lapso transcurrido desde que el Estado debió cumplir su obligación de pagar’*⁵⁸.

190. En el caso concreto objeto de análisis, el demandante adujo como incumplimientos graves de la E.E.B. que le impidieron ejecutar las obras dentro de

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 16105, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁸ Citado por Escibar Gil, Rodrigo, op. cit., pg. 284.

los plazos contractuales, básicamente, i) el hecho de que la entidad hubiera fijado la fecha de iniciación de la ejecución del contrato sin que se hubieran cumplido requisitos indispensables para ello⁵⁹, ii) el incumplimiento de la obligación de entregar oportunamente los planos de construcción a lo largo de toda la ejecución contractual y finalmente, iii) el no haber legalizado y pagado oportunamente las actas de obra extra 1 y 2.

191. No obstante, la Sala no encuentra que los anteriores eventos aparezcan debidamente acreditados en el plenario como causa del incumplimiento contractual del demandante.

V.1.1. Requisitos para la iniciación de las obras

192. En relación con el primer incumplimiento contractual que se le imputa a la entidad demandada relacionado con los requisitos necesarios para ordenar la iniciación del plazo de ejecución del contrato, se observa que de acuerdo con la cláusula décima del mismo, el único requisito exigido para que la entidad procediera a dar la orden de iniciación de los trabajos, era que el negocio jurídico se hubiera perfeccionado; según lo establecido en el pliego de condiciones, las obras propiamente dichas de construcción de los edificios contratados no se iniciaban de manera inmediata, sino que el contratista contaba con un término de 30 días a partir de la orden de iniciación del plazo contractual para emprender su ejecución, dado que esos primeros 30 días se requerían, precisamente, para las labores de establecimiento del contratista en el sitio de las obras y para la preparación de los terrenos en los que se iban a ejecutar; además, el contratista se comprometió en el *Programa Detallado de Ejecución* a realizar las actividades preliminares dentro de los 30 días previos a la ejecución de las obras, término dentro del cual, así mismo, podía proceder la entidad contratante a la entrega de los planos necesarios para iniciar las obras y al cumplimiento de todos los demás requerimientos que el contratista reclamaba.

⁵⁹ Aprobación de los planos de ubicación de las instalaciones temporales y equipos; no entrega de los planos de construcción necesarios para la programación de la obra y para programar el suministro y adquisición de materiales; no entrega al contratista de los terrenos necesarios para ejecutar las obras e instalar los equipos de construcción; no suministro al contratista de las cotas y de las referencias básicas indispensables para hacer la localización de las obras y no entrega de energía eléctrica necesaria para conectar los equipos e iniciar los trabajos.

193. Por otra parte, se observa que una vez celebrado el contrato el 27 de febrero de 1990 y con anterioridad a que se diera la orden de iniciación de las obras, se adelantaron múltiples actividades por las partes, entre ellas la reunión del 9 de abril de 1990, en la que se trató justamente el tema de la organización de DOMUS LTDA. en la obra, los ajustes en el diseño de la obra civil prevista en la licitación y la entrega de planos preliminares de construcción al contratista, los que le permitirían programar más detalladamente las obras a ejecutar; en esa fecha también fue autorizado para iniciar su movilización hacia el frente de trabajo en la zona del patio de conexiones hacia el 10 de mayo de 1990, fecha para la cual serían entregados los trabajos de excavación por el otro contratista, Campenón Bernard, lo que demuestra que las obras de construcción de los edificios no se comenzaron de manera inmediata a la orden de iniciación del plazo contractual y que con anterioridad al mismo, ya se habían adelantado labores de preparación e instalación del contratista.

194. En cuanto a la deficiente entrega de planos para la iniciación de sus trabajos, según la parte actora (fls. 324 y 325, cdno. 2) el contratista desde antes del perfeccionamiento del contrato le pidió a la EEB la entrega de los planos de construcción *"(...) con el fin de poder adelantar en forma oportuna, completa y adecuada una exigente programación de los trabajos, que asegurara el éxito de la operación"* y que le solicitó, teniendo en cuenta que la cláusula décima quinta del contrato establecía que *"los planos de Licitación no deberán ser usados para adquirir material o para cualquier otro propósito a menos que la Empresa apruebe hacerlo"*, autorización formal para *"el uso de planos de Licitación para presentar el diseño preliminar de campamentos, redes eléctricas e hidráulicas y programación, para lo cual solicitamos dos copias de dichos planos a tamaño normal"*. Luego sostuvo la demandante que la empresa sólo envió los planos de construcción con la nota de que eran de *"carácter preliminar"*, razón por la cual DOMUS LTDA. no podía utilizarlos para elaborar diseños de sistemas constructivos ni de formaletas ni mucho menos programar pedidos de materiales, pues sólo podían ser usados como una *"guía para ir preparando la programación"*.

195. La Sala disiente de tal consideración, pues lo que queda claro es que cuando la empresa le envió tales planos a su contratista, ya perfeccionado el contrato y una vez éste los solicitó en los mencionados términos, lo autorizó para utilizarlos en los fines que él inicialmente requería y que planteó en su comunicación: “(...) *presentar el diseño preliminar de campamentos, redes eléctricas e hidráulicas y programación (...)*”, para lo cual, como él mismo lo manifestó, le bastaban los planos de la licitación.

196. Se advierte además que en relación con los planos necesarios para la instalación de equipos y campamentos por parte del contratista, tal y como lo reconoció la parte actora, debían ser presentados inicialmente por él y aprobados por la entidad, la cual efectivamente los revisó una vez le fueron entregados y les hizo observaciones que fueron atendidas por el contratista, faltando apenas una aprobación final; pero ya éste contaba con una primera revisión, que sin duda le permitía ir adelantando las labores de instalación (fl. 243, cdno. 14).

197. En cuanto al suministro de energía eléctrica, quedó demostrado en el proceso que la entidad efectivamente puso a disposición del contratista una línea de electricidad, que éste empezó a utilizar a través de un transformador perteneciente a otro contratista.

198. De acuerdo con lo anterior, no halló la Sala pruebas demostrativas de que por causas imputables a la Administración, el contratista se vio impedido para realizar actividades relacionadas con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales una vez se impartió la orden de iniciación de las obras, pues no se probaron los incumplimientos atribuidos a la entidad contratante respecto de su obligación de entregar en forma oportuna los terrenos en donde se ejecutarían las obras y los planos de construcción de las mismas. En los dictámenes periciales decretados en el *sub-lite* y que se efectuaron para determinar, precisamente, estos aspectos técnicos, se observa:

199. Los peritos Ramiro Adán Guáqueta y Marco Aurelio Farfán, la única manifestación que hacen al respecto, es al referirse a la reclamación que el contratista le presentó a la entidad para el reconocimiento de los mayores costos

en los que supuestamente incurrió, frente a la cual los auxiliares de la justicia, sobre el punto en cuestión, manifestaron que *“Lo anterior quiere decir que el contratista por causas imputables a: la no entrega oportuna de zonas de trabajo, planos de construcción, obra extra, obra adicional, paros cívicos, mal estado de las vías, etc., incurrió en un atraso de seis meses, nueve días (...)”*, sin explicar, en absoluto, de dónde concluyeron que no hubo entrega oportuna de zonas de trabajo y de planos necesarios para iniciar actividades, pues simplemente se limitaron a afirmarlo así (fl. 677, cdno. ppl).

