

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Probada. Caso ampliación muelle nacional Aeropuerto El Dorado / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Probada. Declara nulidad de resolución que declaró incumplimiento parcial de contrato suscrito entre Sociedad Benhur y Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

De conformidad con el escenario probatorio que viene de analizarse no resulta procedente declarar probada la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, si bien se encuentra acreditado que la entidad pública contratante efectivamente incurrió en los incumplimientos que la demandada le imputó, lo cierto es que las pruebas que obran en el plenario no permiten concluir que dichos incumplimientos fueran la fuente o la causa de los que son atribuibles a la sociedad contratista. (...) En ese sentido cabe recalcar que no existe, per se, una conexión entre las falencias que se atribuyeron a la Administración en relación con la demora en la entrega de planos, la insuficiencia de los mismos y el desconocimiento de las especificaciones necesarias en algunos aspectos para desarrollar las labores de ampliación del aeropuerto, frente a la constante falta de personal en la obra y el deficiente desarrollo de los trabajos por parte de la contratista. En ese mismo orden de ideas dable es concluir que la excepción de contrato no cumplido puede prosperar, por cuanto no puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., en tanto que, además de evidenciar sus inobservancias contractuales durante todo el tiempo de ejecución de la obra, las cuales, como ya se dijo, no pueden justificarse en razón de los incumplimientos de la demandada, no se observó de su parte una sería intención de cumplir con sus obligaciones. (...) No obstante todo lo anterior y como ya se ha venido anticipando a lo largo de la presente providencia, la Sala no puede pasar inadvertida frente a los incumplimientos que son imputables a la entidad demandada, en relación con los cuales, dada su gravedad y naturaleza, es posible inferir razonadamente que, aun cuando no constituyeron justificación de los incumplimientos de la contratista, claramente tenían entidad para afectar el desarrollo normal y adecuado de la obra, al igual que se colige en relación con las inobservancias que son atribuibles a la sociedad demandante, sin que sea posible determinar cuáles incumplimientos habrían afectado en mayor o menor medida la obra al punto de hacerla impróspera, pero con la plena certeza de que ambos partes tuvieron gran influencia y determinación en el mal resultado del contrato. (...) No a otra conclusión puede arribarse si se tiene en cuenta que, como de manera diáfana puede observarse a lo largo de la providencia, las falencias de la entidad contratante, al igual que las de la contratista, eran lo suficientemente graves como para alterar el curso normal de la ejecución del contrato, así por ejemplo, se tiene que dado el cambio del cuarto de máquinas por parte de la Unidad Administrativa, la sociedad actora se vio obligada a rediseñar en su totalidad la red de ventilación mecánica, así mismo, según se vio, en razón del desconocimiento de la parte contratante respecto de algunas zonas que iban a ser tocadas para la ampliación del aeropuerto, se debieron adelantar varias actividades tendientes a investigar sus condiciones reales, circunstancias éstas que, de suyo, debían repercutir en el desarrollo de las labores, lo mismo que se predica en razón de las indefiniciones de la entidad respecto de la red de gas, la red hidráulica, las escaleras y la rampa de servicio. (...) En ese contexto, como quiera que se trata de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, para que la parte del contrato interesada, cualquiera que fuera, pudiera valerse de la declaratoria de incumplimiento, bien sea a través de acto administrativo, como en este caso era facultad de la entidad contratante, o a través de la vía judicial, como lo solicitó la sociedad contratista, era indispensable que hubiese cumplido a cabalidad con las obligaciones que estaban a su cargo, o que se hubiese avenido a hacerlo o, lo que

es lo mismo decir, que no hubiera provocado por su causa el incumplimiento del contrato, para luego poder procurar para sí el pago de los posibles perjuicios que se le hubieren causado en razón del desconocimiento de las obligaciones de su co-contratante. (...) Ahora bien, dado que fue posible acreditar en el proceso que, al igual que los incumplimientos de la sociedad demandante, los que son atribuibles a la entidad demandada también fueron determinantes para que el contrato no pudiera ejecutarse en el período programado y como quiera que dichos incumplimientos fueron alegados por la parte actora en la demanda para pedir la nulidad de los actos enjuiciados, la Sala debe proceder a declarar la nulidad de los mismos, pues, como se expresó con antelación, constituye presupuesto de la declaratoria de incumplimiento de un contrato que quien la solicite, o, en el presente caso, quien la declare, no haya dado lugar a su configuración. (...) Consecuencialmente, la Sala declarará que en caso de que se hubiera pagado la cláusula penal que se ordenó hacer efectiva a través de la Resolución No. 05337 del 19 de agosto de 1993, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil deberá reintegrar su valor, debidamente actualizado, a quien corresponde, conforme a la fórmula que usa el Consejo de Estado para estos efectos -, desde la fecha del desembolso – índice inicial - y hasta la fecha en que se haga la devolución efectiva del dinero – índice final -, toda vez que, además de ir contra de los postulados de la buena fe contractual, resultaría desproporcionado, inequitativo, que la entidad pública contratante, por vía de la declaratoria de incumplimiento, pudiera cobrar la cláusula penal que corresponde a una tasación anticipada de perjuicios, cuando lo cierto es que su comportamiento, aunado con el del contratista, fue el que dio lugar a que el contrato no se ejecutara en su totalidad y, en consecuencia, contribuyó también en la producción de los daños que por tal circunstancia se le hubieran podido causar. En ese estado las cosas, la Sala queda relevada de analizar los demás cargos en los que se fundó la pretensión de nulidad de los actos administrativos demandados.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver la sentencia de 6 de junio de 2012, exp. 19480

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Declaratoria de incumplimiento. Obligación del actor de probar que cumplió con sus obligaciones contractuales para solicitar incumplimiento del co-contratante

Al respecto, en sentencia del 6 de junio de 2012 proferida por esta Subsección, se indicó: “Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Sección, así: [...] tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada [...] (...) Así entonces, a

pesar de que la providencia en cuestión hace alusión a la solicitud de declaratoria de incumplimiento de parte de un contratista del Estado, en razón a la bilateralidad del contrato al que se refiere, las consideraciones que en ella quedaron expresadas deben entenderse también cuando sea una entidad pública contratante la que a través de acto administrativo declare el incumplimiento, pues tal condición, por disposición de la ley, constituye un presupuesto para que proceda una declaratoria de esa naturaleza.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver la sentencia de 6 de junio de 2012, exp. 19480

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Probada. Ordena la devolución del pago de la cláusula penal a favor del contratista, por parte de la entidad pública, en el caso que hubiere sido ejecutada

Al respecto, en sentencia del 6 de junio de 2012 proferida por esta Subsección, se indicó: “Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Sección, así: [...] tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada [...] (Negrilla ajena al texto original). (...) Así entonces, a pesar de que la providencia en cuestión hace alusión a la solicitud de declaratoria de incumplimiento de parte de un contratista del Estado, en razón a la bilateralidad del contrato al que se refiere, las consideraciones que en ella quedaron expresadas deben entenderse también cuando sea una entidad pública contratante la que a través de acto administrativo declare el incumplimiento, pues tal condición, por disposición de la ley, constituye un presupuesto para que proceda una declaratoria de esa naturaleza.

PRINCIPIO DE PLANEACION - Estudios previos. Deber de ser respetado y cumplido por las entidades públicas / CONTRATACION ESTATAL - Principio de planeación. Estudios previos / PRINCIPIO DE PLANEACION - Deber de realizar estudios y análisis suficientes sobre alta probabilidad para que el objeto contratado se pueda ejecutar en el término acordado

Es oportuno destacar que las entidades oficiales que celebren contratos públicos están obligadas a respetar y a cumplir, entre otros principios y deberes, el de planeación, en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos que permitan y a la vez aseguren con una alta probabilidad que el objeto contratado se podrá ejecutar en el término previsto y acordado y según las condiciones óptimas requeridas. El Decreto 222 de 1983, norma aplicable al caso concreto, impuso a las entidades públicas el deber de atender y acatar el principio de planeación, así, además de

otros artículos, dicha obligación fue consagrada en el artículo 84 de la norma, por medio del cual se dispuso que en tratándose de contratos de obra pública no se podía licitar ni contratar su ejecución sin que de manera previa se hubieran elaborado los planos, proyectos y presupuestos respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación, prohibición legal que le atribuyó a la entidad pública contratante el deber de entregar a su contratista todos los elementos que fueran necesarios e indispensables para el desarrollo de la obra encomendada, con el propósito de evitar dilaciones y tropiezos futuros que impidieran su oportuna y adecuada ejecución y que, según la parte actora, habría sido desconocida por el entonces Fondo Aeronáutico Nacional, lo cual habría repercutido en el desarrollo normal de la obra y habría ocasionado que ésta no pudiera ejecutarse dentro del término pactado para ello.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

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

Radicación: 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081)

Actor: SOCIEDAD BENHUR HERRERA VALENCIA Y COMPAÑIA LIMITADA

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (PROCESOS ACUMULADOS) (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, por medio de la cual se despacharon negativamente las súplicas de las demandas acumuladas.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas.

1.1. Expediente No. 95-D-11431.

La sociedad BENHUR HERRERA VALENCIA Y CIA. LTDA., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el día 29 de septiembre de 1995, presentó demanda ordinaria en contra de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. En el escrito de la demanda se solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA PRETENSION:

Declárase la nulidad de la Resolución No.05337 del 19 de agosto de 1994, mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil declara incumplido parcialmente, el Contrato No.0521-OP, y aplica pena pecuniaria por la suma de \$8.188.561.20 m/l.

SEGUNDA PRETENSION:

Declárese la nulidad de la Resolución No. 03860 del 27 de junio de 1995, notificada el 21 de Julio del mismo año, mediante la cual confirma la anterior, desechando el recurso de reposición formulado por la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., y mediante la cual, se declara agotada la etapa gubernativa.

TERCERA PRETENSION:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, condenase (sic) a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a devolver debidamente actualizado en su valor monetario, el monto ya cobrado a la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda. de la preanotada cantidad de dinero, más los intereses comerciales que resultaren procedentes, según certifique la Superintendencia Bancaria y/o mediante aplicación del Índices de Precios al Consumidor, certificado por el DANE, aplicados al período comprendido entre el pago real de la multa y el de la ejecutoria de la sentencia que ordene el reintegro.

CUARTA PRETENSION:

4. Condenase (sic) en las costas procesales del presente proceso a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Tásense, incluyendo agencias en derecho.

“Dese aplicación a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.C.A.

respecto a los pagos ordenados en el fallo.”¹

La demanda fue coadyuvada por CÓNDROR S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, empresa que expidió la póliza de seguro de cumplimiento No. 2522 para garantizar, a favor de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de obra pública No. 0521-OP, quien, después de reiterar las primeras tres pretensiones de la demandante solicitó, en forma subsidiaria, que:

“En caso de resultar sentencia desfavorable al contratista SOCIEDAD BENHUR HERRERA VALENCIA LTDA, respecto de la nulidad de las resoluciones 05337 del 19 de Agosto de 1994 Y 03860 del 27 de junio de 1995, pero resultar condenada LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL a pagar a la SOCIEDAD BENHUR HERRERA VALENCIA & CIA LTDA, suma de dinero por concepto de obras adicionales y extras no previstas, por mora en el pago de cuentas periódicas, por cantidades retenidas a título de garantía adicional, así como intereses moratorios de la misma, por cualquier otra causa, solicito la compensación a cargo de la SOCIEDAD BENHUR HERRERA VALENCIA LTDA. y a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL, que surjan de las resoluciones 05337 del 19 de Agosto de 1994 y 03860 del 27 de JUNIO de 1995”².

1.1.1. Los hechos.

Como sustento de las pretensiones, la parte demandante narró, en síntesis, los siguientes hechos:

Según la demanda, el día 29 de julio de 1992, el Fondo Aeronáutico Nacional, hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, celebró con la sociedad BENHUR HERRERA VALENCIA CIA. LTDA., el Contrato de Obra Pública No. 0521-OP, cuyo objeto consistió en la ejecución de *“las obras correspondientes a la remodelación y ampliación del muelle nacional costado norte, terminal de pasajeros, segundo nivel del Aeropuerto El Dorado de la ciudad Santa Fe de Bogotá...”*.

Se expuso también en el libelo que el contrato se pactó por el sistema de precios unitarios fijos sin reajustes, por valor nominal inicial de \$311'242.979.00, con un

¹ Folios 2 a 28 del cuaderno No. 10 del expediente.

² Folios 46 a 51 del cuaderno No. 10 del expediente.

plazo de ejecución, inicialmente, de 150 días calendario contados a partir de la entrega y recibo del anticipo pactado.

Igualmente, dijo la parte actora que el 13 de agosto de 1992 se celebró el Otrosí No. 1 al Contrato 0521-OP, mediante el cual la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil aclaró la cláusula séptima referente a la apropiación presupuestal.

Así mismo, se narró en la demanda que las partes celebraron los siguientes convenios adicionales: *i)* No. 0521-OP-1, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil dijo aclarar las cláusulas octava y vigésima sexta del contrato principal, referentes a su perfeccionamiento, pero, según la demanda, en realidad las modificó; *ii)* No. 0521-OP-02, mediante el cual se estableció una prórroga de 75 días al plazo de ejecución de la obra, hasta el 16 de agosto de 1993; *iii)* No. 0521-OP-03, mediante el cual se estableció una prórroga de 90 días al plazo de ejecución de la obra hasta el 14 de noviembre de 1993.

Dijo la parte actora que el 14 de noviembre de 1993, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil estimó terminado el plazo de ejecución de la obra y dio inicio a su liquidación, trámite en el que la demandante formuló reclamos que, según manifestó, hasta la fecha de presentación de la demanda no habían sido resueltos.

Se indicó en el libelo que, encontrándose en ejecución el contrato, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil profirió la Resolución No. 4083 de 1993, mediante la cual impuso multas al contratista por presuntos atrasos en la ejecución de las obras, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. 6747 del mismo año. Los citados actos administrativos fueron demandados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proceso al que correspondió el radicado número 9502.

Según la demanda, mediante Resolución No. 6785 de 1993, cuando el contrato se encontraba en ejecución, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil nuevamente le impuso una multa a la contratista con sustento en el atraso de los trabajos contratados. En contra de tal decisión se interpuso recurso de reposición que fue resuelto negativamente a través de Resolución No. 10336 de 1993. Los

actos administrativos fueron demandados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, habiéndole correspondido al proceso el radicado No. 9761.

Se aseveró en la demanda que la contratista no fue la causante de las demoras argüidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, pues, a su juicio, la única responsable de los retrasos fue la propia entidad contratante.

Después de transcribir el texto de las resoluciones demandadas en este proceso, la parte actora señaló que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil licitó el proyecto sin que estuvieran listos los planos, los cálculos y las definiciones mínimas de la obra, aspectos que resultaban necesarios para emprender un trabajo de las características del contrato celebrado, falta de información técnica que, a su vez, habría tenido serias repercusiones en la marcha de las obras, a lo cual habría contribuido también las frecuentes modificaciones y la tardanza en la adopción de medidas requeridas por parte de los funcionarios de la entidad demandada que condujeron a indefiniciones que crearon demoras y sobrecostos en la ejecución del proyecto.

En cuanto a esos aspectos concierne, indicó la parte demandante que los planos que entregó la Aeronáutica para la licitación fueron de limitada cantidad y calidad y que *“distan mucho de ser suficientes y comprensivos para la ejecución de la obra”*; así mismo, señaló que la entidad nunca tuvo los diseños y planos de ítems complejos e importantes como los de estructura metálica, sistema eléctrico, sistema de sonido, entre otros, y que, a última hora, estableció en los pliegos que éstos fueran ejecutados por el contratista; manifestó también que la Aeronáutica desconocía, desde el momento mismo de la licitación y aún en el momento de la ejecución del contrato, las especificaciones de las columnas, placas ducterías a utilizar, acabados, entre otras, lo que, según afirmó, condujo a que se tuviera que adelantar la construcción de manera empírica.

Agregó la sociedad actora que otro factor que incidió en el lento desarrollo del contrato fue la práctica de la interventoría de la obra de dar órdenes directamente a los subcontratistas y al personal obrero, eludiendo el conducto regular del ingeniero residente del contratista para evitar su supervisión, lo cual habría generado la pérdida de coordinación y control sobre importantes secuencias de la ejecución de la obra, realización de trabajos y suministro de materiales.

Aseguró la demandante que en el contrato se generó un fuerte desequilibrio económico en contra del contratista, circunstancia que fue puesta en conocimiento de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en múltiples ocasiones, en forma verbal y escrita, la última de ellas mediante oficio BHV-550-93, por medio del cual se solicitó el restablecimiento del equilibrio económico sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda se hubiere obtenido respuesta alguna al respecto.

Expresado lo anterior, dijo también la parte actora que las causas que dieron origen al desequilibrio económico del contrato no son atribuibles a la demandante, por cuanto dicho desequilibrio se generó, primero, como consecuencia de las actuaciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y, segundo, a partir de las modificaciones de las condiciones de mercado provenientes de las medidas adoptadas por el Gobierno.

Igualmente, se aseveró en la demanda que el desequilibrio económico del contrato influyó en el proyecto, por cuanto la parte demandante se vio obligada a asegurar por todos los medios los mejores precios posibles a través de largas y dispendiosas cotizaciones y negociaciones.

Así también, se dijo en el libelo que al desequilibrio económico del contrato se sumó la *“actitud arrogante y a menudo maliciosa”* de la interventoría que en muchas ocasiones se negó a recibir las obras ejecutadas o lo hizo únicamente respecto de la parte que ella *“en su soberana voluntad quería”*, demorando el reembolso que le correspondía al contratista y haciendo aún más difícil la situación económica y financiera del proyecto.

A lo anterior la parte actora agregó que las obras del contrato, correspondientes a los ítems de remodelación, no se ejecutaron dentro del plazo contractual por razones netamente imputables a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, primero, porque la interventoría impuso en forma omnímoda y unilateral que la programación y ejecución de las obras debía hacerse en forma lineal y secuencial, realizando en primer lugar los ítems correspondientes a ampliación de obras de remodelación propiamente dichas, a pesar de que tal condición no estaba señalada ni en los pliegos de condiciones ni en el contrato, y, segundo, por cuanto, aunque no de manera oficial, la interventoría respondía negativamente a las solicitudes en las cuales se le pedía la autorización para iniciar las labores de

remodelación, argumentando que los arrendatarios de los espacios del terminal eran personas problemáticas que amenazaban con demandar.

Se relató también en el libelo que una vez iniciada la segunda ampliación del plazo contractual, la parte demandante insistió nuevamente ante la Interventoría para adelantar los trabajos de remodelación, sin embargo ante esta petición y de manera no oficial, se le manifestó que la nueva administración tenía otros planes respecto del terminal aéreo que no concordaban con lo que se estaba ejecutando y que se permitiría la terminación del proyecto en la parte de nueva construcción porque se encontraba prácticamente finiquitada.

Dijo la parte demandante que el 3 de noviembre de 1993 solicitó a la interventoría el traslado de los restaurantes Game y El Sitio a las nuevas instalaciones para efectos de proceder a remodelar las obras antiguas, sin embargo, nuevamente se obtuvo una respuesta negativa, a pesar de que para ello la contratista ya tenía un volumen adicional de mano de obra y contaba además con los materiales, los cuales no fueron recibidos por la entidad demandada, que negó también la solicitud de reembolso de los dineros que se invirtieron en ellos.

De otra parte, señaló la sociedad actora que como fundamento de las resoluciones demandadas, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil argumentó que el contratista fue multado por incumplimiento del contrato, pero que omitió precisar que en ambos casos se presentaron recursos de reposición y que, al haberse resuelto negativamente, se presentaron demandas en su contra. Indicó la demandante que la entidad pública omitió también señalar que el contratista había presentado importantes reclamos económico – financieros relativos a tiempos de servicios de ejecución del contrato, los cuales, a la fecha de presentación de la demanda, no habían sido resueltos.

En la demanda también se expuso que los considerandos de la “*Resolución recurrida son inconsistentes, faltos de bases, improcedentes y faltos a la verdad*”, en cuanto al numeral 12 porque la entidad tomó como base del reconocimiento del incumplimiento del contratista lo consignado en el numeral 5º del acta de recibo final de la obra, según el cual, “... *el contratista en la fecha de vencimiento del contrato, no terminó completamente las obras objeto del mismo*”, sin embargo, dicha expresión no contiene aceptación alguna, pues en el documento no se

analizaron el desarrollo de las obras y, además, su objeto no fue determinar responsabilidades.

A juicio de la sociedad demandante, el numeral 15 del mencionado acto administrativo, por medio del cual se determinó el incumplimiento del contrato sobre la base de la obra ejecutada y sin ejecutar, también faltó a la verdad, por cuanto, según consideró, para llegar a tal conclusión, era necesario analizar la responsabilidad de las partes, lo que no se hizo.

1.1.2. Concepto de la violación.

- De la parte demandante.

La parte demandante manifestó que con la expedición de las resoluciones acusadas se infringió el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983³, porque no existió y no se comprobó el supuesto incumplimiento del plazo, por lo que consideró que el fundamento de la sanción resultaba ser falso, ya que no se ajusta a la norma citada. En ese sentido señaló que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se extralimitó en el ejercicio de la potestad sancionatoria contractual.

Igualmente, manifestó la demandante que las normas del Código Civil referentes a la buena fe contractual implican lealtad entre las partes, razón por la cual indicó que no se explica la atribución que le hizo la Administración en cuanto a los retrasos y a las fallas de las obras, circunstancias que, según afirmó, obedecen solamente al deficiente diseño de las mismas por parte de la entidad contratante.

Insistió la sociedad actora en que las fallas y los retrasos en la ejecución del contrato, imputables solamente al contratante, produjeron una grave ruptura económica del equilibrio contractual.

Adicionalmente a lo relatado en el acápite de hechos, la parte demandante manifestó que en relación con las “*supuestas*” evaluaciones a las que aludió la entidad contratante, en momento alguno se presentaron cálculos ni metodología

³ El artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983 dispone lo siguiente: “En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial del contrato, las que deberán ser proporcionales al valor del mismo y a los perjuicios que pueda sufrir la entidad contratante. su imposición se hará mediante resolución motivada ciñéndose a los mismos requisitos establecidos para la declaratoria de caducidad”.

para su realización y que, además, las apreciaciones que al respecto se hicieron tuvieron por fundamento las actas de avances de obra que contienen únicamente las cantidades de cada ítem que la Interventoría decidió aceptar y contabilizar para cada mes, desestimando varios que fueron debidamente terminados.

Así mismo, señaló la sociedad que las actas no incluyeron, por no permitirlo el contrato, las mayores cantidades de obra y complementarias que fueron ejecutadas por el contratista *“por su cuenta y riesgo”*, pero *“por necesidad del proyecto, a solicitud y con la autorización de la Interventoría”*, las cuales, en su mayoría, surgieron de la imprevisión, de la falta de diseños, de los cambios de criterios y hasta de la ausencia de los mismos para la construcción, circunstancias todas éstas que no fueron tomadas en cuenta por la entidad a la hora de analizar el avance del proyecto.

Dijo también la parte actora que, además de lo mencionado en el acápite de hechos, el atraso de las obras se debió al gran desfase que existió entre el período que se presupuestó para su desarrollo - segundo semestre de 1992 - y la época en que efectivamente se inició la ejecución del contrato - 4 de enero de 1993 -, cuando las condiciones del mercado eran totalmente diferentes a las que se tuvieron en cuenta para presentación de la propuesta, variación que, según afirmó, tuvo lugar en razón al auge de la construcción que generó unas condiciones de oferta de materiales y de mano de obra radicalmente diferentes, tanto en volumen como en precio, a las existentes en el año anterior, así como una aguda escasez de materiales y de mano de obra que imposibilitó el normal avance de los trabajos.

Finalmente, manifestó la demandante que el cambio en las condiciones del mercado de materiales y mano de obra y el desproporcionado incremento de costos fueron desde el 59% en estructura hasta el 400% en ladrillo, lo cual produjo un severo desequilibrio económico del contrato.

- Del coadyuvante.

La Compañía de Seguros Generales “CONDOR S.A.”, la cual manifestó actuar en calidad de coadyuvante de la demanda, expresó que las resoluciones acusadas infringen el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983 al no comprobarse el incumplimiento o mora del plazo.

Anotó que el incumplimiento en la ejecución del contrato se produjo por actos y hechos imputables a la entidad contratante, tales como la mala planeación de la obra, el desequilibrio económico y la imposición unilateral de obras o de actividades adicionales que agotaron el tiempo convenido.

Agregó la coadyuvante que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, a través de las resoluciones por medio de las cuales declaró el incumplimiento del contrato, reclamó perjuicios que no fueron cuantificados y, en consecuencia, desconoció el artículo 1077 del Código de Comercio⁴, norma que le exige al asegurado como obligación a su cargo, la prueba de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

Además de esto, señaló la aseguradora que las Resoluciones No. 05337 de 1994 y No. 03860 de 1995, al no establecer dentro sus motivos la cuantificación del daño causado, carecen de motivación, por lo cual infirió que son actos irregularmente expedidos⁵.

1.2. Expediente No. 95-D-11580.

El día 10 de noviembre de 1995 la sociedad BENHUR HERRERA VALENCIA Y CIA. LTDA., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda ordinaria en contra de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. En el escrito de la demanda solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA PRETENSION:

Declárese el incumplimiento, por parte de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, del contrato administrativo de obra pública No. 0521-OP de fecha julio 29 de 1992, cuyo objeto es el de ejecutar las obras correspondientes a la remodelación y ampliación del muelle nacional costado norte, terminal de pasajeros, segundo nivel del Aeropuerto el Dorado de la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

⁴ El artículo 1077 del Código de Comercio dispone lo siguiente: "Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad."

⁵ Folios 46 a 51 del cuaderno No. 10 del expediente.

“SEGUNDA PRETENSION:

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, antes Fondo Aeronáutico Nacional-Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a pagar a la sociedad Benhur Herrera Valencia Cía. Ltda., la suma de \$366.667.666.91 ML., o la mayor que se determine en juicio, incrementada con los intereses comerciales y/o moratorios que resultaren procedentes, según las tasas autorizadas por la Superintendencia Bancaria, y/o mediante utilización del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, aplicados al periodo comprendido entre la fecha en que ha sido calculada (14 de Noviembre 1995), y la de la ejecutoria de la sentencia que ordene la condena solicitada. Las cifras reconocidas serán previamente indexadas o actualizadas de modo que compensen el deterioro del poder adquisitivo de la moneda de pago nacional colombiana.

“TERCERA PRETENSION:

Condenase en las costas procesales del presente proceso a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Tásense, incluyendo agencias en derecho.

Dese aplicación a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.C.A. respecto a los pagos ordenados en el fallo.”⁶

1.2.1. Hechos.

Además de los supuestos fácticos expuestos dentro del expediente 95-D-11431, la sociedad actora expuso los siguientes:

Narró la demandante que mediante Resolución No. 5337 del 19 de agosto de 1994 la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil decretó el incumplimiento del contratista por obra dejada de ejecutar.

Igualmente, se señaló en el libelo que en contra de la decisión anterior la parte demandante interpuso recurso de reposición, el cual no fue resuelto de manera oportuna, a pesar de las solicitudes que en ese sentido elevó la hoy parte actora, por lo que presentó acción de tutela y sólo en virtud de ella la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil profirió la Resolución No. 3860 del 27

⁶ Folios 2 a 29 del cuaderno No. 11 del expediente.

de junio de 1995, por medio de la cual confirmó el acto administrativo recurrido y declaró agotada la etapa gubernativa.

Expuso también la sociedad demandante que había solicitado la liquidación del contrato a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de conformidad con las prescripciones del Decreto-ley 222 de 1983, pero que la entidad hizo caso omiso a ello, razón por la cual impetró demanda dentro de los términos de los artículos 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo.

Según la demanda, el 14 de diciembre de 1993 el contratista, el interventor y el Director de Instalaciones Aeronáuticas suscribieron el acta de recibo final de la obra, documento en el que se dejó constancia que a 14 de noviembre de 1993 las obras pactadas contractualmente no se encontraban completamente terminadas y no lo estuvieron por decisión de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil que le impidió al contratista ejecutar el 100% del trabajo pactado.

Así mismo, se dijo en la demanda que en el acta suscrita aparece el cuadro de estado final de la obra con indicación de las obras faltantes por realizar, obras que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil no permitió ejecutar porque ya tenía planes y programas para adelantar unas obras diferentes con distintos contratistas en el mismo sitio en el que se debían adelantar las correspondientes al contrato de obra pública No. 0521-OP.

De conformidad con el libelo, al firmar el acta de recibo final de la obra, la Aeronáutica pretendió responsabilizar al contratista por la no terminación de las obras, con lo cual intentó eludir los reclamos económicos contractuales planteados oportunamente por éste.

Finalmente, aseveró la parte demandante que los sobrecostos que tuvo que asumir suman un total de \$366'667.666.91, correspondientes a: *i)* restablecimiento económico del contrato \$86'087.030; *ii)* actualización de precios de 1993 a noviembre de 1995: *a)* sobrecosto financiero: \$210'909.043,63, *b)* actualización expectativa sobre obra no ejecutada a diciembre de 1993: \$6'437.909.58, *c)* actualización costos financieros a noviembre de 1995: \$15'044.543,09; *iii)* reajuste sobre materiales comprados por el contratista en desarrollo del contrato y que no se instalaron por cambio de planes futuros de la Aeronáutica: \$48'188.483,13.

1.2.2. Concepto de violación.

En este expediente versan los mismos argumentos que fueron expuestos en el acápite de concepto de violación del expediente 95-D-11431. Sin embargo, es necesario aclarar que en este proceso no se coadyuvó la demanda.

2. Actuación procesal.

2.1. Expediente 95-D-11431.

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de septiembre de 1995.

El 20 de noviembre de 1995 se admitió la demanda⁷, se ordenó notificar personalmente al Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil⁸, al representante legal de la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A.⁹ y al señor Agente del Ministerio Público¹⁰. Igualmente, se dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo¹¹.

2.2. Expediente 95-D-11580.

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de noviembre de 1995¹².

El 25 de enero de 1996 se admitió la demanda¹³, se ordenó notificar personalmente al Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil¹⁴ y al señor Agente del Ministerio Público¹⁵. Igualmente, se dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

⁷ Folios 35 y 36 del cuaderno No. 10 del expediente.

⁸ Se notificó en febrero 9 de 1996 (Folio 38 del cuaderno No. 10 del expediente).

⁹ Se notificó en febrero 22 de 1996 (Folio 42 del cuaderno No. 10 del expediente).

¹⁰ Se notificó en diciembre 30 de 1995 (Reverso folio 36 del cuaderno No. 10 del expediente).

¹¹ Reverso folio 28 del cuaderno No. 10 del expediente.

¹² Folios 2 a 29 del cuaderno No. 11 del expediente.

¹³ Folio 37 del cuaderno No. 11 del expediente.

¹⁴ Se notificó en mayo 28 de 1996 (Folio 39 del cuaderno No. 11 del expediente).

¹⁵ Se notificó en febrero 27 de 1996 (Folio 37 del cuaderno No. 11 del expediente).

3. La contestación de las demandas.

La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil contestó las demandas en similares términos para oponerse a las pretensiones y condenas invocadas. En cuanto a los hechos, negó algunos y aceptó otros.

Como fundamento de su oposición la entidad demandada señaló que el Decreto 222 de 1983 era claro en señalar que los contratos de la Nación que superaran cierta cuantía debían ser sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y, posteriormente, al control de legalidad del Consejo de Estado y que la posición que asume la parte actora al pretender desconocer la mencionada norma es inaceptable.

En ese sentido indicó la accionada que si bien la licitación que dio origen al contrato se inició en 1992, la Administración no tenía la facultad para impulsar el trámite ante el Consejo de Ministros y ante el Consejo de Estado, lo que sí podía hacer y en efecto cumplió, era obrar con la diligencia del caso en el envío oportuno de la documentación respectiva a las dos instancias obligatorias para la aprobación del mismo, por lo que por este hecho no era posible imputar responsabilidad en su contra, dado que el itinerario que debía seguir la contratación se cumplió en debida forma.

Por otra parte, señaló la entidad que el contratista no podía alegar la buena fe en el desarrollo de la actividad contractual, toda vez que la interventoría estableció que la obra se venía adelantando sin el lleno de los requisitos exigidos en cuanto a la calidad de los materiales y a la cantidad de trabajadores empleados para ejecutarla.

Destacó que a la fecha de la entrega no se había ejecutado la obra en su totalidad, no obstante lo cual ésta tuvo que ser recibida por la entidad contratante ante la necesidad que tenía de acceder a las áreas de trabajo.

Finalmente, indicó la Unidad Administrativa que era “*absurdo*” contemplar la idea de lo “*incipiente que eran los diseños*” aportados por la entidad para la construcción de la obra, toda vez que si ello hubiere sido así, no habría sido posible presentar ofertas en el proceso de licitación dada la falta de información para desarrollar la obra, circunstancia que, según afirmó, conduce a pensar que

la parte demandante planeaba adecuar su labor a las indicaciones dadas por el contratante, razón por la cual, aseveró, no es posible hablar de buena fe, en tanto que se *“aceptó trabajar con parámetros inciertos para posteriormente presentar una reclamación por supuestos perjuicios causados por el contratante”*.

Dentro del proceso No. 95-D-11431 se propuso la excepción de cosa juzgada, con sustento en que los procesos No. 9502 y No. 9761 ya se habían fallado y en ellos se habría demostrado que la parte demandante fue la que incumplió lo pactado en el contrato No. 0521-OP. Indicó que la sentencia de dichos procesos fue objeto de apelación¹⁶.

4. La acumulación

Mediante escrito presentado el 2 de julio de 1996, el apoderado de la parte demandante solicitó la acumulación de los procesos radicados bajos los números 95-D-11431 y 95-D-11580¹⁷, petición que fue resuelta favorablemente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de agosto 1 de 1996¹⁸.

5. Alegatos de conclusión.

En la oportunidad establecida por el *a quo*, mediante auto del 23 de agosto del 2000¹⁹, tanto la parte demandante como la parte demandada presentaron los respectivos alegatos de conclusión.

El Ministerio Público guardó silencio.

5.1. De la parte demandante.

A través de escrito presentado el 8 de septiembre del 2000, la parte actora reiteró lo dicho en la demanda y añadió que las pruebas periciales, documentales y testimoniales practicadas merecen especial mención, debido a que demuestran

¹⁶ La entidad demandada presentó los mismos argumentos de defensa en la contestación de las dos demandas. (Folios 52 a 59 del expediente 95-D-11431 y Folios 43 a 48 del expediente 95-D-11580).

¹⁷ Folio 81 del cuaderno No. 10 del expediente.

¹⁸ Folios 85 a 89 del cuaderno No. 10 del expediente.

¹⁹ Folio 165 del cuaderno No. 10 del expediente.

que los atrasos en la ejecución del contrato fueron causados por la propia Administración.

En cuanto a la prueba pericial, señaló que ésta determinó el perjuicio económico sufrido por la sociedad BENHUR HERRERA VALENCIA y CIA. LTDA., debido a la conducta contractual de la parte demandada, en razón a las constantes modificaciones de los diseños, creándole problemas respecto al planteamiento, programación y ejecución adecuada de la obra²⁰.

5.2. De la parte demandada.

A través de escrito presentado el 8 de septiembre del 2000, la parte accionada ratificó lo dicho en la contestación de la demanda²¹ e insistió en que respecto de los hechos que se plantearon operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, por cuanto fueron conocidos y fallados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, según los procesos No. 9502 y No. 9761, en los cuales se denegaron las pretensiones de la parte demandante por haberse demostrado que fue ella la que incumplió lo acordado en el contrato No. 0521-OP.

En lo que respecta al escrito por medio del cual se objetó el dictamen pericial por error grave²², argumentó la demandada que la evaluación del atraso o adelanto de una obra se va controlando mediante actas parciales mensuales que contienen los ítems que están terminados. Dicha evaluación debió compararse con el programa de obra presentado por el mismo contratista, el cual se controla mediante la supervisión del interventor de la obra, que es el responsable de velar por el correcto desarrollo de la misma.

Agregó que el factor determinante del atraso de las obras fue la tardanza de la parte demandante para acometer las actividades de diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica cubierta de conformidad con lo requerido en el pliego de condiciones. A esto se le sumó la falta de personal calificado que utilizó el contratista, lo cual conllevó a una mala e ineficiente ejecución técnica de la obra.

²⁰ Folios 166 a 185 del cuaderno No. 10 del expediente.

²¹ Expediente 95-D-11431.

²² Mediante auto del 12 de junio del 2000, el Tribunal estableció que la objeción por error grave al dictamen pericial iba a ser resuelta en la sentencia de conformidad con el numeral 6 del artículo 238 del C.P.C.

En cuanto a las modificaciones que existieron sobre la marcha de la obra, manifestó que no se pueden considerar como causa del atraso de la misma, toda vez que fueron definidas a la mayor brevedad. No obstante, destacó que en toda obra de remodelación se presentan ajustes durante su desarrollo²³.

6. La sentencia impugnada²⁴.

El Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá profirió sentencia el 22 de febrero de 2001, a través de la cual se negaron las pretensiones de las demandas acumuladas.

Con relación a la excepción propuesta por la parte demandada, el Tribunal Administrativo estimó que no puede alegarse la existencia de cosa juzgada, por cuanto en los procesos acumulados No. 9502 y No. 9761 se solicitaron pretensiones diferentes a aquellas impetradas en los procesos que ahora son objeto de estudio. Agregó que no es posible alegar dicha excepción cuando las sentencias proferidas se encuentran pendientes de surtir el recurso de apelación.

Respecto del fondo del asunto, el *a quo* expuso:

“(…) Esta Corporación hace suyas las consideraciones realizadas por el Magistrado Dr. Benjamín Herrera, expresadas en la sentencia del 8 de febrero de 1996, correspondiente a los procesos 9502 y 9761, lo que releva a esta Corporación de volver a entrar a estudiar temas ya resueltos y decididos en esta oportunidad, donde se analizó los factores de responsabilidad de la entidad demandada que supuestamente dio lugar al incumplimiento del contrato por parte de la demandante”

En tal virtud, el Tribunal de primera instancia, para resolver el caso en cuestión, transcribió los considerandos de la sentencia referida de la manera que siguiente:

“La demandada profirió la Resolución 4083 el 27 de mayo de 1993, mediante la cual impuso una multa al contratista de \$81.124.30 diarios, desde el 4 de enero de 1993, en razón a que: a) El anticipo fue entregado en dicha fecha, a partir de la cual empezó a correr el término de ejecución.

²³ Folios 186 a 188 del cuaderno no. 10 del expediente.

²⁴ No resolvió nada respecto de la objeción por error grave realizada por la parte demandada al dictamen pericial.

b) La interventoría requirió al contratista para incrementar el ritmo de la obra con oficios 209 de 10 de febrero de 1993, 367 del 11 de marzo siguientes.

c) Que al revisar los informes mensuales de la obra se observa un atraso consecutivo del 74.72% con un acumulado de \$251.795.700, contra un valor ejecutado de \$19.233.035

“(…)

“El mencionado profirió la Resolución 2785, por medio de la cual impuso al demandante nueva multa de \$31.124.30 diarios desde el 3 de junio de 1993, hasta la fecha de la Resolución fundada en que: se mantiene el atraso de la obra, a pesar de haberle otorgado prórrogas del plazo, encontrando una reprogramación de trabajo de 67-7%, con un atraso acumulado del 43.8% frente a una labor ejecutada del 17%. Copia del acto administrativo que impone la multa donde se contiene la motivación descrita aparece a folios 448 a 453 del cuad. 3.

“(…)

“Es cierto que la obra se inició sin que el Fondo tuviera completos los diseños, y los planos necesarios, porque faltaban algunos de ellos, tal como lo señala acertadamente el demandante.

“Tal versión se encuentra ratificada por los peritos cuando a folio 10 del cuaderno 11 responden que ello es tan cierto que: la entidad contratante adjudicó al contratista los diseños de la estructura metálica para la cubierta y el sistema de aire acondicionado entre otros.

“Siendo ello cierto, sin embargo no es motivo para anular puesto que, como lo reconoce la demanda, y lo aceptan los peritos, era objeto del contrato, a más de la construcción, diseñar parte de la obra. Mal podía entonces afirmarse, que los planos eran incompletos, como razón para culpar del atraso al Fondo demandado, cuando precisamente el propósito del contrato era realizarlos.

“(…)

“No probados los supuestos de hecho sobre los que se edifican los cargos, hay lugar a negarlos. Siendo que los supuestos de hecho sobre los que se funda la pretensión de nulidad de las Resoluciones no se encuentran probados, deben negarse los cargos porque las razones de hecho alegadas, como sustento para hallar violada a la ley no encuentran respaldo, y por el contrario los hechos que sirvieron de sustento a las multas son ciertos.”²⁵

²⁵ Folios 191 a 217 del cuaderno principal.

Así, pues, concluyó que tanto la declaratoria de incumplimiento como la imposición de la pena pecuniaria se ajustaron a la realidad de los hechos, es decir, al incumplimiento del contratista.

7. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal mediante auto del 5 de julio de 2001²⁶. Como sustento del recurso se manifestó que el asunto en cuestión no podía ser resuelto dando por reproducidos los hechos, alegaciones, sustentaciones y circunstancias de un proceso anterior, toda vez que los procesos del caso *sub judice* hacen referencia al incumplimiento del contrato, mientras que los acumulados No. 9502 y No. 9761 resueltos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca hacen referencia a la imposición de unas multas contractuales.

En ese sentido, indicó que el *a quo* no debió limitarse a transcribir en sus considerandos la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ya que se había descartado la prosperidad de la excepción de cosa juzgada. Así mismo, manifestó que las transcripciones acogidas por la Sala de Descongestión se dieron en un contexto diferente al del presente litigio.

En ese sentido, señaló que la sentencia apelada no cumplió con los parámetros establecidos en los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se atiendan las pretensiones de las demandas acumuladas con sustento en los mismos fundamentos que expuso en el libelo introductorio²⁷.

8. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto del 9 de noviembre de 2001 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá²⁸. Mediante proveído del 7 de diciembre del mismo año se corrió traslado a

²⁶ Folios 227 a 228 del cuaderno principal.

²⁷ Folios 234 a 277 del cuaderno principal.

²⁸ Folios 258 del cuaderno principal.

las partes para alegar²⁹, término procesal del que hizo uso la parte demandante exponiendo los mismos argumentos con los que sustentó el recurso de apelación³⁰.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 22 de febrero de 2001, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en las demandas acumuladas en trescientos sesenta y seis millones seiscientos sesenta y siete millones seiscientos sesenta y seis pesos con noventa y un centavos (\$366.667.666,91) por concepto de lucro cesante, mientras que el monto exigido al momento de su presentación³¹ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de \$9.610.000 (Decreto 597 de 1988).

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75³² prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa³³; considerando que las

²⁹ Folio 260 del cuaderno principal.

³⁰ Folios 261 a 277 del cuaderno principal.

³¹ Expediente 95-D-11431: La demanda se presentó el 29 de septiembre de 1995, Expediente 95-D-11580 la demanda se presentó el 10 de noviembre de 1995.

³² Art. 75, Ley 80 de 1993. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."

³³ Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido: "Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75 (...)." (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007. Exp. 24.710. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.)

normas procesales son de aplicación inmediata sin importar, como ocurre en el caso concreto, que el contrato se hubiera celebrado en vigencia del Decreto-ley 222, teniendo en cuenta que las demandas acumuladas fueron presentadas los días 25 de septiembre y 10 de noviembre de 1995, esto es, luego de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993.

2. Aspectos preliminares.

2.1. La entidad demandada.

El Fondo Aeronáutico Nacional, que fue la entidad que suscribió el Contrato 0521 de 1993, fue creado mediante el Decreto 3140 de 26 de diciembre de 1968 como establecimiento público, adscrito al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Posteriormente, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. 20 transitorio de la Constitución, que ordena suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la Carta Política, se expidió el Decreto 2171 de diciembre 30 de 1992 por el cual se reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte, en cuyo art. 67 se dispuso que la autoridad aeronáutica conformada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se fusionara con el Fondo de Aeronáutica Nacional y se reestructura "... como **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL**, organismo al cual se le asigna el conjunto de facultades y funciones que ha venido desempeñando el mencionado Departamento administrativo, sin perjuicio de lo previsto en este decreto" (Destaca la Sala).

2.2. Actuación del coadyuvante en el proceso.

Según se mencionó en los antecedentes, en el presente proceso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vinculó a la Compañía de Seguros General Cóndor S.A., y ésta en su escrito expresó que coadyuvaba las pretensiones de la demandada. Esta Corporación se ha pronunciado acerca del alcance de la

intervención de terceros en los procesos instaurados ante esta jurisdicción, en los siguientes términos³⁴:

“... Cabe resaltar que esta Corporación ha precisado que la intervención de los coadyuvantes y, particularmente, en tratándose de las acciones públicas, como la que se instauró en el evento sub examine, está limitada a la actividad del actor y supeditada a los argumentos que éste exprese en su libelo.