200. Por su parte, los peritos Jaime Farías Parra y Rafael Silva Valenzuela⁶⁰, manifestaron que para la fecha de iniciación de las obras, 14 de junio de 1990, *“Tampoco entregó la EEB los terrenos propios para la explotación de préstamos, ni la zona de localización para la explotación de materiales pétreos cuando el contratista se presentó para iniciar su instalación”* y también afirmaron que *“La firma CAMPENON no había entregado el 30 de junio, la zona excavada donde se deberían ejecutar las obras. Por tanto, a esa fecha, la EEB no había suministrado a DOMUS, la topografía correspondiente para poder iniciar la localización de las obras”*, pero los peritos no explican cómo llegaron a estas conclusiones, ni cómo constataron la veracidad de estas afirmaciones del contratista, limitándose tan sólo a reiterarlas en su dictamen, lo que le resta poder de convicción a la hora de efectuar su valoración, puesto que incumple con el requisito legal de la debida sustentación científica y técnica de sus apreciaciones.

V.1.2. Entrega de los planos de construcción

201. En relación con el supuesto incumplimiento de la E.E.B. respecto de su obligación de entregar oportunamente los planos de construcción, la parte actora adujo que se presentó a lo largo de toda la ejecución contractual y que le impidió al contratista ejecutar oportunamente sus obligaciones. Sin embargo, observa la Sala que de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, se acreditó que el día 12 de julio de 1990, es decir cuando no había transcurrido ni siquiera un mes desde la fecha de iniciación del plazo contractual -14 de junio de 1990-, la

⁶⁰ Los peritos manifiestan en el dictamen, que para su informe se fundamentaron en los documentos del expediente, los facilitados por la parte demandante, la EEB, así como *“(...) la información capturada en las visitas y reuniones que se relacionan a continuación, realizadas a la EEB, a la Central del Guavio, a las oficinas de DOMUS y del apoderado de la parte demandante (...)”* (fl. 734, cdno. ppl).

interventoría manifestó en una reunión celebrada entre la entidad y el contratista, que en días pasados le había entregado a este último aproximadamente 180 planos de construcción, con los cuales podía iniciar los trabajos, afirmación frente a la cual el contratista tan sólo manifestó que había quedado faltando la copia reducida de los planos del edificio SF-6 (fl. 105, cdno. 15).

202. Días después, frente a otra reclamación de planos por parte de DOMUS LTDA., el interventor, en un concepto que la Sala comparte, le manifestó que contractualmente no era obligación de la entidad entregar todos los planos al dar la orden de iniciación de obras, sino entregarlos oportunamente de acuerdo con el programa aprobado, demostrándole que, según las fechas previstas en el mismo para iniciar las obras y las fechas en que fueron entregados los planos de construcción, dicha entrega fue oportuna, toda vez que fueron puestos a disposición del contratista con anterioridad al inicio de los plazos de ejecución de cada una de las respectivas obras.

203. El demandante adujo que la no entrega de planos en forma oportuna – teniendo en cuenta su singular interpretación, en el sentido de que la misma debía producirse con una antelación de 60 días, como se analizará más adelante (fl. 251, cdno. 20)- le impidió realizar la provisión de los recursos necesarios en materiales y mano de obra, consideración que carece de fundamento, toda vez que desde el mismo procedimiento de selección, el contratista tenía una idea clara de la obra que ejecutaría y sin duda eran muchas las provisiones que podía haber tomado a partir del momento de la celebración y perfeccionamiento del contrato en relación con los mencionados suministros.

204. Así mismo, considera la Sala que resulta relevante el hecho de que el 9 de abril de 1990, le fueron entregados al contratista “(...) *con carácter preliminar los planos de construcción*”, que le sirvieron para elaborar el diagrama de ruta crítica y el diagrama de barras de las obras que sometió a aprobación del interventor, de tal manera que, por lo menos para las actividades iniciales, como eran las de excavación, perfectamente podían ser adelantadas con esa información disponible; sin embargo, ésta fue una de las actividades respecto de las cuales la interventoría observó atrasos, ya que se estaba adelantando de manera manual y

era evidente la falta de equipos para ejecutarla adecuadamente (fl. 41, cdno. 5), circunstancia que nada tiene que ver con la ausencia de planos definitivos.

205. Demuestran las pruebas que a lo largo de toda la ejecución contractual, se fue produciendo la entrega de planos por parte de la empresa al contratista y de éste a aquella, cuando era necesario que realizara planos de detalles y los despieces –labor que no procedía respecto de todos los planos de construcción-; así mismo, que varios planos fueron objeto de revisiones, observaciones y correcciones, lo que condujo a que se presentaran varios envíos de los mismos.

206. No obstante, reitera la Sala, que el hecho de que la E.E.B. hubiere entregado planos durante todo el plazo de ejecución de las obras, no significa incumplimiento contractual de su parte, puesto que en el mismo contrato quedó consignada la posibilidad de que la entidad suministrara los planos en la medida en que se fueran requiriendo según el avance de las obras (ver párrafo 81), lo que resulta razonable si se tiene en cuenta que un contrato de obra de las características y la envergadura del que es objeto de controversia, es susceptible de cambios y modificaciones que se pueden producir de común acuerdo entre las partes o, de ser necesario, a través de modificaciones unilaterales de la entidad estatal, como facultad expresamente consagrada en el contrato.

207. Y de hecho, en el *sub-lite*, eso fue precisamente lo que sucedió, cuando surgió la necesidad de efectuar cambios en algunos rubros de la obra, que condujeron así mismo a que se pactara entre las partes la ejecución de obras adicionales y obras extras, para aquellos que lo requirieron.

208. Por otro lado, la Sala considera equivocada la interpretación de la parte actora en cuanto a la obligación de la entidad contratante de entregar los planos al contratista con 60 días de anticipación a la fecha de ejecución de la respectiva labor, interpretación que efectúa a partir de lo dispuesto en la cláusula décima quinta del contrato en la cual se establecieron plazos para la revisión y corrección de los planos -30 días para que el contratista haga las revisiones y otros 30 para que la entidad devuelva los planos con las correcciones que procedan-; para el

demandante, el término de iniciación de las obras a las que corresponden tales planos se debería extender o desplazar en el mismo número de días; sin embargo cabe precisar que ello no puede ser así, puesto que si los planos no fueron objeto de revisiones o las mismas y sus respuestas se produjeron antes de que corrieran tales plazos, no tendría sentido su contabilización completa.

209. Además, si la interpretación correcta fuera la del contratista, habría que concluir que, en realidad, el plazo de ejecución de la totalidad de las obras y por ende el plazo del contrato, no sería el que aparece en la cláusula décima, por cuanto habría que sumarle el plazo máximo de revisión de todos y cada uno de los planos y esquemas entregados durante la ejecución del contrato –más de 300- por la entidad contratante, lo que a todas luces resulta inconcebible y contrario palmariamente al querer y al acuerdo mismo de las partes contratantes.

210. El hecho de que se haya pactado un término máximo para las observaciones y revisiones de tales documentos contractuales, apunta simplemente a introducir una nota de control de dicha actividad, para inducir a las partes a agotarla en el menor tiempo posible, pero no puede ser tomada como una modificación o adición de los plazos de ejecución contractual ni del programa de obra o ruta crítica de la misma.

211. Por la misma razón, en relación con este punto –entrega de planos-, la Sala no comparte las conclusiones a las que arribaron los auxiliares de la justicia en el sentido de que las múltiples revisiones a las que fueron sometidos varios de los planos de la obra fueron la causa de los retrasos de varios meses en su ejecución:

(...) para efecto de aprobación definitivo (sic) de planos tanto la E.E.B. como el contratista tienen cada uno 30 días para estudio y revisión de los mismos y poder iniciar las obras correspondientes. De lo anterior entendemos que cada actividad (excavaciones, rellenos, concretos, etc) tenía como mínimo 60 días de holgura para iniciar las obras correspondientes a cada plano de construcción, aplicable a la programación de obra, si ha (sic) éste se le hiciera mínimo una corrección.