“Así, en auto de 13 de mayo de 2010, (Expediente N° 2008-00101, Consejero Ponente, Doctor Marco Antonio Velilla Moreno), expresó, frente a una solicitud de adición de una demanda por parte de un coadyuvante, que por ser éste un adherente accidental del proceso, no se encontraba legitimado para exceder los límites fijados en la demanda inicial por el demandante.

“Igualmente, en sentencia de 7 de octubre de 2010 (Expediente N° 2007-00010, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), se sostuvo que el coadyuvante no puede ir más allá de los argumentos de la parte que coadyuva.

*“De la misma manera, la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de 13 de agosto de 2008 (Expediente AP-2004-00888. Consejera ponente, Doctora Ruth Stella Correa Palacio), expuso que las facultades del coadyuvante están concebidas para contribuir a la demanda. Es un interviniente secundario o parte accesorio, por lo que su actuación se circunscribe a reforzar los argumentos de la demanda, no pudiendo reformularla, dado que **no puede actuar autónomamente.***

“Las anteriores precisiones, que la Sala prohija en esta oportunidad, conducen a la conclusión de que si el coadyuvante no es autónomo de la parte a la que adhiere, no pudiendo por esta razón modificar las pretensiones ni proponer nuevos cargos, pues para ello podría perfectamente instaurar su propia demanda, tampoco puede APELAR SI LA PARTE PRINCIPAL A LA CUAL ADHIERE O DE LA CUAL DEPENDE, no lo hace....”.

De conformidad con lo anterior, concluye la Sala que la pretensión que de manera autónoma elevó la parte coadyuvante en este proceso no puede ser resuelta, toda vez que su actividad está supeditada a los argumentos y pretensiones expresadas por la sociedad actora y, por tanto, la coadyuvante no podía exceder los límites de la demanda inicial.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de octubre 28 de 2010, Expediente 2005-00521-01, M.P. María Elizabeth García González.

3. Ejercicio oportuno de la acción.

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984³⁵ - en su texto vigente para la fecha de celebración del contrato y para la fecha de presentación de la demanda³⁶-, la acción contractual debía interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

En el caso de autos, la sociedad demandante solicitó, de una parte, que se declare la nulidad de la Resolución No. 05337 del 19 de agosto de 1994, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 0521-OP e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por un valor de ocho millones ciento ochenta y ocho mil quinientos sesenta y un pesos con veinte centavos (\$8'188.561,20), así como la nulidad de la Resolución No. 03860 del 27 de junio de 1995, por medio de la cual se confirmó la decisión anterior (expediente 95-D-11431) y, de otra parte, solicitó que se declare el incumplimiento de la entidad demandada respecto de las obligaciones surgidas en virtud del mencionado contrato (expediente 95-D-11580).

Dado que se trata de dos procesos acumulados cuyas pretensiones obedecen a supuestos fácticos diferentes, corresponde a la Sala realizar el conteo del término de caducidad de manera independiente para cada caso.

En lo que concierne a la solicitud de nulidad planteada en relación con las resoluciones 05337 del 19 de agosto de 1994 y 03860 del 27 de junio de 1995, encuentra la Sala que la acción se interpuso dentro del término legal establecido para el efecto, toda vez que los actos administrativos adquirieron firmeza³⁷ a partir del 21 de julio de 1995, cuando se notificó personalmente la decisión adoptada por la entidad demandada en virtud del recurso de reposición interpuesto en contra de

³⁵ Normatividad aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: “Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

³⁶ Para la fecha en que se celebró el contrato ... y para cuando se presentó la demanda ..., el texto vigente del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, era el modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 7 de octubre de 1989.

³⁷ Decreto 01 de 1984: “Artículo 62. Los actos administrativos quedarán en firme:

(...)

2º) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido

(...)”

la primera de las resoluciones citadas³⁸ y la demanda se presentó el 29 de septiembre de 1995³⁹, es decir, antes del vencimiento del plazo de dos años dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en su texto vigente para la fecha de celebración del contrato y de la presentación de la demanda.

En lo que respecta a la pretensión de declaración de incumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud del contrato No. 0521-OP a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, previo realizar el conteo de caducidad resulta necesario hacer las siguientes precisiones:

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984 -, modificado por el Decreto 2304 de 1989, establecía que la acción relativa a controversias contractuales caducaba al cabo de 2 años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento; sin embargo, debido a las dificultades prácticas que esta norma presentó en su aplicación, especialmente en relación con las pretensiones de incumplimiento, fue desarrollada jurisprudencialmente por esta Corporación mediante la determinación del momento a partir del cual debía contabilizarse dicho término de caducidad en estos eventos, así:

“En materia contractual las acciones de cumplimiento tienen una caducidad ordinaria de dos años, contados a partir del vencimiento del contrato. Es en esta oportunidad en la cual las partes pueden saber a ciencia cierta si se dio el incumplimiento total o parcial de alguna o de algunas de las obligaciones emanadas del mismo. Pensar que cada incumplimiento tiene un plazo de caducidad diferente para su reclamo introduciría un caos en las controversias contractuales y traería mas de una sorpresa a las partes; las que, comúnmente, aspiran que el cumplimiento se logre mientras esté vigente el contrato. En otras palabras, es el vencimiento de éste el que permite definir con mayor seguridad cuál o cuáles obligaciones se incumplieron; y por esa razón será la fecha de dicho vencimiento la que permitirá empezar a contar el término que las partes tienen para formular sus reclamos ante el juez del contrato”⁴⁰.

³⁸ A folio 44 del cuaderno número 2 de pruebas del expediente 11431, obra copia auténtica en la que consta la notificación personal que de la resolución número 03860 del 27 de junio de 1995 se hizo a la sociedad demandante, sin embargo dado que aparecen 2 fechas, el 21 de julio y el 1 de agosto de la misma anualidad y que la parte actora manifestó en la demanda que fue notificada del acto en la primera de las citadas fechas, ésta será la que se tome en cuenta.

³⁹ Reverso folio 28 del cuaderno número 10 del expediente.

⁴⁰ Sentencia del 3 de diciembre de 1993. Expediente 7677. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo

Luego, dado que el Decreto 222 de 1983 no estableció un término para realizar la liquidación del contrato, la jurisprudencia de esta Sección definió el tema de la siguiente manera:

“La Sala ha precisado con fundamento en la ley, que el término de caducidad de las acciones contractuales se cuenta a partir de la fecha en que se produce o debió producirse la liquidación del contrato. Así, en sentencia del 8 de junio de 1995, expediente No. 10.634 señaló: ‘En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración...”⁴¹.

El plazo razonable para que la Administración liquide un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 también fue definido por vía jurisprudencial, así, para hacerlo de manera bilateral, se estableció el término de 4 meses siguientes a la terminación del contrato y, para hacerlo de manera unilateral, se dijo que el plazo era de 2 meses contados a partir del vencimiento del término para hacerlo de mutuo acuerdo⁴².

En consecuencia, de conformidad con la pauta jurisprudencial adoptada por esta Corporación, el término de caducidad de la acción en estos casos debe contarse a partir de la liquidación del contrato, o, si ésta no se presentó, a partir del vencimiento del plazo de los 6 meses fijados para llevar a cabo dicho acto contractual, bien sea de mutuo acuerdo entre las partes – 4 meses – o de manera unilateral por la Administración – 2 meses más –⁴³.

En el presente caso, se trata de un contrato de obra pública que por su propia naturaleza debía ser liquidado, sin embargo, como este acto contractual a la fecha

⁴¹ Sentencia de 30 de agosto de 2001, expediente 16256, en el mismo sentido ver sentencia de 31 de octubre de 2001. Rad. No. 25000-23-26-000-1991-7666-01(12278).

⁴² Al respecto ver sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente 13748, Magistrado Ponente, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴³ esta posición jurisprudencial, fue luego recogida por la ley: artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Auto del 29 de abril de 1999. Expediente 15.872.

de presentación de la demanda no se había llevado a cabo y dado que las partes pactaron expresamente que dicho acto contractual debía realizarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que se presentara el hecho que diera lugar a ello, el término de caducidad debe contarse a partir del vencimiento del dicho plazo.

Según lo pactado por las partes en la cláusula 8ª del contrato, el plazo para la ejecución de las obras sería de 150 días calendario contados a partir de la fecha de recibo del anticipo⁴⁴, plazo que, según se desprende del contrato adicional No. 0521OP-02 del 27 de mayo de 1993, culminaría el día dos de junio de esas mismas calendas, pero que fue prorrogado hasta el 16 de agosto de 1993 y, posteriormente, mediante contrato adicional No. 0521OP-03 del 13 de agosto de 1993, nuevamente prorrogado hasta el 14 de noviembre de esa misma anualidad. El acta de recibo final de la obra se suscribió el 14 de diciembre de 1993⁴⁵.

De conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula vigésimo tercera del contrato, el negocio jurídico debía liquidarse dentro del término de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de ocurrencia del hecho que diera lugar al acto, circunstancia que se dio por la terminación del contrato en razón al vencimiento del plazo y que tuvo lugar el 14 de noviembre de 1993, por lo que el término para llevar a cabo este acto contractual iba hasta el 14 de marzo de 1994; sin embargo, según la demanda, a la fecha de su presentación la liquidación no se había llevado a cabo.

En ese contexto y de conformidad con la pauta jurisprudencial a la que se hizo alusión, en este caso el término de caducidad de la acción empezó a correr a partir del 15 de marzo de 1994 hasta el 15 de marzo de 1996 y como la demanda se presentó el 10 de noviembre de 1995, resulta evidente que el ejercicio del derecho de acción fue oportuno.

4. Las pruebas que obran en el proceso.

4.1. Documentales aportadas por la parte demandante.

⁴⁴ **OCTAVA. PLAZO.** La vigencia del presente contrato es de doscientos cuarenta (240) días calendario contados a partir de la fecha de perfeccionamiento de mismo, obligándose el CONTRATISTA a ejecutar las obras en un término de ciento cincuenta (150) días calendario a partir de la fecha de recibo del Anticipo. El Acta de iniciación de las obras deberá suscribirse por el CONTRATISTA y el Interventor dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato que se entiende la de aprobación de las garantías, previo el pago del impuesto de timbre y publicación en el Diario Oficial”.

⁴⁵ Folios 32 y 33 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente 11580.

- A folios 1 a 7 del cuaderno número 2 de pruebas del expediente 11580 obra original del certificado de existencia y representación legal de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda.
- A folio 8 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente 11431 obra copia auténtica de representación legal de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil.

- A folios 9 a 19 del cuaderno de pruebas número 2 del expediente 11580 obra copia simple del Contrato 0521-OP de julio 29 de 1992.

- A folios 20 y 21 del cuaderno de pruebas número 2 del expediente 11580 obra copia auténtica del otrosí No. 1 al contrato 0521-OP de julio 29 de 1992 (0521-OP-OT1).

- A folios 22 a 24 del cuaderno de pruebas número 2 del expediente 11580 obra copia auténtica del otrosí No. 2 al contrato 0521-OP de julio 29 de 1992 (0521-OP-OT2).

- A folios 25 y 26 del cuaderno de pruebas número 2 del expediente 11580 obra copia auténtica del convenio adicional 0521-OP-1.

- A folios 27 y 28 del cuaderno número 2 de pruebas del expediente 11580 obra copia auténtica del contrato adicional 0521-OP-02.

- A folios 29 a 31 de cuaderno de pruebas número 2 del expediente 11580 obra copia auténtica del contrato adicional 0521-OP-03.

- A folios 32 y 33 del cuaderno número 2 de pruebas del expediente 11580 obra copia auténtica del acta de recibo final de la obra.

- A folios 9 a 13 del cuaderno número 2 de pruebas del expediente 11431 obra copia simple de la Resolución No. 05337 de agosto 19 de 1994, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 0521-OP de 1992 y se aplicó pena pecuniaria por la suma de \$8.188.561.20 m/l.

- A folios 14 a 25 del cuaderno número 2 de pruebas del expediente 11431 obra copia simple de la Resolución No. 03860 del junio 27 de 1995, por medio de la

cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 05337.

4.2. Documentales aportadas por la parte demandada.

La parte demandante solicitó⁴⁶ que la demandada allegara los siguientes documentos: I) Pliegos de licitación, II) Oferta del contratista, III) Antecedentes gubernativos del asunto, IV) Correspondencia cursada entre las partes, V) Reclamos del contratista, VI) Copia fehaciente e íntegra del contrato 0521-OP y VII) Certificación jurada del representante legal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil sobre los montos y oportunidad de los pagos efectuados al contratista.

También solicitó⁴⁷ que se allegaran al proceso, copias auténticas de las Resoluciones No. 05337 de 1994 y la Resolución 03860 de 1995.

La parte demandada aportó los siguientes documentos:

- A folios 34 a 142 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente 11431 obra copia auténtica del libro de obra relacionado con la ejecución del contrato No. 0521-OP.
- A folios 9 a 146 del cuaderno 5 de pruebas del expediente 11431 obra copia simple del pliego de condiciones de la licitación 052 de 1992.
- A folios 25 a 305 del cuaderno número 4 de pruebas del expediente 11431 obra copia auténtica de la oferta de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda.
- A folios 144 a 154 del cuaderno número 4 de pruebas del expediente 11431 obra copia simple del contrato No. 0521-OP de julio 29 de 1992.
- A folios 107 y 108 del cuaderno de pruebas número 3 del expediente 11431 obra copia simple de los reclamos del contratista.

⁴⁶ Demanda de noviembre 10 de 1995. Es necesario aclarar que en la demanda de septiembre 29 de 1995 se solicitaron las mismas pruebas

⁴⁷ Petición especial que se hizo en la demanda de septiembre 29 de 1995.

- A folios 45 a 49 del cuaderno de pruebas número 2 del expediente 11431 obra copia auténtica de la Resolución No. 05337 de agosto 19 de 1994.
- A folios 27 a 38 del cuaderno de pruebas número 2 del expediente 11431 obra copia auténtica de la Resolución No. 03860 de junio 27 de 1995.
- A folios 1 a 25 de cuaderno número 5 de pruebas del expediente 11431 obra copia simple de los antecedentes gubernativos.
- A folios 66 a 271 del cuaderno número 3 de pruebas del expediente 11431 obra copia auténtica de la correspondencia cursada entre las partes.

4.3. Valor probatorio de las copias simples.

En cuanto al valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, la Corporación, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, zanjó la controversia sobre el tema, así⁴⁸:

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

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

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

De conformidad con la cita jurisprudencial que viene de verse y en aplicación de los principios de lealtad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de agosto de 2013, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 25022.

formal, es claro entonces que la prueba documental aportada en copia simple que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad tiene plena eficacia demostrativa y, por tal razón, será tenida en cuenta para resolver el caso puesto a consideración de la Sala.

4.4. Interrogatorio de parte.

A folios 143 a 147 del cuaderno número 2 de pruebas de expediente 11580, obra acta de interrogatorio realizado el 16 de agosto de 1996 al señor Benhur Herrera, representante legal de la sociedad Benhur Herrera Valencia Cía. LTDA.

4.5. Dictamen pericial.

A folios 127 a 138 del cuaderno número 10 del expediente 11431 obra dictamen pericial solicitado por la parte demandante y a folios 151 a 155 del mismo expediente obra objeción por error grave presentada por la parte demandada en contra de la experticia.

Debido a que en la sentencia de primera instancia no se resolvió acerca de la objeción que por error grave formuló la parte demandante en contra del dictamen pericial rendido el 20 de octubre de 1999 dentro del proceso radicado bajo el número 95D-11431, resulta indispensable en esta instancia pronunciarse al respecto, para ello la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

4.5.1. La objeción por error grave de un dictamen pericial.

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

De conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, cualquiera de las partes de un proceso judicial –también ambas partes– puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo.

Ahora bien, para que se configure el “*error grave*” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil; así lo han sostenido tanto la doctrina⁴⁹ como la jurisprudencia.

⁴⁹ “[E]l Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:

“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción modernos de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase “*Precis de Philosophie*”, por Paul Foulqui., profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).....pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?.....Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial..... **Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.**

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

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

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

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

Al respecto, en sentencia del 26 de noviembre de 2009⁵⁰, la Sección Primera de la Corporación expuso lo siguiente:

*“En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. **Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.***

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.”
(Negrillas por fuera del original).

Sobre el mismo tema, en sentencia del 15 de abril de 2003⁵¹, la Sección Tercera, señaló:

“A manera de conclusión puede afirmarse que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.

Los errores o equivocaciones bien pueden consistir en que se haya tomado como objeto de observación y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer el dictamen o que se hayan cambiado las cualidades o atributos propios del objeto examinado por otros que no posee, de una forma tal que de no haberse presentado tales errores las conclusiones del dictamen hubieren sido diferentes, como ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra ‘en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones’”.

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

Según se extrae del contenido del dictamen, los peritos, con base en los documentos que obran en el expediente, los suministrados por la parte demandante y la visita efectuada al lugar de la obra, se ocuparon, en términos generales, del estudio de los siguientes temas: **i)** las condiciones de

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 26 de 2009, Radicación 25000-23-27-000-2004-02049-01(AP), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de abril de 2010, radicación interna No. 18014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

abastecimiento del mercado de materiales de construcción y de mano de obra calificada en Bogotá para los años 1992 y 1993; **ii)** los aumentos reales para la adquisición de materiales de construcción y mano de obra calificada entre los años de 1992 y 1993 y el consecuente reajuste; **iii)** la suficiencia de los planos que fueron entregados por la entidad demandada para el desarrollo y ejecución de la obra contratada; **iv)** la suficiencia de la información y de los planos entregados por la demandada para el diseño y la construcción de la estructura metálica de cubierta; **v)** la necesidad de los planos estructurales del primer piso y diseño de la estructura de apoyo para el diseño y construcción de la segunda planta; **vi)** la afectación de las anteriores condiciones en la programación y ejecución de las obras; **vii)** los sobrecostos, las mayores cantidades de obra, las obra complementarias, las obras adicionales y los cambios de especificaciones; **viii)** las obras dejadas de ejecutar por el contratante por orden de la contratista y su compensación con obras no contempladas originariamente en el contrato; **ix)** la actualización de los valores.

Dentro del término de traslado del dictamen pericial, la parte demandada lo objetó por error grave, con fundamento, en suma, en los siguientes argumentos:

- El dictamen rendido se encuentra enfocado de manera unilateral hacia los intereses del actor, toda vez que no se estudiaron los antecedentes que reposan en los archivos de la entidad, en los cuales obran los informes de la interventoría del contrato que muestran que el contratista siempre estuvo atrasado en los programas de trabajo.

Para resolver acerca de este planteamiento resulta necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias:

Según consta a folios 51 del cuaderno principal del expediente 11431 y 67 del cuaderno principal del expediente 11580, a solicitud de la parte demandante y a través de proveídos del 4 de julio de 1996 y del 23 de abril de 1996, respectivamente, se ofició a la entidad demandada para que, entre otros documentos, allegara al proceso los "*antecedentes gubernativos del asunto, a partir de la fecha de publicación de los avisos de licitación y hasta la fecha de la presentación del libelo*", es decir, todos aquellos que componían el expediente administrativo correspondiente al Contrato de Obra Pública 0521-OP.

A través de memorial que obra en el cuaderno 2 del expediente 11431, con nota de recibido de la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 27 de agosto de 1996, esto es, después de la acumulación de los procesos - 1 de agosto de 1996 - y antes de que se rindiera el dictamen pericial - 20 de octubre de 1999 -, la División de Representación Externa de la Aeronáutica Civil, dando cumplimiento a lo ordenado por el *a quo* mediante auto del 23 de abril de 1996, "*allegó fotocopias de la documentación relacionada con el contrato No. 0521 OP*".

En ese contexto y atendiendo al principio de lealtad procesal que debe guiar el comportamiento de las partes, se concluye que los antecedentes administrativos que remitió la demandada al proceso deben ser exactamente los mismos que reposan en sus archivos, razón por la cual no es de recibo que ahora, con el propósito de que se desestime el dictamen pericial, alegue que los peritos no acudieron a la información contenida en tales archivos para rendir el dictamen, pues, como es apenas obvio, tal labor habría resultado infructuosa e innecesaria, dado que se entiende que la información ya obraba en el expediente.

Adicionalmente, aún en el caso de considerarse que por alguna razón los informes de interventoría a los que hizo alusión la entidad demandada no obraran en el expediente, tampoco sería posible desestimar el dictamen pericial en razón de su ausencia, toda vez que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en el escrito de objeción, además de precisar el error en que habrían podido incurrir los peritos, se debe pedir las pruebas para demostrarlo, sin embargo, a pesar de que la parte demandada considera que la falta de valoración de tales informes habría generado error en las apreciaciones de los peritos y aunque manifiesta tener tales documentos en su poder, no los aportó.

- En cuanto a los puntos *i)* y *ii)*, se permite la Sala transcribir a continuación las preguntas formuladas por la parte demandante para que fueran resueltas por los peritos:

"1. Digan los señores peritos si a mediados de 1992 existían condiciones satisfactorias de abastecimiento en el mercado de materiales de construcción y mano de obra certificada en Bogotá y si estas se modificaron drásticamente a partir de los comienzos de 1993, a raíz del así llamado Boom de la construcción.

2. *Digan los señores peritos si en el primer semestre de 1993 era factible conseguir ladrillo prensado Santa Fe, despachado de fábrica, para las obras de construcción como la contratada en la cual se exigía ese material obligatoriamente.*

3. *Digan los señores peritos cuáles fueron los aumentos reales de costos para la adquisición efectiva de materiales para la obra, tales como ladrillo tipo prensado Santa Fé, pétreos, concretos y mano de obra calificada, al pasar de una construcción proyectada para el primer semestre de 1992 al primer semestre de 1993’.*

Al respecto los peritos indicaron que desde 1988 en Colombia se presentó un incremento en el sector de la construcción frente al cual no estaba preparada la industria para abastecer los materiales de obra requeridos, situación que habría perdurado en el año de 1992 e, incluso, en el año de 1993, cuando, según el informe, adquirir materiales como concretos, premezclados y, particularmente, el ladrillo prensado Santafé era muy problemático por el exagerado diseño de edificios que tenían como acabado esa fachada, circunstancia que habría generado que la consecución de este material de construcción fuera casi imposible y que los despachos que se lograban se demoraban aproximadamente 4 meses. Así mismo, señalaron que el material podía conseguirse ocasionalmente con personas diferentes a los distribuidores autorizados pero con sobrecostos superiores al 80% y en cantidades muy limitadas.