En el cuadro No. 1 se relacionan las remisiones de planos y se observa que muchos de ellos presentan hasta 4 revisiones, esto indica cumpliendo con lo especificado en los literales B y E de la cláusula XV del contrato que actividades con 4 remisiones sus obras pueden presentar hasta ocho (8) meses de retraso con respecto a la fecha inicial de programación de la obra legalmente aceptada por los términos del contrato contraído con la Empresa de Energía de Bogotá.

Es de anotar que en estas construcciones una actividad es necesaria para dar inicio a otra dentro de la ruta crítica por ejemplo es necesario la construcción de zapatas para dar inicio a la construcción de columnas y sólo después de construidas estas, se podrán construir las vigas. (Secuencia llamada ruta crítica).

Analizando el cuadro No. 2 (resumen pericia); se puede observar que para la construcción del edificio de control, la fecha del primer envío de planos (localización y ejes) con los cuales se deben comenzar las excavaciones, fueron entregadas (sic) en julio 4 de 1990, la actividad según programación inicial, debía iniciarse el 15 de julio de 1990. Analizando lo anterior y dando cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula XV literales B y E, el contratista el día 4 de agosto de 1990 tenía como última fecha para enviar los comentarios y revisiones pertinentes para que fueran estudiadas por la E.E.B. y como mínimo podía disponer hasta el 4 de septiembre de 1990 para iniciar las actividades correspondientes, para ser entregadas de acuerdo al tiempo programado para esa actividad quedaría el 4 de octubre.

Como esta actividad de acuerdo al cronograma del contrato se debe entregar el 15 de agosto de 1990 (ver cuadro No. 2 de resumen iniciación y terminación programadas), aplicándole la cláusula y haciéndole una (1) revisión; la nueva fecha de entrega, esta actividad y todas las que le suceden tiene como mínimo una ampliación directa del plazo en dos (2) meses. Este atraso (sic) se aplica al tiempo presupuestado para construir el edificio de control, única y exclusivamente por esta actividad (excavaciones).

Junto con la actividad de excavaciones y para el edificio de control, la actividad de acero de refuerzo también se vio afectada en la entrega oportuna de los planos de construcción. Puesto que la actividad debía terminarse en noviembre 15 de 1990, si le sumamos los dos (2) meses (como mínimo) del atraso (sic) producido por la actividad de

excavaciones, siguiendo lo estipulado en el literal B y E de la cláusula XV del contrato, su actividad tiene derecho a una holgura de dos (2) meses más a partir de su última remisión (enero 23/91), es decir para entregar como mínimo en marzo 23/91. Debía entregarse el 23 de noviembre según programación de obra del contrato, luego se observa claramente un atraso (sic) de 4 meses, como mínimo, atribuibles a la no entrega oportuna de los planos de construcción por parte de la E.E.B.

212. La Sala no desconoce la existencia de la figura de la ruta crítica en los contratos de obra en la forma como lo explican los peritos, es decir que existen unas labores cuya ejecución previa es indispensable para poder adelantar otras y sin las cuales resulta imposible la realización de estas últimas; pero el hecho, por sí sólo, de que en el contrato hubiera existido una ruta crítica que no se cumplió, no constituye prueba suficiente de que la causa de ello hubieran sido las observaciones y revisiones a unos determinados planos, que impidieron ejecutar la totalidad de las obras previas necesarias para las subsiguientes, en tal forma que se haya afectado realmente el cronograma de las obras, la ruta crítica y por lo tanto, la oportuna ejecución de los trabajos a cargo del contratista, por cuanto no se puede perder de vista que precisamente en el contrato se estipuló en forma expresa, la posibilidad de practicar revisiones y correcciones a los planos de la obra, es decir que era una cuestión del giro normal de la ejecución contractual y el hecho de que se hayan producido no implicó incumplimiento alguno de la Administración, ni se traduce automáticamente en la causa de los retrasos que presentaron las obras, cuestión que ha debido ser plenamente acreditada por la parte actora.

213. Si bien en su dictamen los peritos Ramiro Adán Guáqueta y Marco Aurelio Farfán hicieron una relación de los planos entregados y las revisiones efectuadas, no se evidencia de la misma, cuáles de tales revisiones fueron de naturaleza sustancial e incidieron en la oportuna ejecución de las obras a tal punto, que hubieran impedido la realización de los trabajos a los que correspondían o que hubieran hecho necesaria la demolición de grandes cantidades de obra ejecutada, o si en definitiva, se trataba de detalles menores que podían corregirse sin afectar la realización de la obra respectiva, puesto que tan sólo se registra el número del plano en cuestión, y las fechas en las que el mismo fue entregado al contratista. Por ejemplo (fls. 189 a 195, cdno. 9):

| PLANO No. | OBJETO | FECHAS DE ENTREGA |
|--------------|-----------------------------------|-----------------------------------|
| 1 | Perspectivas exteriores I | Junio 22 de 1990 |
| 2 | Perspectivas exteriores II | Junio 22 de 1990 |
| 3 | Perspectivas exteriores III | Junio 22 de 1990 |
| 4 | Edificio de Control Planta 1 piso | Abril 4/91, Nov 23/90, julio 4/90 |
| 5 | Edificio de Control Planta 2 piso | Abril 4/91, Nov 23/90, Sept 5/90 |
| (...) | | |
| 319 | Edificio de Control exteriores | Dic 3/91 |

214. Además, los auxiliares de la justicia no tuvieron en cuenta que las correcciones también hacían parte de las notas de campo que se dejaron registradas por la interventoría durante la ejecución de las obras, es decir que el contratista podía conocerlas inclusive antes de que le fueran enviados los planos definitivos correspondientes, lo que le permitiría adelantar los trabajos a su cargo (notas de campo de interventoría, fls. 27 a 151, cdno. 20).

215. Los peritos también efectuaron un cuadro en donde discriminaron las actividades de la obra, la fecha de inicio y la fecha de entrega de cada una de ellas según el contrato y la fecha de entrega de planos por la E.E.B. a DOMUS LTDA.; sin embargo, observa la Sala que en la relación efectuada por los peritos, aparecen entregados los planos por la Administración, en fechas anteriores a aquellas en las cuales debían ser iniciadas las respectivas obras y además, que no se tuvieron en cuenta las modificaciones a los plazos de entrega de las diferentes obras, los cuales fueron ampliados durante la ejecución del contrato, debido a los graves atrasos que aquellas presentaban, por causas diversas a la entrega de los planos (fls. 197 a 199, cdno. 9).

216. La Sala no comparte la interpretación que los peritos –en ambos dictámenes periciales- hicieron de la cláusula contractual relativa a los plazos de revisión de los planos -y que coincide en su totalidad con la interpretación efectuada por la parte actora-, conforme a la cual era necesario entregar cada plano con al menos 60 días de anticipación y que al no haberlo hecho así, fue la entidad contratante la que incurrió en incumplimiento contractual que produjo los graves atrasos en la ejecución de las obras, pues ello conduciría a admitir que se habría dejado en manos del contratista establecer el plazo definitivo de ejecución de las obras, al depender el mismo de las observaciones, revisiones y correcciones a que fueren sometidos los distintos planos de construcción, lo cual resulta contrario a lo expresamente acordado en el negocio jurídico celebrado por las partes, tanto en su cláusula décima como en el anexo 2 del contrato.