A lo anterior se agregó que *“en enero de 1993, como es tradicional, oficialmente aumentaron los salarios, combustibles y en consecuencia el transporte y los costos de los insumos en valores prácticamente imposibles de prever con cierta anticipación”.*

Frente al tema de los costos reales, los peritos indicaron que para determinar las variaciones en los costos de materiales se remitían a los *“Índices totales por ítems de Camacol para los meses de: Julio de 1992, Febrero y Octubre de 1993”* y, posteriormente, con fundamento en el incremento de precios, calcularon los reajustes por cada una de las actas de recibo de obra.

La parte demandada objetó este punto del dictamen con fundamento en que las conclusiones a las que arribaron los peritos no cuentan con soporte ni anexo alguno que las sustente.

Según se extrae del contenido del dictamen, en cuanto al tema del desabastecimiento de materiales, la única prueba a la que hicieron alusión los peritos como base de sus apreciaciones fue la comunicación 40-049 del 29 de enero de 1993, a través de la cual el Director de Instalaciones Aeronáuticas se dirigió ante el Director de Ventas de Ladrillera Santafé para solicitarle la agilización en los despachos de ladrillo; sin embargo, el contenido de este documento no permite de extraer de él la existencia de todas las circunstancias a las que se refirieron para concluir la falta y el encarecimiento de los materiales necesarios para la construcción por la que habría atravesado el país desde 1988 y hasta el año de 1993, inclusive, por tanto, al dicho de los peritos, en lo que a este aspecto concierne, al no encontrarse mínimamente fundamento, no se le otorgará mérito probatorio alguno.

En lo que concierne al cálculo de los costos reales de la obra, encuentra la Sala que el documento de "*Indices totales por ítem de Camacol*" que se anexó no da cuenta, como se aplicó en la pericia, de la variación discriminada de cada ítem de construcción, como "*cemento, concreto, agregados minerales, ladrillo, hierro, obra de mano*", sino de valores globales discriminados por años y meses, así, al no poder establecer la fuente de la experticia, en este punto el dictamen tampoco puede ser tenido en cuenta para resolver el fondo del asunto.

- En relación con los puntos *iii*), *iv*) y *v*), las preguntas que debían resolver los peritos eran las siguientes:

"4. Digan los señores peritos con fundamento en los planos entregados por la contratante al contratista al inicio de las obras, si estos eran suficientemente completos y comprensibles y/o adecuados para el desarrollo y ejecución de la obra contratada.

6. Que, con fundamento en la correspondencia cruzada entre las partes, el libro de bitácora de la obra llevada por la interventoría, y los demás datos pertinentes, digan los señores peritos si el contratista contaba con la información técnica suficiente, adecuada y oportuna para ejecutar los diseños y construcciones de la obra.

La parte demandada objetó lo considerado por los peritos en cuanto a las preguntas 4 y 6 que fueron resueltas, en suma, en los siguientes términos:

Frente a la pregunta 4, es decir, en relación con los planos entregados por la entidad contratante al inicio de los trabajos, los peritos manifestaron que si bien eran comprensibles para determinar la localización y dimensiones de la obra, no contenían detalles de diseño que permitieran su correcta construcción, aunque, complementados con las especificaciones y las cantidades de las obras previstas en los pliegos de condiciones, sí permitían establecer los precios unitarios para presentar las propuestas, más no para adelantar la construcción.

Igualmente, manifestaron que en la visita que realizaron al lugar de los trabajos, se logró establecer que la totalidad de las obras ejecutadas no corresponden exactamente con los diseños de los planos de la licitación y que, además, obtuvieron información en el sentido que la Aerocivil, antes de que se liquidara el contrato con los demandantes, suscribió uno con otra firma para la terminación de la remodelación y que en esta ocasión se introdujeron modificaciones a los diseños que inicialmente se habían planteado para la obra.

Sobre este punto la parte demandada manifestó que lo indicado por los peritos es falso, ya que el contrato se ejecutó de conformidad con los diseños de los planos y se concluyó con el Acta de Recibo Final de la Obra. Además, señaló que el contrato se liquidó de manera unilateral el 4 de octubre de 1996, a través de la Resolución No. 05693 y aclaró que con posterioridad a la ejecución y entrega de la obra, la entidad contratante, ante la necesidad de llevar a cabo la obra, resolvió contratar con otra firma.

Si bien encuentra la Sala que la parte demandada en este punto no atribuyó error alguno al dictamen, sino que únicamente se limitó a disentir de sus conclusiones, en este aspecto la pericia tampoco será tenida en cuenta para resolver el asunto por las siguientes razones:

Además de que en el proceso no obran los planos que fueron estudiados por los peritos para constatar sus afirmaciones, las razones que se expusieron en el informe en el sentido de señalar que éstos eran insuficientes para adelantar la construcción son extremadamente vagas y escasas, dado que, si bien se aseveró que los planos carecían de "*detalles de diseño*" que imposibilitaban la ejecución de la obra, lo cierto es que no se especificó a cuáles "*detalles de diseño*" se refería, así como tampoco se hizo una explicación de la incidencia de éstos en relación con el correcto desarrollo del contrato, tampoco dio cuenta de por qué razón con

base en los planos era posible presentar los valores unitarios de la propuesta, pero no ejecutar la obra.

En cuanto a lo encontrado en la visita de la obra debe decirse que a pesar de que los peritos indicaron que la construcción no coincidía totalmente con los planos entregados al contratista, no explicaron este aspecto en qué incidía en los asuntos sometidos a su consideración. Asimismo, en relación con la afirmación hecha en el sentido que la entidad había celebrado otro contrato para la terminación de la remodelación del aeropuerto, la Sala no puede tomarla en cuenta porque, además de no haber sido un tema sometido al dictamen pericial, tampoco se encuentra debidamente establecido.

Sobre la pregunta 6, los peritos concluyeron que a la fecha de iniciación de las obras el contratista no contaba con la información técnica adecuada y necesaria para desarrollarla, que los diseños, instrucciones y definiciones fueron adoptados a medida que se iba desarrollando el contrato, pero que tal situación no era extraña en tratándose de obras de remodelación y ampliación de edificios existentes.

Para sustentar esta conclusión los peritos señalaron que, según varias anotaciones del libro de bitácora, la entidad contratante ordenó hacer apiques y demoliciones para investigar las condiciones de la obra existente, así como el diseño de obras no detalladas en los planos entregados inicialmente. Del mismo modo, hicieron alusión a las anotaciones del contratista en el sentido de que se resuelvan sus consultas lo más pronto posible para evitar que se perjudicara la obra y, finalmente, indicaron que la obra presentó una mayor duración debido a la necesidad de adelantarla en dos etapas para no obstaculizar el normal funcionamiento de los locales comerciales existentes en el área de los trabajos.

Respecto de la presunta falta de información técnica adecuada y necesaria para el desarrollo de la obra, la parte demandada dijo que las afirmaciones que sobre el particular se realizaron son unilaterales porque solamente se refirieron a la situación del contratista, sin hacer mención a las conductas asumidas por la demandada frente a consultas presentadas por el constructor.

Encuentra la Sala que la parte demandada en este punto no atribuyó error alguno al dictamen, sino que únicamente se limitó a disentir de sus consideraciones,

razón por la cual el alcance probatorio de ésta conclusión pericial será analizado más adelante en concordancia con las demás pruebas que obran en el proceso.

- En cuanto al punto *vi*), la parte demandante solicitó a los peritos que dictaminaran acerca de la siguiente cuestión:

“7. Digan los señores peritos si las condiciones resultantes de las precedentes cuestiones afectaban la programación y la correlativa ejecución de la obra, indicando los mayores tiempos incurridos, por ello, en la construcción”.

Sobre el particular los peritos afirmaron que *“Las condiciones resultantes de lo anteriormente observado afectaron considerablemente la programación inicial y por lo tanto el normal adelanto de los trabajos”.* Así mismo, señalaron que debido a que la obra tuvo que realizarse en dos etapas el tiempo para ejecutarla *“sería el doble de los programado inicialmente, es decir, 300 días”.*

Adicionalmente, los peritos manifestaron que, como habían explicado al resolver las preguntas formuladas en relación con el diseño y la construcción de la estructura metálica de cubierta, cuyas conclusiones, valga precisar, no fueron objetadas por la parte demandada, la Administración introdujo modificaciones al diseño 3 meses y 15 días después de que éstos se habían completado, lo que, según afirmaron, generó atraso en la construcción de la cubierta por ese mismo tiempo.

En ese sentido, indicaron que ***“los mayores tiempos incurridos por este concepto suman un total de: (150+105) 255 días. Teniendo en cuenta que Aerocivil concedió prórrogas por 165 días, consideramos que ha debido concedérsele al contratista un plazo adicional de (255-165) 90 días más”*** (Negritas del texto).

En relación con este aspecto la parte demandada consideró que en la elaboración del dictamen se incurrió en error grave, toda vez que no se tuvieron en cuenta las prórrogas de plazo que la entidad le otorgó a la sociedad demandante para la ejecución del contrato, a través de las cuales se le concedió un plazo total de 315 días calendario, sin embargo, según se extrae del texto del dictamen ese tiempo sí fue tomado en cuenta para determinar la incidencia de algunos aspectos en la programación y ejecución de la obra.

Así entonces, en este aspecto el dictamen pericial será analizado más adelante de manera conjunta con las demás pruebas que obran en el proceso.

- En cuanto al punto ix) concerniente a la actualización que los peritos realizaron sobre el reajuste de precios obtenidos al resolver la pregunta 3 formulada por la parte demandante, los costos por mayor permanencia en la obra obtenidos al resolver la pregunta 9 y el valor del acta de recibo final de la obra, la Sala se abstiene de realizar el estudio de la objeción que presentó la demandada, toda vez que, en caso de haber condena, se deberá realizar la operación matemática teniendo en cuenta el IPC certificado por el DANE generado con la metodología base de 2008, por ser la aplicable a la fecha de la sentencia y contener el ajuste de los índices de precios al consumidor hacia el pasado.

Los aspectos del dictamen pericial que no fueron objetados por la parte demandante, esto es, los relacionados con las preguntas 5, 8, 10, 11, 12 y 13 absueltas en el dictamen pericial, serán analizados en conjunto con las demás pruebas que obran en el proceso cuando corresponda, según el desarrollo que se le dará a la presente providencia para resolver el litigio.

5. Régimen jurídico aplicable al Contrato No. 0521 del 29 de julio de 1992.

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

Así las cosas, como quiera que el Contrato No. 0521 se celebró el 29 de julio de 1992, esto es, en vigencia del Decreto 222 de 1983, y que su objeto consistió en ejecutar *“las obra correspondientes a la remodelación y ampliación del muelle nacional costado norte, termina de pasajeros segundo nivel del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.”*, resulta claro que el régimen jurídico que le es aplicable en lo sustancial es el contenido en la citada normativa, razón por la cual será bajo este régimen y las estipulaciones contenidas en él que se estudiará el litigio que se originó con ocasión de su ejecución.

6. Los motivos de censura en contra de la sentencia de primera instancia.

6.1. La argumentación de la sentencia.

Considera la parte apelante que la decisión que se adoptó en primera instancia debe ser revocada, toda vez que, a pesar de haberse negado la petición de la demandada en el sentido de que se declarara probada la excepción de cosa juzgada, el Tribunal de primera instancia, para resolver el caso *sub judice*, se limitó a transcribir las consideraciones de la sentencia proferida dentro de los procesos acumulados 9502 y 9761 en los que se debatió la validez de los actos administrativos por medio de los cuales el Fondo Aeronáutico Nacional, hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, le impuso unas multas a la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. S.A., en virtud del mismo contrato cuya declaración de incumplimiento dio origen a la presente controversia.

Al respecto, una vez revisado el texto de la providencia apelada, se observa que después de transcribir las consideraciones expuestas en la sentencia proferida dentro de los procesos acumulados 9502 y 9761, el *a quo* indicó:

“Como se observa, el planteamiento propuesto por la parte actora en los procesos 9502 y 9761, y fallados en sentencia transcrita mediante la cual se negó la nulidad de las resoluciones que impusieron las multas, constituye el estudio y análisis sobre los mismos supuestos de hecho y argumentos que se reproducen en las demandas de los procesos motivos del presente fallo. En consecuencia, quedó evidente que la Sociedad demandante reconoce que para el 14 de noviembre de 1993, el contrato no se cumplió pero los argumentos mediante los cuales traslada la culpa de tal situación no sólo a la Administración sino también al interventor no fueron suficientes para desvirtuar las consideraciones que tuvo la administración para declarar el incumplimiento parcial del contrato”.

En este punto la Sala encuentra razón a los argumentos expuestos por la parte apelante, ya que, si bien, como se desprende del relato realizado por el Tribunal, los hechos que en uno y otro proceso se expusieron como fundamento de las pretensiones fueron los mismos, los actos administrativos cuya legalidad se debate son diferentes, cuestión que tuvo en cuenta el *a quo* para negar la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada pero que, de manera absolutamente incongruente, desconoció a la hora de resolver el litigio.

En efecto, según se desprende del texto de la sentencia impugnada, el Tribunal consideró que, debido a que tanto en los procesos acumulados como en los que ahora ocupan la atención de la Sala las pretensiones de anulación se sustentaron en los mismos hechos, la sentencia proferida en el primero de ellos era suficiente para resolver las pretensiones del segundo, sin necesidad de entrar a analizar las pruebas que obran en éste y a pesar de que los actos administrativos demandados fueran diferentes.

En ese contexto, no existe duda en cuanto a que el *a quo*, a pesar de haber negado formalmente la declaratoria de cosa juzgada, sustancialmente aplicó esta figura al caso, toda vez que para resolverlo se limitó a transcribir las consideraciones que se elaboraron en el juicio de legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se impusieron unas multas al contratista, sin hacer un examen crítico de las pruebas que obran en este proceso respecto del acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato y cuya legalidad se discute ahora, desconociendo de esa manera lo dispuesto en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil⁵² en cuanto al contenido y motivación de la sentencias.

Sobre el particular es oportuno precisar que si bien la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la existencia del fenómeno jurídico de la cosa juzgada material por encontrarse demostrada la identidad de causa y objeto - aunque no de partes - y, en consecuencia, ha acogido los planteamientos y fundamentos expuestos en las oportunidades anteriores para efectos de analizar en el caso posterior la responsabilidad del Estado frente a esos mismos hechos ya debatidos y decididos⁵³, lo cierto es que en este evento no se configuran los presupuestos

⁵² “ARTÍCULO 304. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 134 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código.

La redacción de toda sentencia deberá iniciarse en folio que no contenga actuación alguna, ni escrito en las partes, y de ella se dejará copia en el archivo de la secretaría”.

⁵³ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala Administrativa del Consejo de Estado: Sentencia proferida el 4 de mayo de 2011, expediente 19.355; sentencia proferida el 9 de junio del 2010, expediente 18.677, ambas reiteradas en sentencia del 18 de mayo de 2012, expediente 2007.

necesarios para que tal declaración proceda, pues si bien los hechos e incluso las partes son las mismas, el objeto de la acción no lo es.

En efecto, a pesar de que, al igual que ocurre en el proceso 95-D-11431 cuyo análisis ahora corresponde a la Sala, en los procesos acumulados cuya sentencia fue acogida por el Tribunal para resolver las pretensiones de la demanda lo que se pretende es la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos contractuales, resulta que los actos administrativos enjuiciados en cada caso son autónomos, independientes y diferentes entre sí y, por tal razón, el control de legalidad que sobre ellos se realiza, que no es oficioso, no puede trasladarse en forma automática de unos a otros, menos aun cuando, como lo reconoció de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sección Tercera de Consejo de Estado con base en los artículos 71,72 y 73 del Decreto 222 de 1983, aplicable al caso concreto, los actos administrativos de multas y los de incumplimiento tienen y persiguen una finalidad diferente⁵⁴.

En lo que concierne al proceso 95-D-11580 acumulado al 95-D-11431, lo que se pretende no es la nulidad de acto administrativo alguno, sino la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el Fondo Aeronáutico Nacional, hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en virtud del contrato de obra pública 0521-OP, razón por la cual tampoco se puede predicar la existencia de cosa juzgada material respecto del proceso en el que se debatió la validez de las multas impuestas al contratista.

Así las cosas, establecido lo anterior, corresponde a la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto.

6.2. La solicitud de anulación de las Resoluciones 05337 de 1994 y 03860 de 1995, por falsa motivación.

Según se desprende de la demanda, el cargo central con fundamento en el cual se pretende derrumbar la presunción de legalidad que ampara a los actos

⁵⁴ “En el régimen contractual anterior al previsto por la ley 80 de 1993, la administración pública podía sancionar al contratista por incumplimiento durante la vigencia del contrato; así, si el incumplimiento era parcial y no hacía imposible su ejecución, se imponían multas como medida coercitiva provisional para constreñir el cumplimiento, pero si ese incumplimiento era de mayor entidad, la administración podía darlo por terminado unilateralmente, en forma anticipada, caso en el cual podía declarar la caducidad del contrato, o el incumplimiento del mismo y hacer efectiva, en ambos casos, la cláusula penal pecuniaria. Ello se desprendía de las siguientes disposiciones del decreto ley 222 de 1983...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia proferida el 18 de marzo de 2004, expediente 15963.

administrativos enjuiciados es el de falsa motivación, cargo que se sustenta, en suma, en asegurar que la causante del incumplimiento contractual no fue la sociedad contratista como se declaró en las resoluciones demandadas, sino la propia entidad contratante, razón que le impedía declarar el incumplimiento del contrato.

Para resolver los argumentos que se expusieron para demostrar tal hecho la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

6.2.1. La facultad de la Administración para declarar el incumplimiento del contrato.

En vigencia del Decreto 222 de 1983, aplicable al contrato de marras, como ya se dijo, las entidades públicas que celebraran contratos estatales estaban facultadas, si había mérito para ello, para declarar su incumplimiento. Así lo preveían las siguientes disposiciones del mencionado decreto:

“Art. 71.- 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.

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

Art. 72.- 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. (...)

Art. 73.- De la aplicación de las multas y de la cláusula penal.

El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los artículos anteriores ingresarán al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado, directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida (...).”

En el caso *sub judice*, además de la existencia legal de la facultad que se les otorgó a las entidades públicas contratantes para declarar el incumplimiento del

contrato en vigencia del Decreto 222 de 1983, las partes, en la cláusula vigésima séptima del Contrato de Obra Pública No. 0521 de 1992⁵⁵, previeron la posibilidad de que el Fondo Aeronáutico Nacional, hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, declarara su incumplimiento y, en consecuencia, hiciera efectiva la cláusula penal estipulada.

6.2.2. Las Resoluciones demandadas.

La pretensión de anulación incoada por la parte demandante se dirigió en contra de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 05337 del 19 de agosto de 1994⁵⁶.

A través de este acto administrativo, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Obra Pública No. 0521OP, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula vigésima primera del negocio jurídico, por la suma de \$8'188.561,20, equivalente, según la resolución, al 10% del valor de la obra dejada de ejecutar, y ordenó que se procediera a su liquidación.

Como fundamento de la decisión adoptada, en el acto administrativo la entidad pública contratante expuso, en suma, lo siguiente:

“5. Que mediante resolución No. 4083 del 27 de mayo de 1993, la cual se encuentra ejecutoriada le fue impuesta una multa al contratista por la suma de TREINTA Y UN MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$31.124.30) MONEDA CORRIENTE, correspondiente al uno por diez mil por ciento (1x10.000%) de valor total del contrato.

8. (sic) Que según resolución No. 6785 del 13 de agosto de 1993 se impuso a la citada sociedad una segunda multa por la suma de TREINTA Y UN MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$31.124.30) MONEDA CORRIENTE, diarios correspondiente al uno por diez mil por ciento (1x10.000%) de valor total del contrato.

⁵⁵ **VIGESIMA PRIMERA. PENAL PECUNIARIA.** EL FONDO en caso de declaratoria de caducidad, o incumplimiento, podrá imponer al CONTRATISTA en la misma resolución una pena pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato”.

⁵⁶ Folios 9 a 13 del cuaderno de pruebas No. 2.

9. Que la Dirección de Instalaciones Aeronáuticas mediante oficio 046-1801 del 27 de diciembre de 1993, dirigido a la Oficina Jurídica envía el cuadro final del contrato citado en el cual se consigna que la obra ejecutada por el contratista hasta el día 14 de noviembre de 1993 fecha de vencimiento del contrato; así mismo se consigna la obra dejada de ejecutar, la cual asciende a un valor de \$81.885.612,05;

(...)

12. Que con fecha de 14 de diciembre de 1993 se levantó el Acta de Recibo Final de obra, la cual aparece suscrita por el contratista, el interventor y el Director de Instalaciones Aeronáuticas, dejándose en dicha acta la siguiente constancia: ... '5. Que el contratista en la fecha de vencimiento del contrato, no terminó completamente las obras objeto del mismo'.

13. Que en la citada acta de Recibo Final se deja constancia de que la misma fue suscrita con posterioridad al vencimiento del plazo contractual en razón a que las labores de medición final de las obras ejecutadas así como las pruebas de funcionamiento de los equipos instalados solo se terminaron en la fecha de suscripción de dicha acta.

14. Que como anexo de la citada acta aparece el cuadro de estado final de la obra, en el cual se especifica la obra ejecutada por el contratista a 14 de noviembre de 1993, fecha de vencimiento del plazo pactado y la obra faltante por realizar.

15. Que efectivamente hubo incumplimiento del contratista por obra dejada de ejecutar, tal como lo indica el cuadro final del contrato 0521-OP'.

- Resolución No. 03860 del 27 de junio de 1995⁵⁷.

Por medio de este acto administrativo la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 05337 del 19 de agosto de 1994.

Para efectos de resolver los argumentos expuestos por la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., en el recurso de reposición, la entidad pública contratante manifestó:

En relación con el argumento planteado por la sociedad recurrente en el sentido de que el proyecto fue licitado sin tener listos los planos, cálculos, diseños y

⁵⁷ Folios 14 a 25 del cuaderno de pruebas No. 2.

definiciones mínimos de la obra, indicó la contratante que lo expuesto al respecto no justificaba en manera alguna el retraso en la ejecución de las obras y que tal retraso se hallaba plenamente acreditado con base en los informes de Interventoría como en los de la Dirección de Instalaciones Aeronáuticas, según los cuales, en ninguna época del contrato el contratista estuvo al día con la ejecución de la obra. Dijo además que la Interventoría había determinado como factor fundamental del atraso, la tardanza del contratista para acometer las actividades de diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, de acuerdo a lo requerido en los pliegos de condiciones.

Igualmente, señaló que, según la Interventoría, el atraso real en la programación de la obra fue ocasionado vertebralmente por:

“-Desface (sic) de ruta crítica en la actividad de cálculo, diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, siendo responsabilidad del contratista.

- Baja calidad tanto en el proceso técnico - administrativo como en el de obra.

- Insuficiente personal de obra para acometer las diferentes actividades de la construcción, lo cual redundó en un bajo rendimiento”.

En lo que concierne al presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato, debido, según la sociedad recurrente, en primer lugar, a actuaciones desarrolladas por la entidad pública contratante y, en segundo lugar, a *“medidas derivadas del Gobierno”*, lo cual habría incidido en el desarrollo del proyecto al haber obligado a la contratista a asegurar los mejores precios posibles y haberlo llevado a adelantar largas y dispendiosas negociaciones, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil señaló que tales apreciaciones no justifican en manera alguna el atraso en la ejecución de las obras, más aún cuando el contenido del libro de obra demuestra que las causas generadoras del incumplimiento fueron de absoluta incumbencia del contratista.

Respecto de la afirmación hecha por la sociedad contratista en el sentido de señalar que las causas que impidieron la ejecución de las obras de remodelación eran imputables a la entidad pública contratante y a la interventoría, por cuanto, según dijo, esta última impuso de manera unilateral y sin que el contrato lo previera que la programación y ejecución debía hacerse de manera lineal y

secuencial - primero las obras de ampliación y luego las de remodelación -; porque a pesar de que en múltiples ocasiones se le solicitó a la interventoría que autorizara el inicio de las obras de remodelación, ésta siempre se negó a hacerlo, y, además, por haber obligado al contratista a quedarse con los materiales que ya habían sido adquiridos; la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil indicó que la obra se evacua de conformidad con las condiciones técnicas exigidas en los pliegos de condiciones que rigen la contratación y que el contratista asume con pleno conocimiento desde el momento mismo de la licitación y que, adicionalmente, en el libro de obra se encuentran consignados los reiterativos *“llamados de atención por incumplimiento en la programación de la obra, poco personal en los diferentes frentes del trabajo, por negligencia para efectuar trabajos que garantizarán el buen funcionamiento del aeropuerto, como la demora de la impermeabilización de la cubierta...”*.

En cuanto a las multas que le fueron impuestas a la sociedad contratista y que, según ella, fueron tenidas en cuenta para declarar el incumplimiento sin tener en cuenta que las mismas habían sido demandadas, la entidad pública manifestó que la sociedad, al hacer uso de los recursos de reposición, no logró demostrar el cumplimiento del contrato en la ejecución de la obra.

Finalmente, en relación con lo expuesto por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en el numeral 12 de la Resolución No. 05337 del 19 de agosto de 1994, dijo la parte recurrente que la entidad pretende tomar como reconocimiento del incumplimiento lo consignado en el numeral 5 de acta de recibo final de la obra, pero que lo dicho en esa oportunidad sólo indica algunas obras que no se ejecutaron, mas no un reconocimiento de responsabilidad por parte del contratista. Respecto de lo consignado en el numeral 15, indicó que para señalar el incumplimiento del contrato la entidad debió analizar la responsabilidad de las partes en la inejecución de las obras.

Al respecto, la entidad pública contratante señaló que la sociedad contratista desconoce el contenido y valor del acta de recibo final de la obra, así como del contenido del cuadro de estado final de la obra, documentos éstos que, a su juicio, demuestran el incumplimiento de la sociedad por obra dejada de ejecutar. Asimismo, indicó que la contratista no tiene en cuenta que le fueron concedidas dos prórrogas al plazo inicial pactado para ejecutar la obra.

6.2.3. La proposición implícita de la excepción de contrato no cumplido.

Como se señaló con anterioridad, la parte actora sustentó el cargo de falsa motivación que endilgó a los actos administrativos acusados en que la causante del incumplimiento contractual en el que incurrió no fue la sociedad contratista como se declaró en las resoluciones demandadas, sino la propia entidad contratante. Desde este punto de vista considera la Sala que la parte demandante propuso a su favor la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil, razón por la cual su estudio resulta pertinente en esta providencia.

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

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

Esta figura es propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, su fundamento se encuentra en los principios de la equidad y de la buena fe⁵⁸ y ha sido instituida para impedir que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento mientras ella misma no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben⁵⁹.

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

“El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

⁵⁹ Pérez Vives Alvaro, Teoría General de las Obligaciones, Bogotá, Editorial Temis, 1953.

*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.*⁶⁰

*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*⁶¹.

Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia⁶² que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: **i)** La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “*do ut des*” (te doy para que me des); **ii)** el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; **iii)** que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, **iv)** que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; **v)** el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

Adicionalmente, en sentencia proferida el 16 de febrero de 1984⁶³, se precisó que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto

⁶⁰ Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, entre otras, Sentencias del 15 de septiembre de 1983, Exp. 3244; de 25 de junio de 1987; Exp. 4994; de 31 de enero de 1991, Exp. 4739 y 4642; de 15 de mayo de 1992, Exp. 5950 y de 17 de enero de 1996, Exp. 8356.

⁶¹ Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, Sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739.

⁶² 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.

⁶³ Expediente 2509. Actor: Cadavid Herrera Limitada.

que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo* (art. 83 Constitución Política).

En ese orden de ideas y como también lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sección, en el evento de que llegaran a demostrarse las circunstancias en las que la parte actora fundamentó la excepción de contrato no cumplido, así como los requisitos a los que viene de hacerse referencia para la configuración de esta figura, el incumplimiento que se declaró a través de los actos administrativos enjuiciados se desvirtuaría, en tanto que la sociedad contratista, en esas condiciones, no estaría obligada a cumplir sus deberes, cuando su co-contratante, al incumplir los suyos, la habría situado en la imposibilidad física o jurídica de hacerlo.

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a estudiar los incumplimientos en los que habría incurrido el Fondo Aeronáutico Civil, hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, respecto del Contrato de Obra Pública No. 0521 de 1992, los cuales, a juicio de la parte actora, habrían sido determinantes en el no cumplimiento de sus propias obligaciones.

a) Desfase entre el período propuesto para la iniciación de las obras y el período en el que realmente empezó su ejecución.

En cuanto a la pretensión de anulación contenida en el proceso No. 95-D-11431, el tema en cuestión se formuló en el sentido de señalar que la programación y período de ejecución inicialmente previsto para el contrato se alteró, debido a que, según la demanda, por culpa de la entidad contratante las obras cuya ejecución se programaron para ser desarrolladas en un período de 150 días calendario dentro del segundo semestre del año 1992, empezaron a ejecutarse en el año de 1993, circunstancia que, aunada al cambio de las condiciones del mercado existentes para el momento en que se presentó la propuesta y aquel en el que se ejecutó el contrato, marcado por una aguda escasez de materiales y de mano de obra que se presentó en 1993, habría ocasionado en cabeza de la sociedad contratista un fuerte desequilibrio económico que la habría obligado a *“buscar por todos los medios el aseguramiento de los mejores precios posibles, lo cual necesariamente condujo a largas y dispendiosas investigaciones, cotizaciones y negociaciones que afectaron, en alguna medida, la iniciación y desarrollo de numerosas actividades”*.

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

En cuanto al primer supuesto la Sala encuentra acreditados los aspectos que se relacionan a continuación:

- En lo pertinente a este aspecto, se recoge de los pliegos de condiciones que rigieron el proceso de licitación No. 052 de 1992 adelantado por Fondo Aeronáutico Nacional, hoy Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, para la contratación de las obras requeridas para la remodelación y ampliación del muelle nacional costado norte, terminal de pasajeros segundo nivel del aeropuerto El Dorado de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C.⁶⁴, los siguientes puntos:

“CAPITULO I

INFORMACIONES GENERALES

(...)

1.3. RECURSOS FINANCIEROS

Los recursos financieros para el objeto de esta licitación provienen del FONDO AERONAUTICO NACIONAL, distribuidos así:

*Para la vigencia de 1.992, Certificado de disponibilidad No. 300 DE ABRIL 15 DE 1992 Y FUTURAS APROPIACIONES VIGENCIA 1.992*⁶⁵.

“CAPITULO III

CONDICIONES ECONOMICAS Y FINANCIERAS

(...)

3.4. VIGENCIA DEL CONTRATO Y PLAZO DE ENTREGA

3.4.1. La vigencia del contrato que se celebre será de DOSCIENTOS CUARENTA DIAS (240) CALENDARIO contados a partir de la fecha del perfeccionamiento.

3.4.2. El oferente se obliga a ejecutar las obras dentro de los CIENTO OCHENTA (180) DIAS CALENDARIO contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato.

⁶⁴ Folios 5 a 129 del cuaderno de pruebas No. 5.

⁶⁵ Folio 13 del cuaderno de pruebas No. 5.

3.4.3. *El acta de iniciación de las obras deberá suscribirse por el CONTRATISTA y el Interventor dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha del perfeccionamiento del contrato.*

3.4.4. *El proponente podrá ofrecer como alternativa, plazos inferiores diferentes a los requeridos para la entrega de las obras. El FAN escogerá aquellos que considere más convenientes*⁶⁶.

Posteriormente, a través de adendo No. 1 a la licitación pública No. 052 de 1992, el Fondo Aeronáutico Nacional modificó el numeral 3.4.2. del pliego de condiciones, en el sentido de establecer que *“El oferente se obliga a ejecutar las obras dentro de los ciento ochenta días (180) días calendario, contados a partir de la entrega del anticipo”*⁶⁷.

“CAPITULO IV

CONDICIONES LEGALES PARA LA CELEBRACION DEL CONTRATO

(...)

4.4. *El contrato se legalizará de acuerdo con las leyes colombianas.*

(...)

4.8. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

4.8.1. *El adjudicatario deberá presentar dentro de los diez (10) días calendario posteriores a la notificación de la resolución de adjudicación del contrato, lo siguiente:*

4.8.1.1. *Autorización al representante legal para comprometer a la persona jurídica por el valor del contrato, jurídica por el valor del contrato, cuando sea el caso.*

4.8.1.2. *Paz y Salvo del Fondo Aeronáutico Nacional, vigente.*

4.8.1.3. *Certificado de constitución y gerencia, si estuviere vencido.*

(...)

4.8.3. *Para el perfeccionamiento del contrato se tendrá en cuenta lo siguiente:*

4.8.3.1. *El contrato se suscribirá dentro de los quince (15) días calendario siguientes, a la comunicación en la que se informe que el contrato se encuentra listo para su firma.*

4.8.3.2. *Una vez firmado el contrato se efectuará el registro presupuestal, el contratista procederá a constituir las garantías exigidas en el contrato, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se haga entrega del contrato.*

4.8.3.3. *Dentro del mismo término el contratista procederá a pagar el impuesto de timbre y a efectuar la publicación del contrato en el Diario*

⁶⁶ Folios 32 y 33 del cuaderno de pruebas No. 5.

⁶⁷ Folio 3 del cuaderno del cuaderno de pruebas No. 5.

*Oficial, requisito que se entiende cumplido con la presentación del comprobante de pago de los derechos correspondientes*⁶⁸.

- Una vez adelantado el proceso de selección No. 052 de 1992, el 10 de julio de 1992, a través de acto administrativo No. 7645, se adjudicó el contrato para las obras requeridas para la remodelación y ampliación del muelle nacional costado norte, terminal de pasajeros segundo nivel del aeropuerto El Dorado de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., mediante el sistema de precios unitarios fijos, a la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda⁶⁹.

- El 29 de julio de 1992 se suscribió, entre el entonces Fondo Aeronáutico Nacional y la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., el Contrato No. 0521-OP⁷⁰, documento en el cual quedaron consignadas las cláusulas que, por ser relevantes para el tema en cuestión, se destacan a continuación:

“CUARTA. VALOR DEL CONTRATO. *El valor del presente contrato es la suma de TRESCIENTOS ONCE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$311.242.979.00) M/Cte., resultantes de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios fijos consignados en la Cláusula Segunda.*

(...)

SEPTIMA. APROPIACION PRESUPUESTAL. *Para atender el valor de este contrato el FONDO cuenta con Disponibilidad Presupuestal con cargo a la vigencia mil novecientos noventa y dos (1992), Rubro 3807001105800000 y 380700100100000, Recurso 90 Ingresos Corrientes. Los pagos que el FONDO se compromete a efectuar con cargo a este contrato, quedarán sujetos a las apropiaciones presupuestales que hagan en su presupuesto de acuerdo con las normas legales vigentes. Para ello el FONDO se compromete a incluir las partidas necesarias en su presupuesto.*

OCTAVA. PLAZO. *La vigencia del presente contrato es de doscientos cuarenta (240) días calendario contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del mismo, obligándose el CONTRATISTA a ejecutar las obras en un término de ciento cincuenta (150) días calendario contados a partir de la fecha de recibo del Anticipo. El Acta de Iniciación de las Obras deberá suscribirse dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato que se entiende*

⁶⁸ Folios 34 y 35 del cuaderno de pruebas No. 5.

⁶⁹ Folios 162 a 164 del cuaderno de pruebas No. 5.

⁷⁰ Folios 9 a 19 del cuaderno de pruebas del expediente 11580.

la aprobación de las garantías, previo el pago del impuesto de Timbre y publicación en el Diario Oficial.

(...)

VIGESIMA SEXTA. PERFECCIONAMIENTO. *El presente contrato se perfecciona con: a) Firma de las partes; b) Registro presupuestal; c) Constitución y aprobación de las garantías. El CONTRATISTA debe pagar el impuesto de Timbre que se cause en la mitad de su cuantía (Ley 2a de 1976, Decreto 2813 de 1991), y la publicación del contrato en el Diario Oficial, requisito que se entiende cumplido con la presentación del recibo de pago de los derechos correspondientes...”.*

- Posteriormente, mediante oficio No. 04-3008 del 12 de agosto de 1992, la Oficina Jurídica envió a la División de Control Financiero del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el Contrato No. 0521-OP y los certificados de disponibilidad presupuestal 300 y 559, para que se procediera a realizar el registro presupuestal correspondiente⁷¹.

- Al día siguiente, esto es, el 13 de agosto de 1992, las partes suscribieron el Otrosí No. 1 al Contrato de Obra Pública No. 0521OP, cuyo objeto consistió en aclarar la cláusula séptima del negocio jurídico sobre apropiación presupuestal. A través de este acto se modificó el número de uno de los rubros⁷².

- El 21 de agosto de 1992, mediante comunicación BHV-332-92, la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., le solicitó al entonces Fondo Aeronáutico Nacional que, con el fin de evitar una ruptura económica del contrato, agilizara los trámites de su perfeccionamiento, toda vez que la sociedad había cumplido con los que a ella le correspondían para tales efectos y, además, por cuanto, según dijo, el tiempo de ejecución fue un factor determinante tanto para la elaboración como para la escogencia de la propuesta; por cuanto los precios unitarios fijos del contrato se elaboraron de conformidad con las condiciones conocidas en ese momento y por cuanto no era lo mismo ejecutar un contrato en una sola vigencia fiscal que hacerlo en dos. En sus apartes pertinentes, el documento consigna lo que sigue:

“El contrato en la actualidad se encuentra en proceso de perfeccionamiento y como es sabido, no obstante nuestra diligencia y

⁷¹ Folio 602 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁷² Folios 20 a 21 del cuaderno de pruebas del expediente 11580.

capacidad operativa para acometer las obras encomendadas, éstas no pueden legalmente iniciarse hasta tanto no se surta en forma completa el proceso que legaliza el contrato. Por nuestra parte con rapidez hemos agenciado los trámites a nuestro cargo, vale decir, la firma, autenticación y constitución de garantías, así como el pago del impuesto de timbre y publicación en el Diario Oficial.

Siendo como fue el tiempo de ejecución, factor fundamental, tanto para nosotros formular nuestra propuesta, como para el Fondo en la escogencia del Contratista, dada la urgencia de las obras, las mismas deben ser iniciadas en el menor tiempo posible, lo cual necesariamente implica como requisitos que los trámites se surtan con la diligencia que el caso amerita, y es así como desde la resolución 7645 del 10 de julio hasta ahora, es decir un mes varios días después, no se ha culminado la fase inicial de legalización.

Unida a la urgencia del Fondo están ligados los precios unitarios fijos ya que el contratista basa su oferta y el Fondo elabora sus propuestas en las circunstancias conocidas, en las cuales el cumplimiento del factor tiempo juega un papel preponderante en el logro del objetivo para ambas partes.

En la elaboración de nuestra propuesta y en la preparación para la ejecución del contrato, partimos de la base de que la obra estaría ejecutada a 31 de diciembre del año en curso, por cuanto como es de público conocimiento, en los primeros días de enero se reúne el Consejo Nacional de Salarios con la consecuente alza laboral que correlativamente conlleva un aumento en el costo de la gasolina y por ende de los materiales.

Como se observa entonces no es lo mismo ejecutar un contrato en 150 días durante una misma vigencia fiscal a estos mismos 150 días cubriendo dos vigencias diferentes. Es por esto que se convierte, no en deseable, sino en indispensable, que en un contrato como el que nos ocupa no se presente un fracaso del factor tiempo sobre los presupuestos estimados tanto por el Fondo como por nuestra firma⁷³.

- La petición elevada en esa oportunidad por la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., fue reiterada mediante comunicaciones BHV-351-92⁷⁴, BHV-352-92⁷⁵ y BHAV-353-92⁷⁶, todas del 2 de septiembre de 1992.

⁷³ Folios 535 y 536 de cuaderno de pruebas No. 4.

⁷⁴ Folio 538 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁷⁵ Folio 532 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁷⁶ Folio 537 del cuaderno de pruebas No. 4.

- Frente a la primera petición, el entonces Fondo Aeronáutico Nacional, mediante oficio sin número del 31 de agosto de 1992, le informó a la sociedad que el contrato se encontraba en trámite de registro presupuestal y que al finalizar esta etapa se debía enviar al Consejo de Ministros para su aprobación y, posteriormente, al Consejo de Estado para que se surtiera la revisión de legalidad⁷⁷.

- En esa misma fecha, la Oficina Jurídica, mediante oficio 04/3340 y ante la petición presentada por la sociedad contratista, le solicitó a la División de Control Financiero, que de manera urgente enviara el contrato debidamente registrado, a la vez que le advirtió que *“la demora en el trámite del registro presupuestal de los contratos puede acarrear en el futuro situaciones que contrarían los intereses del Fondo Aeronáutico Nacional”*⁷⁸.

- El 7 de septiembre de 1992, mediante oficio sin número, la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, Fondo Aeronáutico Nacional, dio respuesta a los oficios 906 y 927, mediante los cuales el Auditor General ante esa entidad, devolvió sin tramitar los registros presupuestales de dos contratos, uno de ellos el 0521-OP de 1992, con fundamento en que para ampararlos se estaban imputando unos registros que no cumplían con lo previsto en los artículos 15 y 62 del Decreto 2819 de 1991 y 15 del Decreto 2819 del mismo año. Así mismo, se le indicó a la entidad que los certificados de disponibilidad presupuestal de los contratos - el 559 para el caso del Contrato 0521-OP - no formaban parte del proceso de contratación por haber sido expedidos con posterioridad a las resoluciones de adjudicación⁷⁹.

- En esa misma fecha, las partes suscribieron el Otrosí número 2 al contrato, por medio del cual se procedió a la *“aclaración”* de la cláusula octava - plazo del contrato-. A través de este acto se modificó la fecha en que se suscribiría el acta de iniciación de las obras, pues inicialmente en el contrato se había señalado que sería dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de su perfeccionamiento, que, hasta ese momento, debía entenderse la de aprobación de las garantías; mientras que en el otrosí se dispuso que fuera dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la entrega del anticipo⁸⁰.

⁷⁷ Folio 577 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁷⁸ Folio 579 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁷⁹ Folios 520 a 525 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁸⁰ Folios 22 y 23 del cuaderno de pruebas del expediente 11580.

- El 14 de septiembre de 1992, mediante oficio sin número la Oficina Jurídica dio respuesta a la comunicación BHV-352-92, fechada el 9 de septiembre de 1992, por medio de la cual la sociedad contratista reiteró su preocupación por la demora en los trámites de legalización del contrato. Frente a la solicitud, se le informó que se estaban aclarando ante la Auditoría Fiscal algunos aspectos relacionados con observaciones efectuadas al registro presupuestal del contrato y que una vez resuelto el tema se continuaría con el trámite del perfeccionamiento⁸¹.
- El 9 de octubre de 1992, esto es, aproximadamente 2 meses y 10 días después de la suscripción del contrato, el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, solicitó al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 252 de Decreto 222 de 1983, se sometiera a estudio y decisión del Consejo de Ministros el Contrato de Obra Pública No. 0521-OP del 29 de julio de 1992⁸². Adicionalmente, el día 13 de esas mismas calendas, se acompañaron a la solicitud los certificados de disponibilidad presupuestal 300 y 559, de abril y julio, respectivamente⁸³.
- Posteriormente, el 19 de octubre de 1992, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, mediante oficio No. 5477, devolvió el Contrato 0521-OP de 1992 al Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, con las siguientes observaciones:

“1. De conformidad con el artículo 252 del Decreto 222 de 1983, el contrato requiere de la revisión de legalidad del Consejo de Estado, por tener una cuantía superior a los \$250.000.000.

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto Contractual, el perfeccionamiento del contrato ocurre con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que lo declare ajustado a la ley.

Por tal razón, es necesario modificar mediante OTROSI las cláusulas 8a. y 26a. del contrato, a fin de que se estipule correctamente el evento de su perfeccionamiento.

2. Al expediente debe anexarse la constancia de notificación al contratista de la Resolución por la cual se le adjudicó el contrato”⁸⁴.

⁸¹ Folio 517 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁸² Folio 510 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁸³ Folio 509 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁸⁴ Folio 505 del cuaderno de pruebas No. 4.

- En virtud de lo anterior, el 21 de octubre de 1992, las partes suscribieron el Otrosí número 3 al contrato, por medio del cual se procedió a la “*aclaración*” de las cláusulas octava - referente al plazo - y vigésima sexta del contrato - referente al perfeccionamiento -, en los siguientes términos:

“PRIMERO. La cláusula Vigésima Sexta se aclara y quedará así: PERFECCIONAMIENTO. El presente contrato se perfecciona con: a) Firma de las partes, b) Registro presupuestal; c) Constitución y aprobación de las garantías; d) Concepto del H. Consejo de Ministros; e) Providencia del H. Consejo de Estado que lo declare ajustado a la Ley.