217. En el contrato se pactaron unos plazos para las revisiones que fuere necesario efectuar a los planos, pero sin que ello significara, obviamente, una ampliación del plazo o una suspensión en su contabilización, como parecen entenderlo tanto la parte actora como los auxiliares de la justicia; ese efecto no lo establece parte alguna del contrato y, por lo tanto, resulta inadmisibles.

218. En relación con la prueba pericial, ha dicho la Sala:

(...) el numeral 6º del artículo 237 del C.P.C. –aplicable en los procesos contencioso administrativos por expresa remisión del art. 168 del CCA-, conforme al cual el dictamen rendido por los peritos debe ser claro, preciso y detallado, y en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones a las que lleguen los auxiliares de la justicia.

En virtud de lo anterior, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 ibidem, que consagra el deber del juez de tener en cuenta, a la hora de apreciar el dictamen, la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, la Sala no le otorgará valor probatorio alguno al referido peritazgo.

Y es que no se puede olvidar la finalidad de este medio de prueba⁶¹:

*“...su función tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos **que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos** que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, **sus causas y sus efectos**, y suministrar **reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos**, para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente”. (Las negrillas son de la Sala).*

*A través de la prueba pericial, se pretende llevar al juez el convencimiento sobre la existencia y naturaleza de las cosas y de los hechos que requieren especiales conocimientos y experiencia, lo cual sólo se logra en la medida en que resultan convincentes las explicaciones que los expertos aportan sobre los elementos de juicio que utilizaron para llegar a una conclusión; el dictamen rendido en el **sub-lite**, carece por completo de sustentación científica, por cuanto el auxiliar de la justicia no expuso fundamentación alguna para las conclusiones que plasmó en su informe pericial, pretendiendo simplemente que el juzgador acepte como ciertas sus afirmaciones, siendo ello absolutamente improcedente, pues al funcionario encargado de decidir, le compete analizar el mérito probatorio que les corresponde a los distintos medios de prueba obrantes en el proceso; y específicamente en relación con el mérito probatorio de la prueba pericial⁶²:*

*“Como ocurre con el testimonio (...), el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina, **que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del juicio con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la***

⁶¹ [5] DEVIS ECHANDIA, Hernando; *Teoría General de la Prueba Judicial*. T. II. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1970. pg. 291.

⁶² DEVIS ECHANDIA, Hernando; *ob. cit.*, pg. 321.

experiencia y que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada y convincente” (la Sala resalta)⁶³.

219. En el presente caso, los peritos adujeron haber constatado la entrega tardía de planos por parte de la entidad contratante afirmando que ello había conllevado a un atraso en la ejecución de las obras, que fue la causa de que las mismas no se hubieran ejecutado dentro de los plazos acordados y que el contratista sufrió perjuicios de índole financiera por las consecuencias que tuvieron estos retrasos en la facturación prevista inicialmente.

220. No obstante, tales afirmaciones no fueron debidamente sustentadas por los auxiliares de la justicia, pues no demostraron los casos concretos en los cuales fue la falta de planos la que impidió ejecutar oportunamente alguna o algunas labores a cargo del contratista, aspecto éste que resultaba de la mayor importancia por cuanto se trata precisamente del asunto especializado y técnico respecto del cual el juez no puede aplicar su conocimiento personal al proceso y por lo tanto es el que justifica la práctica del dictamen pericial, dado que al juez le está vedado basarse en su propia experiencia para dictar sentencia y por ello surge la necesidad de la prueba, debidamente aportada al proceso, respecto de la cual se pueda ejercer el derecho de contradicción. *“El conocimiento privado del juez puede ser definido como aquel conocimiento de hechos que interesan al proceso, adquiridos por medios no reportados a éste y por tanto no controlados en él”⁶⁴.* En el presente caso, se requería que los peritos demostraran concretamente cuándo un determinado plano resultaba o no suficiente para la ejecución de cierto trabajo y cuándo una modificación era sustancial o de menor entidad, afectando o no la ruta crítica de las obras; pero se limitaron a hacer una afirmación general, con fundamento en que hubo planos que fueron objeto de revisiones y por lo tanto,

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 22011, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁶⁴ Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 17ª ed., 2009, pg. 69, quien comparte el pensamiento de Luigi Ferrajoli, en el sentido de que *“Las formas procesales de mayor relevancia son obviamente las que condicionan la validez de las pruebas al método legal de su formación. Estas impiden, entre otras cosas, que pueda tener relevancia la ‘ciencia privada’ del juez a los fines de la convicción de culpabilidad, que deben producirse secundum acta et probata ...”*. *“Derecho y Razón”*, n.º 41.6, pág. 621. Por su parte, el artículo 174 del C.P.C., establece que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”* y el Código de Procedimiento Penal, en el 2º inciso del artículo 435, dispone de manera expresa que *“En ningún caso el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a la que hubiere lugar”*.

se enviaron varias veces al contratista. Los peritos atribuyeron el atraso en la ejecución de las obras al hecho de que a varios planos se les hubieran efectuado 2 o más revisiones, sin discernir ni demostrar ni ilustrar al juez sobre la gravedad o importancia de las correcciones que se hubieran practicado a los distintos planos de construcción, ni demostrar en forma fehaciente que fueron ellas las que impidieron seguir adelante con todos los trabajos a cargo del contratista y por lo tanto, las que produjeron los permanentes y constantes atrasos que se presentaron en la ejecución de las obras.

221. Es decir que en este aspecto, aunque la Sala reconoce el volumen de información que se debió manejar –relación de más de 300 planos correspondientes a toda la obra, algunos con varias remisiones entre las partes- y que hacía bastante dispendioso su estudio y análisis para proferir el dictamen, éste no resulta suficientemente claro, preciso y detallado ni en él se explicaron los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, o los fundamentos técnicos o científicos de las conclusiones, en forma tal que conduzcan al convencimiento del juez sobre la veracidad de sus afirmaciones.

V.1.3. Obras extras y adicionales

222. El demandante adujo que los retrasos en la ejecución de las obras a su cargo -y por ende su incumplimiento contractual- tuvieron como causa, entre otras, el retardo de la Administración en perfeccionar las actas de obras extras y obras adicionales y así mismo la tardanza en su pago, por lo cual alegó que el contratista no estaba obligado a ejecutar tales obras de manera previa a la existencia de dichas actas, en las que constaran los valores a pagar por las obras correspondientes y sostuvo, además, que se ha debido pactar un plazo adicional para su ejecución, tal y como lo ordenaba el contrato y que el pago tardío de estos trabajos había afectado su situación económica y financiera, impidiéndole ejecutar las obras a su cargo en debida forma. Al respecto, observa la Sala:

223. En primer lugar, que las obras extras n.º 1 –por valor de \$ 62 923 122,00– fueron introducidas al contrato de obra pública para la construcción de los edificios de los pozos A y B, obras éstas que no constituían las que inicialmente debían ejecutarse, toda vez que los primeros trabajos que debía emprender el contratista eran los referidos al edificio de control y el edificio SF-6, iniciando por las labores de excavación de malla a tierra, que según las fechas previstas en el programa se empezarían a partir del 14 de julio de 1990.