SEGUNDO. Para efectos de la cláusula octava se entiende como de perfeccionamiento la fecha de la providencia del Honorable Consejo de Estado que declare el contrato ajustado a la ley”⁸⁵.

- En atención a las observaciones de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el 3 de noviembre de 1992 se remitió el convenio aclaratorio⁸⁶ y el 5 de noviembre la Resolución de adjudicación y su notificación⁸⁷. El 10 de noviembre de 1992, mediante oficio SCM No. 709, se le comunicó a la entidad contratante que en sesión del 8 de noviembre de esa misma anualidad, el Consejo de Ministros aprobó el Contrato 0521-OP de 1992⁸⁸.

- El 12 de noviembre de 1992, el Director del Departamento Aeronáutico Civil solicitó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 252 del Decreto 222 de 1983, se ordenara la revisión de legalidad correspondiente al Contrato 0521-OP de 1992⁸⁹.

- Nuevamente, el 11 de noviembre de 1992, mediante comunicación BHV-441-92, la sociedad contratista reiteró ante la entidad su preocupación respecto de la iniciación de las obras⁹⁰, lo mismo que hiciera el 1 de diciembre de 1992 mediante comunicación BHV-465-92⁹¹.

⁸⁵ Folios 25 y 26 del cuaderno de pruebas del expediente 11580.

⁸⁶ Folio 499 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁸⁷ Folio 494 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁸⁸ Folio 475 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁸⁹ Folios 473 y 475 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁹⁰ Folio 484 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁹¹ Folio 429 del cuaderno de pruebas No. 3.

- El 2 de diciembre de 1992, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado profirió providencia por medio de la cual declaró ajustado a la ley el Contrato de Obra Pública No. 0521-OP de 1992⁹².

- El 14 de diciembre de 1992, la entidad contratante, dando respuesta a la comunicación BHV-465-92, le informó a la contratista que el Consejo de Estado aprobó el contrato⁹³. Igualmente, mediante oficio 04-5074, la Oficina Jurídica le informó al Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil que las garantías del contrato fueron aprobadas el 1 de diciembre de 1992⁹⁴.

- Finalmente, el 4 de enero de 1993, las partes suscribieron el acta de inicio de obra⁹⁵.

Una vez revisado el expediente, encuentra la Sala que, en efecto, si bien el contrato se suscribió el 29 de julio de 1992, su ejecución no pudo iniciarse sino hasta el 4 de enero de 1993, por causas atinentes a su perfeccionamiento y legalización, las cuales, como bien puede observarse a partir del acervo probatorio que viene de relacionarse, no eran imputables a la sociedad contratista, sino que eran de cargo de la entidad demandada.

En efecto, de conformidad con el contenido de las pruebas documentales que vienen de relacionarse, se observa con claridad que la causa determinante para que el Contrato de Obra Pública 0521-OP de 1992 no iniciara su ejecución en el segundo semestre de 1992, la constituyó la problemática que tuvo que afrontar la entidad contratante en relación con el registro presupuestal, el cual fue negado por la Auditoría General Delegada ante el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por no cumplir con lo previsto en los artículos 15⁹⁶ y 62⁹⁷ del

⁹² Folios 468 a 472 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁹³ Folio 430 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁹⁴ Folios 435 y 436 del cuaderno de pruebas No. 3

⁹⁵ Folio 472 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁹⁶ Decreto 2819 de 1981. "ARTÍCULO 15. Todo acto administrativo que afecte el Presupuesto General de la Nación requerirá para su validez y exigibilidad de pago del registro presupuestal previo de la respectiva oficina de Presupuesto, o la dependencia que haga sus veces, para garantizar la existencia del recurso que permita atender los compromisos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, con cargo a recursos del crédito cuyos contratos de empréstito no se encuentren perfeccionados, o sin la autorización de comprometer vigencias futuras aprobadas por el Consejo Superior de Política Fiscal --CONFIS-. Quien lo haga responderá personal y pecuniariamente de las obligaciones que contraiga".

⁹⁷ Decreto 2819 de 1981. "ARTÍCULO 62. Prohíbese tramitar o legalizar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos

Decreto 2819 de 1991; así mismo, porque el certificado de disponibilidad presupuestal No. 559, a juicio de la Auditoría, no formaba parte de la contratación por haber sido expedido con posterioridad a la expedición de la Resolución de adjudicación del contrato⁹⁸.

Al respecto, cabe destacar que de conformidad con el artículo 46 del Decreto 222 de 1983, aplicable al caso concreto, la operación de registro presupuestal debía cumplirse una vez suscrito el contrato *“por las divisiones y secciones delegadas de la dirección general de presupuesto, o por los funcionarios encargados de la ejecución presupuestal”*, trámite que, dada su propia naturaleza, debía ser impulsado y desarrollado por la entidad pública contratante.

El impase que surgió en relación con el registro presupuestal del contrato implicó que los trámites de legalización y perfeccionamiento se retrasaran de manera considerable, toda vez que, según el material probatorio obrante en el proceso, únicamente se pudo proseguir con éstos transcurridos aproximadamente dos (2) meses y diez (10) días después de la fecha de su suscripción, esto es, casi la mitad del tiempo programado inicialmente para el desarrollo de la obra - 150 días calendario -.

Así se desprende del oficio sin número del 31 de agosto de 1992, por medio del cual la entidad dio respuesta a la petición presentada por la sociedad contratista en el sentido de que se agilizaran los trámites de legalización y perfeccionamiento del contrato y se diera inicio a su ejecución, en esa oportunidad se le informó que al finalizar la etapa de registro presupuestal se continuaría con los demás trámites⁹⁹; igualmente, en el oficio sin número del 14 de septiembre de 1992, la entidad, ante la reiterada solicitud de la sociedad contratista, le manifestó que antes de continuar con los trámites de perfeccionamiento debían aclararse algunas observaciones que se habían efectuado al registro presupuestal¹⁰⁰, lo cual, según lo probado en el proceso, no ocurrió antes del 9 de octubre de 1992, cuando, según nota de recibido de la fecha, se entregó el contrato en la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que se sometiera a estudio del Consejo de Ministros¹⁰¹.

cumplidos. Los ordenadores de gastos responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por lo establecido en esta norma”.

⁹⁸ Folios 520 a 525 del cuaderno de pruebas No. 4.

⁹⁹ Folio 577 del cuaderno de pruebas No. 4.

¹⁰⁰ Folio 517 del cuaderno de pruebas No. 4.

¹⁰¹ Folio 509 del cuaderno de pruebas No. 4.

En ese sentido, la Oficina Jurídica, en oficio del 30 de septiembre de 1993 que dirigió al Director de Instalaciones Aeronáuticas, relató:

*“Una vez suscrito por las partes [se refiere al contrato 0521-OP de 1992], fue enviado a control financiero para el correspondiente registro presupuestal, encontrando la Auditoría Fiscal un inconveniente de carácter presupuestal **que no pudo hacer posible los trámites siguientes de perfeccionamiento sino hasta el 13 de octubre de fecha en la cual fue enviado a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República [9 de octubre de 1992]...**”¹⁰². (Destaca la Sala).*

Por otra parte, se encontró también que, aunque en menor magnitud, pero aunado a lo anterior, el hecho de que la entidad no hubiera señalado en el contrato que su perfeccionamiento estaba sujeto a la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que lo declarara ajustado a la ley, tal como se lo imponían los artículos 50¹⁰³ y 51¹⁰⁴ del Decreto 222 de 1983, también contribuyó a que el contrato no se desarrollara en el segundo semestre de 1992, toda vez que esta omisión le mereció a la entidad una observación por parte del Secretario de la Presidencia de la República, para cuya corrección se tuvo que suscribir un otrosí en ese sentido, circunstancia que significó en el perfeccionamiento del contrato un retraso de aproximadamente 16 días más, contados a partir de la fecha de remisión inicial del contrato - 9 de octubre de 1992 -, hasta la fecha en que se lo envió nuevamente con la corrección de las observaciones realizadas - 5 de noviembre de 1992 -¹⁰⁵.

Ahora bien, como quiera que el solo hecho de que la ejecución del contrato no se hubiera podido llevar a cabo en el segundo semestre de 1992 por causas imputables a la Administración no es suficiente para declarar probada la excepción de contrato no cumplido, pues tal circunstancia por sí misma no tiene la virtualidad para demostrar que dicho incumplimiento habría puesto a la contratista en

¹⁰² Folios 573 a 576 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹⁰³ Decreto 222 de 1983. “Artículo 50. De la revisión del consejo de estado. Los contratos de la Nación cuya cuantía sea o exceda de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.00) o su equivalente en moneda extranjera deben someterse a la revisión de legalidad del Consejo de Estado. Los celebrados por otras entidades públicas se someterán a esta revisión cuando así lo disponga expresamente el presente estatuto”.

¹⁰⁴ Decreto 222 de 1983. “Artículo 51. Del perfeccionamiento de los contratos. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos”.

¹⁰⁵ Ver folios: 494, 499, 505 y 509 del cuaderno de pruebas No. 4 y 25 y 26 del cuaderno de pruebas del expediente 11580.

imposibilidad de cumplir sus propias obligaciones, resulta del caso pasar a analizar el segundo supuesto de este cargo de la demanda, esto es, la incidencia de tal aspecto en el desarrollo normal del objeto pactado en el negocio jurídico.

Según la parte actora el hecho de no haber podido ejecutar el contrato en el segundo semestre de 1992 y tener que hacerlo en el siguiente año le habría ocasionado un rompimiento del equilibrio económico del contrato, por el alza de precios en mano de obra y materiales que se habría producido en 1993, lo que la habría llevado a *“buscar por todos los medios el aseguramiento de los mejores precios posibles, lo cual necesariamente condujo a largas y dispendiosas investigaciones, cotizaciones y negociaciones que afectaron, en alguna medida, la iniciación y desarrollo de numerosas actividades”*.

Lo primero que debe decirse al respecto es que si bien la parte actora se refirió a un presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que ese fenómeno, respecto del cual, valga precisar, no se pidió su declaratoria y, en general todas las causas en las que se fundamentó este cargo de la demanda, se atribuyeron al incumplimiento en el que incurrió la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en relación con sus obligaciones de perfeccionamiento y legalización del contrato, razón por la cual se considera que pese a la mención de esa figura, el debate no se sale del marco de la excepción de contrato no cumplido propuesta de manera implícita por la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda.¹⁰⁶.

En relación con este aspecto, resulta oportuno detenernos en las diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico - financiero del contrato y el incumplimiento contractual. Sobre este aspecto se pronunció la Sala recientemente de la manera que sigue¹⁰⁷:

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta

¹⁰⁶ Sobre la diferencia entre la figura del incumplimiento y la del rompimiento del equilibrio económico, ver entre otras, las siguientes providencias proferidas por esta Subsección: Exp. 31431 del 27 de noviembre de 2013; Exp. 20524 del 14 de marzo de 2013 y Exp. 26219 del 26 de febrero de 2014.

¹⁰⁷ Sentencia proferida el 14 de marzo de 2013 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Rad. No. 20.524. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

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

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

(...)”.

Precisado lo anterior y pasando al estudio de la incidencia del incumplimiento de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil al que viene de hacerse referencia, en relación con lo que hubiera sido la normal ejecución del negocio jurídico, encuentra la Sala que la demora en los trámites de perfeccionamiento y legalización del contrato no fue determinante ni justificante del incumplimiento en el que incurrió la parte demandante, por las siguientes razones:

Según se infiere de la demanda, así como de varias de las reclamaciones que la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., presentó ante el entonces Fondo de Aeronáutica Civil, la necesidad a la que se habría visto abocada la parte actora para buscar los mejores precios del mercado en mano de obra y materiales, lo cual, según dijo, habría afectado el normal desarrollo de algunas de las actividades de la obra, habría surgido de dos situaciones en particular, la primera,

en razón a que la propuesta se presentó a precios y según las condiciones del mercado existentes para el segundo semestre de 1992, pues, a su juicio, aunque ni en los pliegos de condiciones ni en el contrato se mencionó, era razonable sostener que a 31 de diciembre de esa misma anualidad la ejecución de la obra habría terminado y, la segunda, por cuanto en el año de 1993 se presentó un auge en la construcción que hizo escasear esos elementos de trabajo lo que, además, repercutió en el aumento de los precios.

Al respecto, se encuentran, entre otras, las siguientes reclamaciones:

- Comunicación BHV-332-92 del 21 de agosto de 1992, por medio de la cual la parte actora solicitó que se agilizaran los trámites necesarios para el perfeccionamiento y legalización del contrato. En lo pertinente el documento señala:

*“En la elaboración de nuestra propuesta y en la preparación para la ejecución del contrato, **partimos de la base de que la obra estaría ejecutada a 31 de diciembre del año en curso**, por cuanto como es de público conocimiento, en los primeros días de enero se reúne el Consejo Nacional de Salarios con la consecuente alza laboral que correlativamente conlleva un aumento en el costo de la gasolina y por ende de los materiales.*

***Como se observa entonces no es lo mismo ejecutar un contrato en 150 días durante una misma vigencia fiscal a estos mismos 150 días cubriendo dos vigencias diferentes.** Es por esto que se convierte, no en deseable, sino en indispensable, que en un contrato como el que nos ocupa no se presente un fracaso del factor tiempo sobre los presupuestos estimados tanto por el Fondo como por nuestra firma”¹⁰⁸ (Destaca la Sala).*

- Comunicación BHV-004-93 del 5 de enero de 1993, por medio de la cual la sociedad contratista solicitó a la entidad pública contratante que se restablezca el equilibrio económico de contrato, con base en los siguientes argumentos:

*“La presente tiene por objeto informales que todos los trámites procedimentales para la legalización del contrato de la referencia, se ha llenado, y como lo habíamos manifestado en múltiples oportunidades, tanto con nuestra oferta, como después de habernos adjudicado las obras en cuestión, **el presupuesto básico de nuestra propuesta y***

¹⁰⁸ Folios 535 y 536 de cuaderno de pruebas No. 4.

por ende del contrato era el que, las obras del mismo serían ejecutadas dentro de la vigencia de 1992, lo cual no pudo realizarse por factores ajenos a nosotros, y como ya lo habíamos señalado ello nos causaría un enorme perjuicio, de no restablecerse el equilibrio económico del contrato¹⁰⁹ (Destaca la Sala).

La petición fue reiterada mediante comunicaciones BHV-061-93¹¹⁰ y BHV-062-93¹¹¹, ambas del 5 de febrero de 1993.

- Comunicación BHV-195-93 del 22 de abril de 1993, por medio de la cual la sociedad demandante, ante la negativa del entonces Fondo Aeronáutico Civil de restablecer el equilibrio económico del contrato, le solicitó la reconsideración de la decisión con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

“La procedencia de la actualización de precios surge del hecho de que las obras objeto del contrato fueron presupuestadas para ser ejecutadas durante el año de 1992, tal como tuvimos la oportunidad de exponerlo...

Las previsiones de ejecución de las obras que nos ocupa, para el año de 1992, no fueron adoptadas de ninguna manera en forma gratuita por parte de nosotros, sino basados en lineamientos claros, explícitos y tajantes por parte de la Administración, la cual, el día 29 de mayo de 1992 en reunión llevada a cabo en el sexto piso del terminal aéreo, en el hall de la división de instalaciones aeronáuticas, informó a todos los asistentes a la visita al sitio de la obra de la licitación pública No. 052/92, origen del referido contrato, las pautas fundamentales a tener en cuenta por parte de los prospectivos oferentes, entre otros, los siguientes:

(...)

C. Que el interés del FAAN-DAAC era tener las obras concluidas antes de la temporada de diciembre, en razón de los inconvenientes que tenía con los arrendatarios de los locales comerciales y el problema que representaba el tener obra en ejecución durante tal época, máxime que ello les podía producir grandes pérdidas, con las consiguientes protestas ante el DAAC.

(...)

¹⁰⁹ Folio 475 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹¹⁰ Folio 476 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹¹¹ Folio 477 de cuaderno de pruebas No. 3.

Esta demora en poder iniciar las obras, determinó varias y graves consecuencias, de tipo económico y de desarrollo de las obras como han sido:

1. Por el auge de la construcción, las condiciones de oferta de materiales fueron radicalmente diferentes, tanto en volumen como en precio, a las existentes del año pasado, especialmente en la época de la licitación origen del referido contrato. Este fenómeno se tradujo en una aguda escases de materiales, tal como el caso del ladrillo que ha sido imposible hasta ahora conseguirlo, al punto que el Departamento mismo actuó para tratar de lograr su suministro, y ante lo infructuoso de las gestiones, tanto de ustedes como de nosotros, se estudió la posibilidad de un rediseño de fachada, sin resultado positivos.

El cambio de las condiciones del mercado de materiales, el desproporcionado incremento de costos que van desde el 59.6% de estructura hasta el 40% en ladrillo, nos produjo un severo desequilibrio económico del proyecto, que unidos a la magnitud de la obra, se constituyó en una seria amenaza económica y financiera para la Empresa, que nos obligó a buscar por todos los medios el aseguramiento de los mejores precios posibles, lo cual necesariamente condujo a largas y dispendiosas investigaciones cotizaciones y negociaciones que afectaron en alguna medida la iniciación de actividades”¹¹² (Destaca la Sala).

En cuanto a la primera de las circunstancias se refiere, una vez revisado el expediente, la Sala concluye que si bien lo esperado era que el contrato iniciara su ejecución en el segundo semestre de 1992, era también previsible que éste no se pudiera desarrollar por completo en ese período, sino que para su culminación las obras deberían extenderse hasta la siguiente anualidad y, por tanto, era obligación de la contratista, al momento de elaborar su propuesta, tener en cuenta esa circunstancia y no solamente las condiciones y precios existentes a la fecha de presentación de la propuesta, pues, como ella misma lo manifestó en la comunicación BHV-332-92 del 21 de agosto de 1993, en la que dijo que la propuesta se había elaborado sobre la base de que la obra estaría ejecutada a 31 de diciembre de 1992, “no es lo mismo ejecutar un contrato de 150 días durante una misma vigencia fiscal a estos mismos 150 días cubriendo dos vigencias diferentes”.

En efecto, tal y como puede constatarse a partir del calendario señalado en el pliego de condiciones para efectos de adelantar el proceso de selección, preferir el

¹¹² Folios 489 a 496 del cuaderno de pruebas No. 3.

acto de adjudicación y suscribir el contrato, resulta más que evidente que los 150 días calendario propuestos por la sociedad demandante para ejecutar la obra, no podían agotarse en el segundo semestre del año 1992, esto si se tiene en cuenta, como le correspondía hacerlo a la sociedad demandante, que antes de su iniciación debían realizarse varias labores para el perfeccionamiento del negocio jurídico.

De hecho, según el pliego de condiciones, la fecha de cierre de la licitación pública era el 15 de junio de 1992¹¹³, la adjudicación se realizaría dentro de los 30 días calendario siguientes al cierre de la licitación¹¹⁴, esto es, el 16 de julio de esa misma anualidad y la suscripción del contrato debía llevarse a cabo dentro de los 15 días calendario siguientes a esta última fecha¹¹⁵, es decir, 31 de julio de 1992.

En ese orden de ideas, el plazo de ejecución propuesto por la sociedad que fue de 150 días calendario, lo que aproximadamente abarcaba 5 meses, que, según lo anterior, irían desde el 1 de agosto hasta el 31 de diciembre de 1992, en principio, podría haberse agotado en el segundo semestre de 1992; sin embargo, esa apreciación conduciría a que entre la fecha de suscripción del contrato y la de iniciación de las obras no hubiera podido transcurrir ni un solo día, lo cual implicaría que no existiera espacio alguno para adelantar todas las labores necesarias para el perfeccionamiento y legalización del contrato, aspecto éste con el cual debía contar la sociedad demandante y para el que, según lo dicho por ella en comunicación BHV-195-93 del 22 de abril de 1993, la entidad pública contratante en reunión del 29 de mayo de 1992, esto es, antes de la presentación de las propuestas, había considerado un tiempo de al menos 30 días¹¹⁶.

Así las cosas, la justificación del incumplimiento de la sociedad contratista que a este aspecto se imputa carece de sustento, pues, como viene de verse, la

¹¹³ Folio 14 del cuaderno de pruebas No. 5.

¹¹⁴ Folio 28 del cuaderno de pruebas No. 5.

¹¹⁵ Folio 29 del cuaderno de pruebas No. 5.

¹¹⁶ En el aparte pertinente la comunicación dice lo siguiente: “Las previsiones de ejecución de las obras que nos ocupa, para el año de 1992, no fueron adoptadas de ninguna manera en forma gratuita por parte de nosotros, sino basados en lineamientos claros, explícitos y tajantes por parte de la Administración, la cual, el día 29 de mayo de 1992 en reunión llevada a cabo en el sexto piso del terminal aéreo, en el hall de la división de instalaciones aeronáuticas, informó a todos los asistentes a la visita al sitio de la obra de la licitación pública No. 052/92, origen del referido contrato, las pautas fundamentales a tener en cuenta por parte de los prospectivos oferentes, entre otros, los siguientes:

(...)

F. Que dada la urgencia, la Junta de Licitaciones estaría definiendo a más tardar en quince (15) días después del cierre, y que de inmediato se iniciaría la elaboración del Contrato, **y la legalización se podía tener en unos treinta días más**” (Destaca la Sala). Ver folios 489 a 496 del cuaderno de pruebas No. 3.

aseveración de que la ejecución del contrato podía realizarse en su totalidad hasta el 31 de diciembre de 1992 no era factible y, por el contrario, la posibilidad de que abarcara inclusive un período en 1993, era absolutamente previsible y la sociedad debió tenerla en cuenta a la hora de elaborar y presentar su propuesta.

En ese mismo orden de ideas, en lo que al alza de precios y a la escasez de materiales y de mano de obra se refiere, a los que dijo la sociedad actora haberse visto sometida en razón del desplazamiento de las obras en el tiempo y a la coincidencia de este hecho con el presunto auge de la construcción, ha de decirse que, además de no existir en el proceso prueba que permita determinar si tal fenómeno en realidad se presentó, si era previsible o no, la Sala carece de elementos de juicio suficientes para establecer la incidencia que tal factor hubiera podido tener en el desarrollo y en la ejecución del contrato.

En cuanto a la existencia del auge de la construcción para el año de 1993, es pertinente reiterar que, como se explicó en el acápite 3.5.2. de la presente providencia, si bien el dictamen pericial que se rindió dentro de este proceso se refirió a tal circunstancia, a la que la parte actora le atribuyó la escasez de ladrillo Santafé requerido para la obra y los aumentos de costos para la adquisición efectiva de materiales, aspectos que también fueron objeto del dictamen, en relación con todos ellos la pericia carece de valor demostrativo alguno.