224. En segundo lugar, que al informar el interventor a la junta directiva de la E.E.B., sobre la necesidad de los precios unitarios como consecuencia de la modificación de la estructura de los mencionados edificios, y que harían parte por lo tanto de las obras extras correspondientes, le manifestó que “...*Los precios unitarios señalados con asterisco se aplicarán exclusivamente a partir de una altura de 4.90 m sobre el nivel del terreno, equivalentes a la cota 1057.20 en el Pozo A y 1038.30 en el Pozo B, alturas hasta las cuales se considera que no hubo modificación en el diseño original. Los demás precios contractuales requeridos para la construcción de los edificios no sufrirán ninguna modificación*”, circunstancia que igualmente quedó inscrita en la respectiva acta de obra extra n.º 1 (fl. 112, cdno. 5 y fl. 114, cdno. 9) (la Sala subraya).

225. Quiere decir lo anterior, que la iniciación de las obras de construcción de tales edificios no dependía de los nuevos precios unitarios ni tenía por qué retrasarse por su causa, y mucho menos las obras de los otros edificios que debían haberse comenzado con anterioridad, no obstante lo cual, desde el inicio de la ejecución del contrato, ya se presentaban inconvenientes y retrasos que fueron advertidos constantemente por la entidad contratante y el interventor, como se registró en las comunicaciones que le fueron enviadas y en las constancias que se plasmaron en las respectivas actas de reuniones de trabajo y programación enunciadas en los hechos probados.

226. En tercer lugar, que el contrato de obra pública n.º 5168 de 1990, tal y como ya se anotó, establecía la facultad de la Administración de ordenar la ejecución de obras adicionales y obras extras al contratista, quien estaba obligado a ejecutarlas “... *siempre que los trabajos ordenados hagan parte de la obra contratada o sean*

necesarios para ejecutar esta obra, para protegerla o complementarla" (cláusula décima cuarta), con la sola exigencia de que tales trabajos fueren ordenados por escrito, en el que se incluyera el alcance del trabajo a realizar, así como su plazo de ejecución y su forma de pago.

227. En relación con las obras adicionales, se pactó que serían pagadas con los precios del contrato y en relación con los trabajos extras, según los precios unitarios acordados con el contratista, aunque se consideró la posibilidad de que no se llegare a un acuerdo sobre tales precios, caso en el cual, de todas maneras, la entidad podía ordenar su ejecución, por el sistema de costo necesario mas porcentaje.

228. También se estableció en la referida cláusula que antes de ejecutar las obras extras se redactaría un acta entre la empresa y el contratista, en la que constara la cantidad de obra, el sistema de pago y los plazos para el trabajo, pero esto se dispuso luego de advertir que ello sería así, "*(...) si su tiempo de ejecución lo permite*", de lo cual se infiere que no era indispensable ni obligatoria la suscripción de la referida acta de obra extra para ordenar su ejecución ni la ausencia de la misma excusaba al contratista del cumplimiento de las instrucciones dadas por la Administración para ejecutar tales obras.

229. Así mismo, dice la estipulación contractual que en caso de que la ejecución del trabajo extra afectare el costo de la obra principal y/o los plazos del contrato "*(...) los costos correspondientes y las modificaciones a los plazos del Contrato deberán incluirse en el Acta*"; de modo que si no se contempló en el acta finalmente suscrita por las partes un plazo adicional para la ejecución de los trabajos extras, fue porque la entidad no lo consideró necesario, teniendo en cuenta que se trataba de obras que reemplazaban a otras que fueron excluidas y cambiadas por las nuevas y que, por lo tanto, contaban con un término de ejecución dentro del contrato, por lo cual, contrario a lo afirmado por la parte actora y por los peritos en los dictámenes rendidos en el plenario, no es acertado afirmar que siempre que se pactan obras extras o adicionales en un contrato, resulta necesario adicionar el plazo de ejecución del mismo, pues muchas veces ellas se pueden realizar dentro del término pactado.

230. Por otra parte, se observa que ante las circunstancias de atraso que se estaban presentando respecto del cronograma de obras, el contrato sí sufrió modificaciones en sus plazos, toda vez que, a través del contrato adicional n.º 1, se prorrogó el plazo para la entrega del edificio B y por acta "*de modificación unilateral*" del 15 de mayo de 1991 suscrita por las partes, se acordó ampliar el plazo de entrega de los edificios de control y SF6 hasta el 31 de mayo y 30 de junio, respectivamente (copia auténtica, fls. 108 y 109, cdno. 5 y fl. 112, cdno 9), no obstante lo cual, tampoco fueron entregadas debidamente terminadas, todas las obras objeto del contrato.

231. En los dictámenes periciales practicados en el proceso, los auxiliares de la justicia sostuvieron que el incumplimiento de la E.E.B. respecto de su obligación de pagar oportunamente las obras extras y adicionales, fue una de las causas que condujo a que el contratista no pudiera ejecutar sus obligaciones dentro de los plazos contractuales, pero esta es una afirmación respecto de la cual, a juicio de la Sala, los peritos no explicaron de manera completa, concreta y convincente de dónde surgió, puesto que se advierte que simplemente se atuvieron a los documentos que demuestran que el contratista presentó reclamaciones ante la entidad en relación con este aspecto y dieron por ciertos los hechos afirmados en ellas, lo cual, a juicio de la Sala, resulta insuficiente para derivar de allí una responsabilidad contractual de la Administración.

232. Y si en gracia de discusión, se concluyera que, efectivamente, la entidad incumplió con obligaciones a su cargo como la de no haber aprobado, mediante su suscripción, las actas con los precios unitarios de las obras extras antes de ordenar su ejecución –que, como quedó visto, no constituyó un incumplimiento, en la medida en que el mismo contrato lo permitía- y que, como consecuencia de este incumplimiento, no hubiere procedido a efectuar los pagos oportunos de tales obras extras, estaba a cargo del demandante acreditar que estas circunstancias fueron de tal entidad, que le impidieron ejecutar oportunamente sus propias obligaciones, a pesar de la entrega del anticipo que fue pactado en el contrato como forma de pago y de las medidas paliativas que tomó la empresa a favor del contratista, para solventar su situación de iliquidez.

233. Pesaba, pues, sobre el demandante, la carga de probar, entre otros elementos, que él no se encontraba en mora de cumplir sus obligaciones o que no estaba obligado a ejecutar, en primer lugar, prestaciones a su cargo, de acuerdo

con lo estipulado en el contrato y que los retrasos e incumplimientos suyos se debieron a esta circunstancia, de falta de pago oportuno de las obras extras.

234. La Sala echa de menos esta prueba, puesto que lo que surge del material probatorio allegado al plenario es la acreditación de que la entidad contratante, frente a las reiteradas reclamaciones del contratista por su falta de recursos para cumplir con sus obligaciones, imputando tal situación al no pago oportuno de las obras extras ejecutadas, no sólo duplicó el monto del anticipo inicialmente pactado en el contrato y le entregó al contratista, en total, un 30% del valor del mismo por este concepto, sino que tomó otras medidas y adoptó modificaciones contractuales relacionadas con la forma de pago, tendientes a suministrarle un flujo de fondos que le permitiera contar con los recursos necesarios para la debida ejecución de las obras y además, lo autorizó para destinar parte de esos recursos al pago de las obligaciones financieras asumidas con terceros, como lo fue la autorización para que realizara la cancelación de un crédito con el Banco Popular, mediante descuentos a favor del mismo respecto de las cuentas de cobro pagadas a DOMUS LTDA. a través de la cuenta que, en manejo conjunto con el interventor, tenían en dicha entidad bancaria.

235. Y a pesar de estas medidas económicas a favor del contratista, éste no ejecutó la totalidad de las obras contratadas dentro de los plazos acordados para ello, que además, como ya se vio, fueron ampliados y sí incurrió en incumplimiento de sus obligaciones con terceros, como el incumplimiento en el pago de salarios de sus trabajadores e incumplimientos con sus subcontratistas.