En todo caso, aun cuando en gracia de discusión en estos temas se le diera mérito demostrativo al dictamen pericial, ello llevaría a concluir que la escasez de materiales y de mano de obra no era del todo imprevisible ni desconocida para la sociedad demandante, toda vez que, según el documento, la situación de incremento de la construcción en el país se venía presentando desde el año de 1988 y, a pesar de algunos esfuerzos por abastecer el mercado, esa condición para el año de 1992 “no se normalizaba adecuadamente” y se extendió hasta 1993, cuando se convirtió en “realmente problemática”¹¹⁷, lo que haría nugatorio el argumento de la demandante, pues, como viene de verse, era previsible que el contrato, en alguna medida, también se desarrollara en el año de 1993.

¹¹⁷ En lo pertinente el dictamen pericial señala: “1. y 2.) Desde el año de 1988 se vino presentado un incremento en la ejecución de obras para las cuales no estaba adecuadamente preparada la industria que abastecía en materiales tales obras. A pesar de posteriores ampliaciones y la creación de nuevas industrias, en el año de 1992 la situación no se normalizaba adecuadamente y para 1993 era realmente problemática la adquisición de materiales tales como concretos premezclados, materiales pétreos y particularmente el ladrillo Santafé no solo por el “llamado” boom de la construcción sino por el exagerado diseño de edificios tomando como acabado de fachada el ladrillo a la vista y particularmente el fabricado por la ladrillera Santafé...” (Folio 130 del cuaderno No. 10 del expediente 11431).

En relación con la escasez de materiales, la Sala, desechando por las razones antedichas el dictamen pericial en ese punto, únicamente encuentra en el proceso las siguientes pruebas:

- En el libro de obra¹¹⁸, se encuentran las siguientes anotaciones:

*“ENERO - 14 - 93
COMITÉ DE OBRA N° 1. Infraestructura.
(...)
9. SE PLANTEO EL PROBLEMA DE SUMINISTRO DEL LADRILLO
SANTAFE.
(...)*

*ENERO 21 DE 1993.
COMITÉ DE OBRA N° 2. Infraestructura.
(...)
SE PLANTEA LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR LA ESPECIFICACION
DE LADRILLO PRENSADO A LADRILLO REJILLA SANTAFE. DADOS
LOS INCONVENIENTES PARA EL SUMINISTRO POR PARTE DE LA
LADRILLERA DE SUMINISTRAR A MINIMO 1 AÑO DE PLAZO Y
COMPRANDO EN DEPOSITO SE PRESENTARIA UN SOBRECOSTO
EN EL PRECIO.
(...)*

*Marzo 25/93
Comité de obra No. 7.
(...)
Se planteó por parte del contratista que la demora en la entrega del
ladrillo prensado depende de la entrega de la parte final (de la entrega)
de la cubierta”¹¹⁹.*

- Oficio 40-049 del 29 de enero de 1993 dirigido ante el Director de Ventas de la Ladrillera Santafé S.A., por parte del Director de Instalaciones Aeronáuticas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil:

“Como bien pude expresarle telefónicamente, después de múltiples inconvenientes la Entidad por fin ha podido iniciar el proyecto mencionado, para lo cual requerimos de su colaboración con el fin de lograr lo más rápidamente posible el suministro de 30.000 unidades de

¹¹⁸ Folios 34 a 142 del cuaderno de pruebas del expediente 11580.

¹¹⁹ Folios 38, 40 y 59 del cuaderno de pruebas del expediente 11580.

*ladrillo prensado, necesario para continuar con los acabados que actualmente tiene el Terminal del Aeropuerto*¹²⁰.

Con base en todo lo anterior es posible determinar que, en efecto, en el primer mes de ejecución de la obra se presentó un problema con el suministro del ladrillo Santafé, sin embargo, además de que este hecho, por las razones antes anotadas, no puede atribuírsele a la parte demandada, respecto suyo tampoco es posible hacer un seguimiento que permita establecer los incumplimientos en los que habría hecho incurrir este suceso al contratista, así como tampoco que lo hubiere puesto en imposibilidad de honrar las obligaciones que estaban a su cargo, toda vez que ni en las comunicaciones ni en el libro de obra las partes volvieron a hacer mención respecto de este suceso.

Adicionalmente, según se puede inferir de las anotaciones hechas en el libro de obra en los días 11 de mayo, 16 y 18 de junio, 13, 15 y 22 de julio, 6, 13, 19 y 26 de agosto, 19 y 25 de octubre y 4 de noviembre de 1993, el material utilizado para la fachada fue justamente el ladrillo Santafé, aunque se desconoce si el suministro de éste fue suficiente y oportuno.

En lo que a la falta de mano de obra concierne, debe decirse que la insuficiencia que de ésta se encuentra acreditada en el proceso, no puede atribuirse al presunto auge de la construcción, pues, como se vio, no obra prueba en el proceso que permita tener por acreditada la ocurrencia del mencionado fenómeno.

Finalmente, debe decirse que no obra prueba en el proceso respecto de las *“largas cotizaciones y negociaciones”* que, según la parte actora, se vio obligada a realizar para asegurar los mejores precios del mercado y, por ende, tampoco de que éstas hubieran afectado *“la iniciación y desarrollo de numerosas actividades”*, las cuales ni siquiera fueron identificadas por la demandante. En relación con los mayores precios que aseguró tuvo que pagar por materiales y mano obra, tampoco obra prueba en el proceso.

En conclusión, en lo que a este cargo de la demanda concierne, esto es, el desfase que existió entre el período propuesto para la iniciación de las obras y el período en el que realmente empezó su ejecución, la Sala considera que el incumplimiento de la parte demandada respecto de los trámites de

¹²⁰ Folio 140 del cuaderno No. 10 del expediente 11431.

perfeccionamiento y legalización del contrato no constituyó la causa de los incumplimiento de la parte demandante, ni fue determinante en ellos, de tal manera que no es posible, con base en este aspecto, justificar la inobservancia de las obligaciones asumidas por la sociedad actora en virtud del Contrato 0521-OP de 1992.

b) La deficiente planeación del contrato por parte del entonces Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil - Fondo Aeronáutico Nacional -.

Si bien no lo llamó así la parte demandante, según se infiere del contenido del libelo, el entonces Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil - Fondo Aeronáutico Nacional, habría licitado el proyecto para la ampliación y remodelación del muelle nacional costado norte del segundo nivel del terminal de pasajeros del Aeropuerto Internacional El Dorado sin la planeación requerida para el caso, en tanto que el proceso de selección se habría llevado a cabo sin contar con los planos completos, cálculos, diseños y definiciones mínimas necesarias para ejecutar las obras contratadas.

Las mencionadas deficiencias, según la parte actora, habrían repercutido en el desarrollo adecuado de la programación que presentó la sociedad demandante y que aceptó la entidad demandada para el desarrollo del contrato, desde su inicio hasta el final, en razón de la carencia de información técnica, de la falta de decisiones oportunas, así como de los frecuentes cambios de criterios y de especificaciones por parte de la Interventoría.

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

El Decreto 222 de 1983, norma aplicable al caso concreto, impuso a las entidades públicas el deber de atender y acatar el principio de planeación, así, además de

otros artículos¹²¹, dicha obligación fue consagrada en el artículo 84 de la norma¹²², por medio del cual se dispuso que en tratándose de contratos de obra pública no se podía licitar ni contratar su ejecución sin que de manera previa se hubieran elaborado los planos, proyectos y presupuestos respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación, prohibición legal que le atribuyó a la entidad pública contratante el deber de entregar a su contratista todos los elementos que fueran necesarios e indispensables para el desarrollo de la obra encomendada, con el propósito de evitar dilaciones y tropiezos futuros que impidieran su oportuna y adecuada ejecución y que, según la parte actora, habría sido desconocida por el entonces Fondo Aeronáutico Nacional, lo cual habría repercutido en el desarrollo normal de la obra y habría ocasionado que ésta no pudiera ejecutarse dentro del término pactado para ello.

Para resolver sobre este fundamento de la demanda, la Sala procede al estudio de los siguientes aspectos:

- La falta de planos y diseños de la estructura metálica de cubierta, sistema eléctrico, sistema de sonido y sistema telefónico.

Si bien no discute la parte demandante que los planos generales de la obra se le hubieran entregado, esto es, los que corresponden a la ampliación y a la remodelación del muelle nacional costado norte, segundo nivel del terminal de pasajeros del aeropuerto El Dorado, aunque, valga aclarar, sí discrepa respecto de su suficiencia, en cuanto hace a los planos y diseños correspondientes a la estructura metálica de cubierta, al sistema eléctrico, al sistema de sonido y al sistema telefónico, aduce que la entidad pública demandada nunca los tuvo y que para sanear su falencia, estableció en el pliego de condiciones que éstos estuvieran a cargo del contratista. Dice así la demanda:

“Los diseños y planos de ítems complejos e importantes como los correspondientes a estructura metálica, sistema eléctrico, sistema de sonido, sistema telefónico, etc., nunca los llegó a tener la Aeronáutica, y para salir del paso, a última hora estableció en los pliegos que fueran ejecutados por el contratista, no obstante de ser de cargo de la contratante, vale decir, la Aeronáutica. La práctica y las normas de contratación consagran que el diseño lo ejecuta el dueño de la obra, es

¹²¹ Ver numeral 2º del artículo 30, artículo 46 y párrafo 1º del artículo 83.

¹²² El artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, prescribe: “**Artículo 84. De los requisitos para licitar o contratar.** No podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyecto y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación”.

decir, el contratante, o por lo menos, no se encomiendan al constructor por los inconvenientes que ello conlleva, entre otros a no tener los diseños y planos con la debida antelación”.

Según se desprende del contenido del numeral 5.3. del Capítulo V del pliego de condiciones¹²³, junto con este documento a los proponentes se le hizo entrega del anexo No. 22, el cual, de conformidad con lo consignado en ese acápite, contenía los planos del proyecto objeto de licitación. No obstante ello, dado que en el citado aparte del pliego no se indicó cuáles eran los planos de los que se hacía entrega y como quiera que el anexo No. 22 no obra en el expediente, no es posible determinar con exactitud a cuáles planos pudieron acceder los proponentes desde el momento mismo en que adquirieron los pliegos de condiciones que regirían el proceso de selección y el contrato mismo.

Sin embargo, encuentra la Sala que en relación con la estructura metálica de cubierta, el sistema eléctrico y el sistema telefónico, en el anexo No. 21 del pliego de condiciones, correspondiente a especificaciones técnicas, el cual fue conocido por la parte demandante de manera previa a presentar su propuesta, se consignó lo siguiente:

**“ANEXO No. 21
ESPECIFICACIONES TECNICAS
CAPITULO II**

CONDICIONES ESPECIFICAS DE LA OBRA

2.1. DESCRIPCION GENERAL DE LOS TRABAJOS

Los trabajos generales que comprende la presente contratación son los siguientes:

(...)

INSTALACION DE REDES ELECTRICAS - SANITARIAS - MECANICAS - TELEFONICAS - SONIDO.

(...)

INSTALACIONES REDES ELECTRICAS EXISTENTES - RED INCENDIO -GAS.

(...)

CUBIERTA - IMPERMEABILIZACION -...

(...)

11. CUBIERTA

*La estructura de la cubierta será metálica (ver carpintería metálica), luego se instalará prefabricados en concreto de 3.000 P.S.I. formando cuadros cuyas dimensiones **están descritas en los planos**, posteriormente se procederá a aplicar un mortero de nivelación donde*

¹²³ Folio 36 del cuaderno de pruebas No. 5.

se debe tomar en cuentas las pendientes requeridas para el correcto desagüe.

Se aplicará como impermeabilización un Morter Plas AL80 con Floit de Aluminio, de acuerdo a las normas requeridas para su implementación por parte de los fabricantes.

(...)

19 INSTALACIONES ELECTRICAS

CARACTERISTICAS Y REQUERIMIENTOS TECNICOS

Este capítulo especifica los mínimos requerimientos técnicos que debe cumplir el contratista para el suministro e instalación de los transformadores, celdas y tableros de distribución aquí descritos. **Será responsabilidad del contratista el diseño, fabricación y suministro de toda la información técnica respectiva tal como planos generales, de detalles, instrucciones de montaje, operación y mantenimiento.**

(...)

21 ESPECIFICACIONES PARA LA EJECUCION DE LAS INSTALACIONES DE LA RED TELEFONICA

La localización indicada en el plano, rutas de ductos y salidas es aproximadamente. Por lo tanto, el contratista deberá hacer los desplazamientos requeridos para satisfacer las características arquitectónicas o estructuras de la edificación.

(...)¹²⁴(Destaca la Sala).

En lo concerniente a la estructura metálica de cubierta, encuentra la Sala que, según lo consignado en oficio No. 46-1.455 del 2 de septiembre de 1993, dirigido por el Director de Instalaciones Aeronáuticas a la Jefe de la Oficina Jurídica de Aerocivil¹²⁵, el contratista debía presentar los planos correspondientes a este ítem de la obra; sin embargo, con la licitación se le habría hecho entrega de un “pre diseño”, el cual era referencia para el cálculo de la estructura.

De conformidad con ese mismo documento, los planos que el contratista presentó en cuanto a ventilación mecánica y sistema eléctrico, habrían correspondido a modificaciones que él mismo plantearía para que fueran aprobadas por la Interventoría. El sistema de sonido, según el citado oficio, no habría cambiado desde la licitación.

¹²⁴ Folios 99, 117 y 122 del cuaderno de pruebas No. 5.

¹²⁵ Folios 352, 353, continua, 287 a 289 del cuaderno de pruebas No. 3.

En ese contexto, queda claro que a pesar de haberse entregado con la licitación un “*pre diseño*” de la estructura metálica de cubierta, los planos y diseños definitivos de este ítem eran de cargo de la sociedad contratista. En cuanto al sistema telefónico, según lo consignado en el pliego de condiciones, los planos fueron entregados a los oferentes dentro del proceso de licitación. El sistema de sonido, según se desprende de la información consignada en el oficio No. 46-1.455 del 2 de septiembre de 1993, no habría variado desde su inicio, lo que permite inferir que el contratista contaba con los planos y con los diseños correspondientes a este ítem desde cuando comenzaron los trabajos de la obra.

En lo que concierne al sistema eléctrico, de conformidad con el oficio que viene de mencionarse al contratista le habrían sido entregados unos planos; sin embargo, a partir de lo consignado en el pliego de condiciones, el diseño, fabricación y suministro de toda la información técnica respectiva tal como planos generales, de detalles, instrucciones de montaje, operación y mantenimiento, estaban a cargo de la sociedad contratista¹²⁶.

Ahora, si bien se considera que lo prudente era que todas esas condiciones y especificaciones del contrato estuvieran definidas con anterioridad al momento en que éste se celebró e, incluso, antes de que se licitara, lo cierto es que no obra en el proceso prueba alguna que le permita determinar a la Sala, con bases ciertas y científicas, como el caso requiere, si para la ejecución de las obras contratadas, además de los planos de ampliación y remodelación que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 del Decreto 222 de 1983 le fueron entregados junto con el pliego de condiciones, era indispensable contar también con los planos y los diseños que le fueron encomendados en cuanto a los ítems de estructura metálica de cubierta y sistema eléctrico al contratista, o si, por el contrario, podía disponerse que éstos fueran ejecutados por él sin que el objeto final del contrato, en el tiempo pactado, se viera afectado por la ausencia anticipada de esos elementos.

En todo caso, lo que sí puede establecer la Sala con plena convicción es que las falencias que ahora alega la parte demandante en su favor, según su propio dicho, fueron conocidas por ella desde el momento mismo en que tuvo acceso al pliego de condiciones y, aun así y a pesar de su pericia en el tema, decidió presentar

¹²⁶ Debe tenerse en cuenta que Según consta en la carta de presentación de la propuesta presentada por la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., a los proponentes se les entregó un documento denominado “complemento informativo de especificaciones”, sin embargo, éste no obra en el plenario. (Folio 159 del cuaderno de pruebas No. 4).

propuesta para desarrollar el proyecto bajo esas circunstancias, sin hacer, hasta ese momento, reparo alguno al respecto.

En efecto, en la carta de presentación de la propuesta la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., declaró:

- “3. Que he visitado el sitio de la obra y tomado cuidadosa nota de sus características y de las condiciones que pueden afectar su ejecución.
4. Que conozco los planos, las especificaciones y demás documentos de la Licitación, y acepto todos los requisitos en ellos contenidos.
(...)
6. Que hemos recibido los siguientes adendos a los documentos de la Licitación:
- Complemento informativo de las especificaciones, sin fecha.
- Adendo N° 1 del 10 de junio de 1992.
7. Que me comprometo a ejecutar totalmente la obra en un plazo de CIENTO CINCUENTA (150), días calendario, contados a partir de la fecha de Recibo del Anticipo Correspondiente (Adendo N° 1)”¹²⁷.*

De lo anterior es posible concluir, sin hesitación alguna, que al presentar su propuesta la sociedad contratista no sólo asumió la obligación, en estricto sentido, de ejecutar las obras de ampliación y remodelación del muelle nacional costado norte, segundo nivel del terminal de pasajeros del aeropuerto El Dorado, sino que, además, aceptó ejecutar aquellas tareas de elaboración de planos y diseños de estructura metálica de cubierta y, al parecer, algunos aspectos relacionados con diseños y planos correspondientes al ítem de sistema eléctrico, todo en un plazo de 150 días calendario.

Así las cosas, resulta contrario a los postulados de la buena fe que ahora la parte demandante alegue que no debían encomendarse a ella las tareas mencionadas, y hacerlo con el propósito de excusar sus propios incumplimientos y de pretender demostrar una falta en cabeza de la Administración y, peor aún, que asegure que estos aspectos que afectaron el normal desarrollo del contrato únicamente le son atribuibles a la entidad accionada, en claro desconocimiento del deber que le asistía en el sentido de colaborar y velar por la buena planeación del proyecto, advirtiendo a la entidad de manera oportuna acerca de las falencias que hubiera observado para que fueran subsanadas y, si era del caso, absteniéndose de presentar una propuesta respecto de un contrato que desde su licitación

¹²⁷ Folios 158 y 159 del cuaderno de pruebas No. 4.

evidenciaba que, por fallas en su planeación, no podría ejecutarse en el plazo programado.

En consecuencia, con base en este argumento tampoco es posible declarar la excepción de contrato no cumplido, así como tampoco la nulidad de los actos administrativos demandados, pues, como viene de verse, las falencias que la parte actora atribuye en cabeza de la Administración, también son de su responsabilidad.

- La insuficiencia de los planos entregados para la ejecución de las obras y el desconocimiento de la entidad respecto de las especificaciones.

- **Diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta.**

Una vez revisado el expediente se encuentra que, al parecer de ambas partes, la causa principal del atraso en la ejecución de las obras contratadas habría consistido en la tardanza para acometer las actividades de diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, actividades que, como viene de verse, estaban a cargo de la sociedad contratista.

Según se extrae de la información que obra en el expediente, la importancia de este aspecto radicó en que de su avance y de su terminación dependía que se ejecutaran otros ítems de la obra. En ese sentido, las partes, a lo largo de la ejecución del contrato, hicieron, entre otras, las siguientes manifestaciones:

En comunicación BHV-146-93 del 9 de marzo de 1993¹²⁸, dirigida por la sociedad contratista a la interventoría del contrato, se indicó:

*“Mediante la presente, nos permitimos informarle que **dado que la estructura de cubierta constituye ítem crítico en el desarrollo de las obras objeto del contrato de la referencia**, hemos procedido a finiquitar su diseño e iniciar su construcción, toda vez que no es plausible demorarla a la espera de definiciones ya solicitadas sobre los servicios que, como aire acondicionado, dependen de ella, o la condicionan. No obstante, en su diseño hemos tratado de ser lo más amplios posibles (ie. incrementar altura de cerchas hasta 0.70 mts.), buscando que tales previsiones permitan adosarle tales servicios, con un mínimo de dificultad”. (Destaca la Sala).*

¹²⁸ Folio 141 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431.

Posteriormente, según consta en el libro de obra, el 13 de abril de 1993 se hizo la siguiente anotación¹²⁹:

*“Se observa en el día de hoy que el rendimiento en el montaje de la estructura metálica de cubierta es muy lento, se solicita incrementarlo **ya que es la parte de la obra que va a permitir abrir las fuentes de trabajo.***

(...)”. (Destaca la Sala).

Más adelante, en comunicación BHV-234-93 del 21 de mayo de 1993¹³⁰, dirigida por la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., al Director General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, la contratista señaló:

(...)

*Ustedes sabrán entender nuestra insistencia sobre estos puntos y comprenderán nuestra preocupación, pues dado el carácter lineal de las obras objeto de este contrato, los diseños y definiciones pendientes condicionan el desarrollo del proyecto, **ya que la estructura de la cubierta es el ítem inicial y principal de la primera etapa, o sea la construcción del terminal regional de pasajeros, el cual, al concluirse, permitirá trasladar a los arrendatarios de los locales comerciales, para poder, luego, proseguir con la remodelación de las áreas ocupadas por éstos**”.* (Destaca la Sala).

Por su parte, la entidad demandada, a través de la interventoría y mediante oficios 46-367 del 11 de marzo de 1993¹³¹ y 46-770 del 28 de mayo de 1993¹³², manifestó que la causa que generó que el cronograma inicialmente adoptado se desplazara considerablemente, tuvo que ver con el incumplimiento de la ruta crítica del contrato que contemplaba el diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta como actividad que debía iniciar el primer día de la obra, esto es, el 4 de enero de 1993, y terminar dentro de los 40 días siguientes, es decir, el 12 de febrero 1993, no obstante lo cual el diseño se presentó el 16 de febrero de esa anualidad y, aunque se aprobó el día 19 siguiente, a 28 de mayo esta parte de la obra aún no había sido terminada.

¹²⁹ La anotación está suscrita por la interventora del contrato y por un representante de la parte contratista. (Ver folios 63 y 64 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹³⁰ Folios 303 y 304 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹³¹ Folio 504 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹³² Folios 521 a 523 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

Igualmente, a través del Director de Instalaciones Aeronáuticas y mediante oficio No. 46-1.455 del 24 de septiembre de 1993¹³³, dirigido a la Jefe de Oficina Jurídica, la entidad pública contratante indicó:

“(…)

3. El factor fundamental y verdaderamente determinante del atraso de las obras radicó desde un principio en la tardanza por parte del contratista para acometer la actividad de ‘diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta’, de acuerdo a lo requerido en el pliego de condiciones”. (Destaca la Sala).