236. Resulta así mismo significativo el hecho de que el valor inicial total del contrato se hubiere estimado en la suma de \$ 1 967 028 221,00, del cual el 30% que le fue entregado al contratista a título de anticipo -15% al inicio del contrato y otro 15% durante su ejecución- fue de \$ 590 108 466,30, mientras que el valor estimado por concepto de obras adicionales y obras extras fue de \$254 698 188,00, equivalente a un 12,94% del valor total de las obras contratadas, de las cuales, además, según el acta de liquidación unilateral del contrato, se ejecutaron por concepto de obras adicionales, sólo \$ 28 959 877,78 y por concepto de obras extras, un valor de \$124 870 014,17. En consecuencia, no se advierte cómo, el retardo en el pago de este mínimo porcentaje de obra que fue cambiado durante la

ejecución del contrato, por obras adicionales y obras extras, pudiere haber sido la razón del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista en la forma en que se demostró en el *sub-lite*.

237. Para la Sala, las anteriores consideraciones llevan a concluir que no se probó la afirmación de la parte actora, en el sentido de que fueron causas imputables a la Administración, las que le impidieron a DOMUS LTDA. el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y por lo tanto, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad contratante le impuso multa al contratista por el retraso en el desarrollo de las obras y en la iniciación de la construcción de uno de los edificios y declaró luego su incumplimiento, por la no entrega total de las obras contratadas dentro del plazo pactado.

V.2. El equilibrio económico del contrato

238. En subsidio de la pretensión tendiente a obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato por la entidad demandada, la sociedad actora solicitó que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato, alegando que en su ejecución, se produjo una serie de hechos traducidos en extra costos que debió asumir el contratista en la ejecución de las obras -por concepto de suelos y rellenos diferentes a los señalados en el pliego de condiciones, huelgas y paros cívicos, mal estado de las vías, restricción económica y mayor permanencia en la obra, demoras en la legalización de las obras adicionales y extras, alteración del orden público, modificación de las especificaciones y planos y demora en la entrega de estos últimos, información insuficiente, lentitud en la tramitología y cobro excesivo de los servicios suministrados por la EEB- y que calificó de circunstancias y acontecimientos imprevisibles (fl. 29, cdno. 14), por lo cual reclamó su reconocimiento.

239. Al respecto, se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el *pacta sunt servanda*, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben

prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

240. No obstante lo anterior, en consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el *pacta sunt servanda* ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que corresponde a la regla jurídica *contractus qui habent tractum succesivum vel dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel. Es claro entonces que, por regla general, esta figura se manifiesta en los contratos de tracto sucesivo, en los que las prestaciones se van realizando en un lapso más o menos largo; por ejemplo, los contratos de suministro, de prestación de servicios o de obra pública, en los cuales, hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, pueden afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.

241. En materia de contratación estatal y más específicamente para la época en la que fue celebrado el contrato objeto de la presente litis, el ordenamiento legal que

regía los contratos de las entidades estatales contemplaba disposiciones tendientes a la preservación del equilibrio económico del contrato. Es así como la Ley 19 de 1982⁶⁵, estipuló en su artículo 6º que, cuando de la modificación de los contratos administrativos ordenada por la Administración en razón del interés público, se derivaren nuevos costos a cargo del contratista, éste tendría derecho a ser reembolsado por ellos y si la variación del valor del contrato era superior al 20%, el contratista podía desistir del mismo; y en el artículo 8º, establecía que en los casos de terminación unilateral por inconveniencia o inoportunidad del contrato, se contemplaría dentro de la liquidación del mismo, un estimativo de los perjuicios que debieran pagarse. El Decreto Ley 222 de 1983, además de reiterar estas disposiciones, estipuló en su artículo 20 que, cuando se fuera a modificar unilateralmente un contrato, se debía: 1) mantener las condiciones técnicas para la ejecución del mismo, 2) respetar las ventajas económicas que se hubieren otorgado al contratista, 3) guardar el equilibrio financiero del contrato para ambas partes y 4) reconocer al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación. Sin embargo, como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de la Sección:

(...) no han sido éstas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato.

⁶⁵ “Por la cual se definen nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones”.

*Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión*⁶⁶.

242. En relación con la teoría de la imprevisión como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos⁶⁷, su aplicación surgió dentro del ámbito de la contratación administrativa por vía jurisprudencial y para que opere la misma como causa que da lugar al restablecimiento económico del contrato a favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos⁶⁸:

1º. Que con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas.

2º. Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya un álea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes.

3º. Que esa nueva circunstancia, no hubiere sido razonablemente previsible por las partes.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14577, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁷ Que fue contemplada por el derecho privado para aquellos contratos regulados por las normas del Código Civil y del Código de Comercio: El numeral 2º del artículo 2060 del Código Civil, al referirse a los contratos de construcción de edificios a precio global -por un precio único prefijado- estableció que los mismos se sujetaban, entre otras, a la regla consagrada en su numeral 2º: “*si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieren preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda*”. Por su parte, el artículo 868 del Código de Comercio, establece: “*Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato (...)*”.

⁶⁸ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de abril de 1989, expediente 5426; sentencia del 29 de junio de 1989, expediente 5295; sentencia del 16 de abril de 1991, expediente 6102; sentencia del 27 de junio de 1991, expediente 3600; sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente 10.151; sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577; sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente 15.119; sentencia de 24 de febrero de 2004, expediente 14.043; sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 14.854.

4º. Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

243. Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato⁶⁹, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato.

Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias⁷⁰

244. Las partes se obligan a través del contrato, una vez analizan las circunstancias existentes al momento de celebrarlo -o de presentación de la respectiva oferta, según el caso-, en todos los aspectos que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones, como son los precios de materias primas y equipos vigentes en el mercado, la normatividad que rige en aspectos como el impositivo, el aduanero, el régimen laboral, etc., las condiciones físicas de

⁶⁹ Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato” Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III -A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524.

⁷⁰ Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., 2ª ed., 2003, pg. 493.

ejecución de las prestaciones, (por ejemplo, en los contratos de obra, en cuanto a la topografía, la calidad de los suelos, el clima reinante en el sitio de las obras durante el plazo de ejecución de las mismas), etc., y así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración, podían razonablemente preverse.

245. Con base en toda esta información, las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte, y que en consecuencia, considerará como equivalente. Se trata entonces, una doble relación: En primer lugar, cada una de las partes, considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume, frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual.

246. En cuanto a las consecuencias patrimoniales que se derivan de la aplicación de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos. No se reconocen las utilidades que haya dejado de percibir, como tampoco ningún otro perjuicio que haya sufrido por esa causa.

247. La razón de ser de esta indemnización limitada, radica en el hecho de que el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la entidad contratante, quien por lo tanto, también se ve sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que surge una amenaza a la correcta ejecución del contrato; por lo tanto, si se establece la obligación legal de ésta de acudir en ayuda del contratista mediante la asunción de los mayores costos en los que tuvo que incurrir, es porque con ello se busca precisamente, que el servicio o actividad estatal para el cual se celebró el

respectivo contrato, no se vea paralizado o afectado y que pueda llevarse a buen término la ejecución del objeto contractual, sin que tal obligación obedezca a algún tipo de responsabilidad de la contratante –puesto que ningún daño ocasionó-, y si asume parte de las consecuencias adversas derivadas de ese hecho imprevisto y exógeno a las partes, lo hace por razones del buen servicio, porque resulta más conveniente para los fines que se busca satisfacer a través de la ejecución del objeto contractual, que ella asuma el reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir el contratista, que arriesgarse a que la prestación quede inconclusa o mal ejecutada, o a tener que tramitar un nuevo contrato con nuevas condiciones económicas.

248. Finalmente, cuando se alega la teoría de la imprevisión para solicitar con fundamento en la misma el reconocimiento de los mayores costos en los que haya debido incurrir el afectado, se exige que éste haya ejecutado las obligaciones a su cargo. Como se vio, uno de los requisitos para que opere la teoría es que la circunstancia extraordinaria, imprevista e imprevisible, que se presenta con posterioridad a la celebración del contrato y que lo afecta de manera significativa, dificulte mas no imposibilite su ejecución, porque de ser así, se estaría frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual y por lo tanto exonerativa de responsabilidad, que por ende, releva al contratista de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo -sin derecho a reclamación económica alguna-, puesto que a lo imposible nadie está obligado; en cambio, en la teoría de la imprevisión, la ejecución de las prestaciones contractuales a cargo de la parte afectada no se imposibilita, sólo se torna mucho más onerosa y el contratista que se halla en tales condiciones no está relevado de su obligación de cumplir, debiendo ejecutar las prestaciones a su cargo en la forma pactada, si pretende sacar adelante su pretensión de reconocimiento de los mayores costos.

249. En el presente caso, como ya se dijo, el demandante alegó varias circunstancias que, a su juicio, le ocasionaron mayores costos, y cuyo reconocimiento reclama a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en subsidio de la pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad demandada; sin embargo, observa la Sala, de un lado, que la contratista DOMUS LTDA. no ejecutó todas las prestaciones a su cargo, es decir, no cumplió cabalmente el contrato; y de otro lado, que los eventos alegados o no fueron probados en debida forma, o carecen de la necesaria nota de

imprevisibilidad o no son de la magnitud que se requiere para admitir la existencia del rompimiento de la ecuación contractual con el consecuente deber de la entidad demandada de proceder a su restablecimiento, por lo cual, aún en el evento hipotético de que la demandante hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales habilitándose para efectuar esta reclamación, tampoco tendría vocación de prosperidad la misma.

250. Como quedó visto en la enunciación de los hechos probados, es cierto que en la ejecución del contrato se presentaron ciertas circunstancias que incidieron, en mayor o menor grado, en el desarrollo de las obras, lo cual a juicio de la Sala resulta normal en esta clase de contratos y es por ello que en el cálculo de sus costos indirectos, los proponentes deben incluir un porcentaje denominado *imprevistos*, para enfrentar y solventar aquellos gastos extras que puedan surgir por el camino y que no hayan sido expresamente previstos en el contrato; especialmente en aquellos como el que es objeto de la presente *litis*, en los que además se debe realizar la coordinación con otros contratistas, que hacen parte de un proyecto de mayor envergadura en el que cada uno tiene a su cargo una parte de la obra total.

251. Sin embargo, en relación con los eventos que se presentaron durante la ejecución del contrato celebrado entre la E.E.B. y DOMUS LTDA., no se acreditó que los mismos hubieran tenido la entidad que la parte actora adujo, como suficiente para alterar las condiciones iniciales del negocio jurídico. Es así como no se probó que las circunstancias relacionadas con la clase de suelos, excavaciones y rellenos en la obra que debió enfrentar el contratista una vez se dio la orden de iniciación de las obras, hubieran estado por fuera de lo previsto o normalmente previsible en el contrato; en cuanto al mal estado de las vías de acceso a las obras, observa la Sala que el pliego de condiciones que rigió la licitación pública que precedió al contrato celebrado por las partes, había establecido que era deber del contratista tener en cuenta las condiciones de las vías para efectos del transporte de personal, materiales y equipos para la ejecución de las obras y que debía efectuar los trabajos que considerara necesarios para dichos accesos, previa aprobación de la empresa, siendo por cuenta de aquel tanto su construcción como su mantenimiento, así como las medidas necesarias para evitar la obstrucción de las vías públicas o las carreteras

de acceso que utilizara o compartiera con otros contratistas; además estableció que *“La Empresa no garantiza, en ninguna forma las condiciones de los accesos a la obra ni el libre tránsito por ellos en todo tiempo”*, que el contratista debía tener en cuenta *“(…) las condiciones de estos accesos, su estado normal, las posibilidades de interrupciones, especialmente durante los períodos de lluvias, su tipo de mantenimiento y cualquier otra característica de los mismos que pueda incidir en la ejecución de la obra”* y que debía informarse *“(…) en cuanto a las restricciones y limitaciones que puedan afectar el transporte de los equipos, elementos y materiales que debe suministrar para la obra y la Empresa no será responsable de ninguna demora o costos en que incurra el Contratista por causa de cualquier restricción o limitación en el transporte”* (fl. 626, cdno. 8).

252. En relación con las huelgas y paros que adujo el demandante como causa de los mayores costos que debió asumir, se probó que efectivamente hubo al menos una situación de paro cívico protagonizado por habitantes del municipio de Mámbita que obligó a paralizar la ejecución de las obras, pero la Sala no halló que se hubiera acreditado por cuánto tiempo duró tal situación: horas, días o semanas, ni la prueba de que tal hecho hubiera representado una afectación grave de la ecuación contractual, porque se hubiera obligado al contratista a una mayor permanencia en las obras, justamente por esa circunstancia.

253. Sobre las demoras en la legalización de las obras adicionales y las obras extras que se introdujeron en la ejecución del contrato, ya se explicó que éste autorizaba dichas modificaciones y establecía en qué términos podía ordenarlas la entidad contratante, quien actuó con apego a lo establecido en la cláusula contractual respectiva, desde luego sin que hubiese surgido la necesidad de introducir una modificación unilateral del contrato, lo que supone el acuerdo de voluntades respecto de su ejecución. Por otra parte, debe advertirse que la existencia de obras adicionales y extras en un contrato, por sí sola, no constituye una ruptura del equilibrio económico del contrato sino que se trata de una circunstancia previsible y prevista expresamente por las partes al incluir su regulación en el negocio jurídico; por lo tanto, cuando se alega que la ruptura del equilibrio económico contractual se ha producido con ocasión del pago retrasado o tardío de tales obras, debe probarse la grave afectación que de su ejecución se ha derivado para el contratista, al punto de haber distorsionado la ecuación

contractual surgida al momento de contratar, teniendo en cuenta, en el presente caso, la existencia de las demás medidas económicas que la entidad contratante tomó a favor del contratista, en reconocimiento de la afectación que sufrió por el retardo en el pago de las actas de obras extras y adicionales y con la finalidad de brindarle la liquidez que éste reclamaba y que según adujo -por cuanto tal circunstancia no aparece debidamente acreditada-, no pudo obtener del sistema financiero en razón de medidas del Gobierno Nacional que lo hicieron imposible.

254. Y nuevamente la Sala reitera en este punto, que las deficiencias en la ejecución contractual se empezaron a advertir desde su misma iniciación, cuando el contratista contaba en su haber con la partida que por concepto de anticipo le había entregado la entidad y en relación con labores sobre las cuales no se probó que influían de manera directa y determinante las obras extras y adicionales pactadas.

255. Lo que sí advierte la Sala a partir del análisis conjunto y razonado de los hechos probados en el *sub-lite*, es que la sociedad DOMUS LTDA., aún desde antes de suscribir el contrato no estuvo de acuerdo con sus términos, a tal punto que pretendió que la entidad modificara múltiples de sus disposiciones, inconformidad que seguramente le asaltó desde el mismo proceso de selección, puesto que la licitación pública estuvo regida por un pliego de condiciones del cual hacía parte la respectiva minuta de contrato, pero confió en que podría negociar sus términos con la entidad contratante.

256. Se observa además, que la sociedad DOMUS LTDA., salió favorecida en la licitación pública con fundamento en una determinada propuesta económica, que a la postre resultó insuficiente para absorber los costos reales de ejecución de la obra pública, viéndose obligada, por lo tanto, a elevar una serie de reclamaciones que están básicamente orientadas a la recuperación de tales costos por este medio -alegación del rompimiento del equilibrio económico del contrato por eventos de imprevisión-, que el contratista no pudo asumir con los recursos normales del contrato.

257. Sobre la actitud del constructor en casos como el que es objeto de análisis, resulta relevante el hecho de que la Administración también escogió su oferta dentro de un proceso de selección de contratistas por considerar que era el más idóneo para la ejecución de las obras, por ser un especialista en el área respectiva y porque brindaba los conocimientos y la experiencia necesarios que le permitieran sortear las dificultades que normalmente pueden suscitarse en esta clase de obras; de manera que si bien el contratista debe ceñirse a los términos del contrato celebrado con la Administración, esto no lo releva de su deber de implementar soluciones y crear alternativas que permitan llevar a buen término las obras que le fueron encomendadas, en vez de excusarse en las observaciones y solicitudes del interventor como causa de sus retrasos y desfases en los programas establecidos, con miras a una futura reclamación por concepto de mayores costos. Es bien sabido que una de las principales obligaciones del contratista de obra pública, es la de cumplir con los plazos pactados y no retrasar ni suspender la ejecución de los trabajos; es lo que la doctrina ha denominado el “*principio de la continuidad en la ejecución*”, conforme al cual la Administración tiene el derecho de exigir a su contratista la continuación, en toda circunstancia, de la ejecución del contrato, de tal manera que éste no se vea interrumpido por causa alguna, teniendo en cuenta la finalidad propia de todo contrato estatal:

Iniciada, pues, la ejecución de una obra pública, es deber del cocontratante particular continuar ininterrumpidamente los trabajos, siguiendo el ritmo previsto en el plan y cronograma aprobados por la administración, sin que pueda suspendérselos, salvo que se produzcan situaciones que constituyan casos de fuerza mayor o hechos de la administración que impidan o hagan imposible la ejecución del contrato, o trastornen de manera definitiva la existencia de la relación contractual, o hechos que, previstos en el contrato, se haya admitido que produzcan ese resultado.

Pero fuera de esos supuestos, el cocontratante particular no debe interrumpir o suspender la realización de los trabajos, ni aún invocando la existencia de reclamaciones administrativas o juicios en trámite o actitudes de la administración pública, como el retraso en los pagos a cuenta, u otras semejantes.

Si el cocontratante, fuera de los casos en que corresponde, suspende o interrumpe la ejecución de la obra, incurre en una grave inconducta (sic)

contractual, que dará lugar a que la administración pública haga uso de los medios que el derecho administrativo y el propio contrato hayan previsto para asegurar esa ejecución, pudiéndose llegar, incluso, a la rescisión del contrato, medida que sólo habrá de adoptarse en casos extremos, ya que por lo común perjudica el interés general, pues lo que debe buscarse es el cumplimiento de los contratos administrativos, y no su rescisión.

Pero el cocontratante no sólo debe abstenerse de suspender o interrumpir los trabajos, sino que además debe evitar incurrir en actos o decisiones que sin implicar directamente aquel resultado, indirectamente puedan producirlo, por tratarse de conductas que repercuten en la ejecución normal de la obra o alterar el ritmo fijado para su realización. Así, por ejemplo, la falta de pago, por el contratista, a sus obreros y empleados, constituye un hecho que incidiendo en la realización de los trabajos y pudiendo producir su paralización, el cocontratante debe evitar, y que si originara esa paralización, lo haría incurrir en responsabilidad contractual⁷¹.

258. Lo anterior no significa de manera alguna que el contratista renuncie al derecho que tiene a recibir la contraprestación pactada y a reclamar los mayores costos en los que haya podido incurrir, sino que tales reclamaciones no pueden ser la excusa para demorar la ejecución de las obras a su cargo, como sucedió en el *sub-lite*, donde se evidenció el atraso de los trabajos a cargo del contratista por falta de personal, materiales y equipos, justificado en el hecho de que no habían sido suscritas las actas de obra extra y por lo tanto, no le habían sido canceladas las mismas.

259. Al respecto, es necesario reiterar cómo, ni siquiera cuando se presenta un evento de imprevisión está autorizado el contratista para dejar de ejecutar las prestaciones a su cargo, pues si bien tal evento le da derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando quiera que el mismo se haya visto afectado por la circunstancia extraña e imprevista, no constituye una causal de justificación de su incumplimiento, y es necesario, si quiere obtener el restablecimiento en cuestión, que haya ejecutado a cabalidad las obligaciones a su cargo; y ello es así, porque el contratista sólo se ve relevado de sus

⁷¹ Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen II, Parte Especial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pgs. 233 y 234.

obligaciones frente a un evento de fuerza mayor, que conduce a una imposibilidad absoluta de cumplirlas y no cuando lo que se ha presentado es una mayor dificultad para su ejecución.

260. Finalmente, en cuanto a la impugnación del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, observa la Sala que la misma se sustentó en la ilegalidad de los actos de multas e incumplimiento y en la necesidad de excluir de la liquidación las consecuencias patrimoniales de estas decisiones así como de incluir las indemnizaciones que se derivaran como consecuencia de su anulación y de las indemnizaciones que se ordenaran en virtud, bien fuera de la declaratoria de incumplimiento de la entidad demandada o de la orden de restablecimiento del equilibrio económico del contrato; y dado que ninguna de estas pretensiones prosperó, no hay lugar tampoco a declarar la nulidad de la resolución de liquidación unilateral.

VI- Conclusión:

261. El análisis del material probatorio aportado al proceso, es indicativo de que el contratista dirigió sus acciones más hacia la obtención de reconocimientos económicos, que al fortalecimiento de la dirección de la obra, el cual en reiteradas ocasiones le fue solicitado por el interventor, con miras a obtener el rendimiento adecuado en la ejecución de los trabajos a su cargo que permitiera su culminación en los plazos pactados, sin lograr que las obras fueran ejecutadas total y oportunamente por el contratista, a pesar de que el cumplimiento de la programación de las mismas en este caso, era indispensable para la coordinación de otras obras con distintos contratistas, que, como el demandante, hacían parte de un proyecto de mayor envergadura y enorme importancia para el interés público y social, como era la construcción de la Hidroeléctrica del Guavio, que permitiría el suministro del servicio público esencial de energía eléctrica a un gran sector de la población, siendo evidente entonces que, para garantizar la satisfacción de las necesidades de la comunidad, resultaba imperativo el

cumplimiento oportuno de los programas de obra e inversiones. En tales condiciones, la Sala considera que el recurrente no aportó argumentos ni elementos de juicio suficientes para enervar la sentencia de primera instancia, la cual por lo tanto, merece ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: No prospera la objeción por error grave formulada en contra de los dictámenes periciales practicados en el proceso por los peritos Ramiro Adán Guáqueta y Marco Aurelio Farfán (proceso 8365) y Jaime Farías Parra y Rafael Silva Valenzuela (proceso 9169).

SEGUNDO: CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de agosto de 1997.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO DANILO ROJAS BETANCOURTH