A juicio de la parte demandante, la tardanza en el diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta obedeció a causas imputables exclusivamente a la entidad pública contratante, por no contar con los diseños y las especificaciones técnicas de algunos ítems que estaban a su cargo y que, según dijo, dependían de la estructura o la condicionaban. Por su parte, la entidad pública demandada, aseveró que la mora obedeció a causas imputables a la sociedad contratista, en tanto que si bien habían existido algunos inconvenientes en cuanto a definiciones técnicas en la parte de equipamiento mecánico, tales inconvenientes no habrían sido el factor condicionante en el atraso de los trabajos y, en relación con otros ítems de la obra, dijo que no dependían ni condicionaban la estructura metálica de cubierta.

Según se desprende de la comunicación BHV-234-93 del 21 de mayo de 1993¹³⁴, suscrita por el representante legal de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., y dirigida al Director General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en concordancia con el oficio 46-770 del 28 de mayo de 1993¹³⁵, por medio del cual la interventoría le dio respuesta, los aspectos que a juicio de la parte demandante afectaron el desarrollo del diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, fueron los relacionados con el “*diseño y ubicación del cuarto de máquinas, ductería y demás relacionado con la ventilación mecánica*”, con el “*diseño de la red de gas*”, con la “*revisión y actualización de la red hidráulica*” y con el “*diseño de su columna en los ejes Y27*”, por lo tanto, la Sala procede a su estudio.

¹³³ Folios 352, 353 y continúa a folios 287 a 289 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹³⁴ Folios 303 y 304 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹³⁵ Folios 521 a 523 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

○ **Diseño y ubicación del cuarto de máquinas y ventilación mecánica.**

A través de la mencionada comunicación BHV-234-93 del 28 de mayo de 1993¹³⁶, la sociedad contratista se dirigió ante el Director General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, para solicitarle que se suministraran en el menor tiempo posible algunos elementos que estaban a cargo de la entidad y que, según se anotó en el documento, eran indispensables para el avance adecuado de la obra. En relación con el diseño y ubicación del cuarto de máquinas, ductería y demás relacionado con la ventilación mecánica, dijo:

“1. El diseño y ubicación del cuarto de máquinas, ductería y demás, relacionado con la ventilación mecánica, lo cual debió suministrarse previo al diseño y construcción de la estructura metálica de cubierta. En vista de no haber contado con estos diseños de parte de ustedes, procedimos a calcular y diseñar la citada cubierta con provisiones suficientes y, además, suministramos dos diseños de red de ventilación basados en dos cambios diferentes de criterio de parte de ustedes, a manera de una colaboración adicional para la agilización de la definición de tan importante ítem. En este momento para terminar la estructura metálica y poder instalar cielos rasos, lo mismo que la red eléctrica y la iluminación se hace imprescindible contar con los diseños y definiciones de su parte que son urgentes”.

Frente a dicha solicitud, la entidad pública, a través de la interventoría del contrato y mediante oficio 46-770 del 28 de mayo de 1993¹³⁷, manifestó:

“1. Si bien es cierto que ha existido algunos inconvenientes en cuanto a definiciones técnicas en la parte de equipamiento mecánico este no ha sido el factor condicionante del atraso consuetudinario de los trabajos; conceptúo que los argumentos aducidos por ustedes referentes a la parte técnica son sofismas de distracción puesto que el meollo del asunto radica en la tardanza por parte del contratista para acometer la actividad de ‘diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta’, la cual en el diagrama CPM-PERT presentado por la firma es parte de la ruta crítica; dicha actividad según el mencionado diagrama debió empezar el primer día de la obra (Enero 4/93) y terminar transcurridos 40 días (Febrero 12/93), la realidad ha sido otra ya que el contratista presentó el diseño estructural para aprobación de la entidad el día 16 de febrero/93, aprobación que se produjo el 19 de febrero/93, si a partir de este día se cuenta lo estipulado para realizar la actividad ésta debió terminar el 30 de marzo/93, a la fecha se puede observar que esta parte de la obra aún no ha concluido, se aclara que de

¹³⁶ Folios 303 y 304 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹³⁷ Folios 521 a 523 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

acuerdo a los pliegos de condiciones el contratista tenía que encargarse del diseño de la estructura metálica.

2. Con relación a la ductería de la ventilación mecánica me permito recordarles que dentro de los materiales entregados en la licitación figura el plano No. 4095 en donde figuran todos los detalles y dimensiones de tales ductos o sea que el contratista contaba con datos suficientes para poder diseñar la altura de la estructura metálica, además en el listado de cantidades de obra en los ítems Nos. 13-1 y 13-2 se le indicaba la altura aproximada de los elementos, por lo tanto opino que dicha circunstancia no fue condicionante para atrasar la actividad más importante de la ruta crítica (estructura metálica). Lo que está pendiente de aprobación es un rediseño efectuado por el contratista el cual fue presentado en abril 21/93'.

En lo concerniente a los inconvenientes técnicos de equipamiento mecánico a los que se refirió la Aerocivil en el aparte del documento que viene de transcribirse, según la información consignada por las partes en el libro de obra, se encuentra que el día 4 de marzo de 1993, a través de comunicación BHV-129-93¹³⁸, el contratista solicitó aclaración respecto de algunos aspectos de instalaciones mecánicas, las cuales se habrían resuelto el día 18 de marzo de 1993.

Con posterioridad a ello e, incluso, al oficio 46-770 del 28 de mayo de 1993 al que viene de hacerse referencia, se encuentra que en el libro de obra se hicieron, entre otras, las siguientes anotaciones: el 28 de junio de 1993 el contratista solicitó plano de instalación para tomas eléctricas en área de cocinas y restaurante; el 2 de julio de 1993 solicitó aclaración respecto a las especificaciones de los transformadores; el 4 de agosto solicitó aclaración de la especificación de los tableros TN y TE.

Si bien se observa que en relación con este aspecto de la obra algunas definiciones fueron adoptadas a medida que se iba ejecutando el contrato, lo cierto es que no obra prueba en el proceso que permita establecer que tales indefiniciones hubieran afectado las actividades de diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, así como tampoco que hubieran puesto al contratista en imposibilidad de cumplir sus obligaciones.

Adicionalmente, cabe destacar que, según el dicho de los peritos que dictaminaron en el proceso, el hecho de que se adopten definiciones en la marcha de un contrato "*no es extraña para las obras de remodelación y ampliación de edificios*

¹³⁸ Este documento no obra en el expediente.

*existentes las cuales son más dispendiosas, demoradas y costosas que las obras nuevas las cuales pueden ser planeadas y diseñadas en su totalidad con anterioridad al inicio de su construcción*¹³⁹, lo que impide a la Sala hacer cualquier tipo de inferencia al respecto, por cuanto carece de los conocimientos técnicos que le permitan establecer si las indefiniciones que en materia eléctrica se presentaron se debieron, o no, a la clase de obra que se venía adelantando, esto es, a las actividades de ampliación y remodelación del aeropuerto El Dorado.

Valga precisar que lo manifestado por los peritos en el sentido que acaba de citarse no fue objetado y, además, coincide con lo expresado por las partes al respecto, razón por la cual su dicho, en este punto, merece credibilidad.

Ahora bien, en lo que corresponde a la reubicación del cuarto de máquinas y a su influencia en el diseño de la red de ventilación mecánica, se tiene que:

En Comité de obra No. 4, el cual tuvo lugar el 11 de febrero de 1993¹⁴⁰, la interventoría se comprometió a enviar oficio al ingeniero Pedro Muñoz para solicitarle el diseño de la red de gas y el *“reubicamiento del cuarto de máquinas y su correspondiente rediseño de red de ventilación metálica”*. En comité de obra No. 5, llevado a cabo el 26 de febrero de 1993¹⁴¹, el contratista le solicitó a la interventoría que precisara las especificaciones de la ventilación mecánica.

Posteriormente, mediante comunicación BHV-146-93 del 9 de marzo de 1993¹⁴², la sociedad demandante le informó a la interventoría del contrato que dada la importancia de la estructura metálica de cubierta para el proyecto, procedió a finiquitar su diseño e iniciar su construcción, pues, según dijo, no era plausible demorarla más *“a la espera de definiciones ya solicitadas sobre los servicios que, como aire acondicionado, dependen de ella, o la condicionan”*. Sin embargo, según información consignada por la interventoría en los oficios 46-367 del 11 de marzo de 1993¹⁴³ y 46-770 del 28 de mayo de 1993¹⁴⁴, los diseños de la estructura metálica de cubierta se habían entregado el 16 de febrero de 1993 y habían sido aprobados el día 19 siguiente.

¹³⁹ Folios 132 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431.

¹⁴⁰ Así consta en libro de obra. (Ver folio 49 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁴¹ Así consta en libro de obra. (Ver folio 53 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁴² Folio 141 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431.

¹⁴³ Folio 504 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹⁴⁴ Folios 521 a 523 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

El 15 de junio de 1993, la entidad pública contratante le solicitó a la firma MATEC, que fue la encargada por parte de la sociedad contratista para el diseño y construcción de la red de ventilación mecánica, que para la aprobación de los planos entregados por ella para dicho ítem y para cumplir con lo solicitado en el numeral 6.5. anexo 21 de las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, allegara los siguientes documentos: plano modificado de ventilación metálica, razones técnicas para la modificación planteada, memoria de cálculos y variación de las cantidades de obra originales del proyecto, si fueran aplicables¹⁴⁵.

Dando respuesta a la anterior solicitud, mediante comunicación 0187-06-93 del 25 de junio de 1993¹⁴⁶, la firma MATEC, refiriéndose a las razones técnicas para la modificación de la ventilación mecánica, informó:

*“2. Razones técnicas para la modificación planteada.
Los cambios al proyecto original **se deben a un traslado del cuarto de máquinas por parte de la Aeronáutica, lo que hace que tramos de ductería aumenten de longitud, tanto en dichos ductos de suministro, como en los de extracción de la siguiente forma:**
(...)”* (Destaca la Sala).

El plano de ventilación mecánica entregado por la firma MATEC junto con la comunicación a la que viene de hacerse referencia, fue aprobado por la Aerocivil el 7 de julio de 1993¹⁴⁷.

Según consta en el libro de obra, la estructura metálica de cubierta empezó a llegar el 6 de abril de 1993¹⁴⁸ y su montaje finalizó el 25 de junio de esa misma anualidad¹⁴⁹, es decir, el mismo día en que se presentaron los planos modificatorios del sistema de ventilación mecánica.

De conformidad con el contexto probatorio que viene de describirse, encuentra la Sala que es cierto que el cambio en la ubicación del cuarto de máquinas se debió a una instrucción dada por la entidad contratante y que esa decisión conllevó a la modificación del diseño de la red de ventilación mecánica; no obstante ello, a partir de tales circunstancias no es posible establecer con certeza que el proceder de la Administración en ese sentido hubiera afectado el desarrollo de las actividades de

¹⁴⁵ Folio 357 del cuaderno de pruebas No. 3. del expediente 11431.

¹⁴⁶ Folios 143 y 144 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431.

¹⁴⁷ Folio 355 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹⁴⁸ Así consta en libro de obra. (Ver folio 62 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁴⁹ Así consta en libro de obra. (Ver folio 78 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta - ítem calificado por las partes como el principal de la obra -, o que hubiera interferido en grado tal en el desarrollo del contrato que hubiera puesto a la sociedad contratista en imposibilidad de cumplir sus obligaciones.

Resulta oportuno precisar que si bien se observa que a pesar de que el diseño de la estructura metálica de cubierta que estaba a cargo de la sociedad contratista ya se había presentado y aprobado a 19 de febrero de 1993 y que, posteriormente, el 9 de marzo de 1993, a través de comunicación BHV-146-93¹⁵⁰, la sociedad manifestó que estaba finiquitándolo, lo cual permite inferir que el diseño debió ser modificado; lo cierto es que los elementos probatorios que obran en el proceso no son suficientes para determinar cuáles fueron las razones que llevaron a la sociedad a realizar unas presuntas variaciones al diseño, y, menos aún, si éstas obedecieron a causas atribuibles a la entidad pública demandada o a la misma contratista.

En ese sentido, cabe precisar también que a pesar de que el demandante hubiera manifestado en la referida comunicación que la demora en la entrega del diseño obedeció a que la entidad pública contratante aún no había definido algunos aspectos que “*dependían o condicionaban*” a la estructura, lo cierto es que, en primer lugar, además del aire acondicionado el contratista no definió a qué otros aspectos se refería expresamente y, luego, en relación con el aspecto señalado, no se encuentra prueba alguna en el proceso que permita concluir de manera directa que, en efecto, este ítem de la obra hubiera tenido influencia alguna en el diseño, fabricación y montaje de la cubierta, aspecto técnico respecto del que la Sala carece de conocimiento y en relación con el cual, por lo tanto, no le es posible hacer inferencia alguna con base en las pruebas que obran en el proceso.

En ese mismo orden de ideas y refiriéndose la Sala específicamente al tema de ventilación mecánica, debe decirse que no es posible determinar, por las mismas razones que en relación con el aire acondicionado se mencionaron, que las variaciones que en relación con este ítem se presentaron hubieran afectado el diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, por cuanto, además de no tener certeza acerca de la influencia que habría podido tener en relación con tales actividades, según se extrae de las pruebas antes mencionadas, los diseños para este ítem fueron presentados el mismo día en que se finalizó el

¹⁵⁰ Folio 141 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431.

montaje de la estructura, lo que permite inferir razonablemente que la ausencia o indefinición de los mismos no ponían al contratista en situación de imposibilidad para desarrollar las actividades relacionadas con la estructura metálica de cubierta y, a la vez, impide que se desvirtúen las manifestaciones hechas por la entidad mediante oficio 46-770 del 28 de mayo de 1993¹⁵¹, en el sentido de señalar que en relación con la ductería de ventilación mecánica, con la licitación se habían entregado los planos en los que figuraban los detalles suficientes para diseñar la altura de la estructura metálica de cubierta.

Ahora bien, según los peritos, las variaciones que debieron realizarse en relación con el sistema de ventilación mecánica habrían implicado que se realizaran modificaciones a la estructura metálica de cubierta, cuando ésta ya estaba en etapa de construcción¹⁵². No empero lo anterior, se observa que la afirmación en tal sentido consignada en el dictamen pericial carece de sustento argumentativo, toda vez que, a pesar de ser un aspecto de carácter técnico, los peritos ni siquiera indicaron las razones que habrían determinado la necesidad de hacer dicha modificación, así como tampoco los aspectos en los cuales habría sido modificada la cubierta por cuenta de tal circunstancia; ni ningún otro argumento que permitiera a la Sala si quiera entrever las razones que llevaron a los peritos a realizar la señalada afirmación.

Así entonces, dado que, como ya se dijo, no obra ninguna otra prueba en el proceso que permita establecer la influencia de este ítem en relación con las actividades de diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, la Sala carece de elementos de juicio necesarios que le permitan tener por demostrado este hecho, pues el mero dicho de los peritos no es suficiente para tales efectos.

Cabe destacar, además, que aun cuando en gracia de discusión se considerara que los inconvenientes que se presentaron en relación con el sistema de ventilación mecánica hubieran tenido influencia en relación con el diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta, lo cierto es que no

¹⁵¹ Folios 521 a 523 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente 11431.

¹⁵² Al responder la pregunta ocho del cuestionario que la parte demandante formuló a los peritos, éstos manifestaron que: “El 25 de junio de 1993 en comunicación 0187-06-93 el ingeniero Paulo Arturo Cárdenas encargado por la contratista para el diseño y construcción de la ventilación mecánica, informa sobre cambios que han debido introducirse en su diseño por cuanto Aerocivil varió la localización del cuarto de máquinas. **Por lo anterior fue necesario introducir nuevas modificaciones a la cubierta, cuya construcción ya se había iniciado**” (Destaca la Sala). (Folio 133 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431).

obran en el proceso pruebas que permitan determinar la magnitud que tal influencia habría podido tener en la ejecución de los trabajos y, por tanto, en ese escenario tampoco sería posible establecer que, por tal virtud, el contratista se hubiera visto en la razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones del contrato que estaban a su cargo.

Ahora bien, advierte la Sala que el hecho de no poder determinar probatoriamente que las indefiniciones de la parte demandada hubieran afectado las actividades relacionadas con el diseño, la fabricación y el montaje de la estructura metálica de cubierta, actividades que, según las partes, constituían las principales de la obra y cuya demora habría determinado que el contrato no se ejecutara en el tiempo programado, no es óbice para inferir razonadamente que tales indeterminaciones debieron haber impactado la ejecución de la obra en alguna medida; sin embargo, con base en este argumento tampoco es posible establecer la existencia de la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, además de que no se cuenta con los elementos de juicio necesarios para determinar el grado de afectación que se hubiera podido originar en razón dichas imprecisiones, se encuentra que en relación con este ítem del contrato la sociedad actora también incurrió en demoras que, de cierto modo, debieron afectar también la ejecución de las obras, sin que pueda establecerse que las tardanzas de la contratista en relación con estos aspectos estuvieran justificadas a la luz de los incumplimientos de la entidad contratante, por lo cual tampoco con base en este análisis es posible sacar adelante las pretensiones anulatorias de la parte actora. Al respecto se encuentra en el proceso que:

El 24 de agosto de 1993 la entidad pública contratante, a través del ingeniero Javier García, solicitó a la contratista el plano general para el cuarto de máquinas, donde se indicara la porción de ventiladores y además los planos de detalle necesarios¹⁵³, la petición se reiteró el 9 de septiembre, con la anotación de que la entrega de la información era urgente para proceder a su aprobación y fabricación¹⁵⁴; sin embargo, según las anotaciones del libro de obra, a 27 de octubre de 1993, la documentación aún no había sido proporcionada. De conformidad con anotación de la misma fecha, en la obra no se observó “ningún trabajo de desmonte de ductos ni avance de obra en la instalación de ductería”¹⁵⁵.

¹⁵³ Así consta en libro de obra. (Ver folio 111 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁵⁴ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 121 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁵⁵ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 136 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

El 3 de noviembre de 1993, se recibió copia de plano que contenía una “*vista de planta del cuarto de máquinas*”, sin embargo, según anotación del libro de obra, hacía falta una parte para poder dimensionarlo en su totalidad y no se entregaron los planos de detalle para su estudio¹⁵⁶.

Desde el 2 de septiembre de 1993, la interventoría le había solicitado al contratista que la firma MATEC presentara las cantidades de obra ejecutadas determinando pormenorizadamente los ítems y que incluyera un plano donde coloreara la obra ejecutada¹⁵⁷. Según anotación del libro de obra hecha el 27 de octubre de 1993, la información que se presentó para revisión no se ajustaba al avance de la obra hasta la fecha de corte (23 de septiembre), ni en planos ni en cantidades de obra¹⁵⁸.

- **Diseño de la red de gas.**

En la ya mencionada comunicación BHV-234-93 del 21 de mayo de 1993, la sociedad contratista le solicitó a la entidad que le suministrara a la mayor brevedad posible los diseños de la red de gas, los cuales, según dijo, también eran indispensables para el avance adecuado de la obra. Así lo manifestó:

“2. Diseño de la red de gas, la cual sólo se ha indicado en forma verbal, tanto en su recorrido como en la ubicación de los tanques estacionarios, pero como en el caso del punto anterior, y por las mismas razones se hace imprescindible contar con estos diseños para poder proceder a su inmediata construcción y sin otras demoras en el desarrollo de las obras”.

Frente a dicha solicitud, la entidad, mediante el también ya mencionado oficio 46-770 del 28 de mayo de 1993, indicó:

“3. La red de gas definitiva se debe construir después de colocada la estructura metálica con su correspondiente placa de recubrimiento, por lo tanto este punto tampoco fue condicionante del atraso en la ruta crítica (estructura metálica)”.

En relación con este ítem del contrato, según algunas anotaciones realizadas por las partes en el libro de obra, se tiene que: en comité de obra número 4 del 11 de

¹⁵⁶ Así consta en el libro de obra. (Ver folios 139 y 140 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁵⁷ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 116 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁵⁸ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 136 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

febrero de 1993, la interventoría se comprometió a enviar oficio al ingeniero Pedro Muñoz para que presentara el diseño definitivo de la red de gas¹⁵⁹.

Posteriormente, el 30 de julio de 1993, esto es, cuando ya la estructura metálica de cubierta se había diseñado, fabricado y montado, la interventoría, atendiendo las recomendaciones de la compañía de gas “Colgás”, dio algunas instrucciones relacionadas con la instalación de este servicio¹⁶⁰; el 4 de agosto de esa misma anualidad, la sociedad contratista solicitó información en relación con la ubicación de los contadores para la red de gas de dos restaurantes¹⁶¹, inquietud que fue resuelta al día siguiente, en el sentido de señalar que los contadores no eran necesarios, dado que el suministro estaba independizado para cada uno de los restaurantes¹⁶².

A partir de las anotaciones realizadas por las partes en el libro de obra no es posible establecer que la entidad hubiere entregado los planos correspondientes al sistema de gas, de lo cual tampoco da cuenta ninguna otra prueba que obre en el proceso y, por el contrario, lo que se puede evidenciar es que las definiciones que tenían que ver este ítem se adoptaron en el desarrollo del contrato; sin embargo, lo cierto es que tampoco existe prueba alguna que permita tener por acreditado que el diseño de la red de gas hubiere tenido alguna incidencia en relación con el diseño, montaje y fabricación de la estructura metálica de cubierta, así como tampoco que tales indefiniciones hubieren afectado la obra en tal magnitud que le hubieren impedido al contratista cumplir con sus obligaciones.

○ **Revisión y actualización de la red hidráulica.**

A través de la comunicación BHV-234-93 del 21 de mayo de 1993, la sociedad Benhur Valencia y Cía. Ltda., le solicitó también a la entidad contratante que le suministrara a la mayor brevedad posible la información correspondiente a la red hidráulica para poder continuar con el avance adecuado de la obra. Sobre este asunto señaló:

“3. Revisión y actualización de la red hidráulica especialmente en cuanto atañe a su complementación en la parte de red de agua caliente,

¹⁵⁹ Así consta en libro de obra. (Ver folio 49 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁶⁰ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 96 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁶¹ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 99 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁶² Así consta en el libro de obra. (Ver folio 100 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

el cual aún no se ha suministrado. Sobre este aspecto, y a manera de colaboración, también hemos presentado a ustedes un esquema, que esperamos les sirva de base para agilizar el diseño y definición de su parte”.

Por medio del oficio 46-770 del 28 de mayo de 1993, la entidad contratante manifestó que la red hidráulica era un ítem independiente al de estructura metálica de cubierta, razón por la cual, según dijo, tampoco constituyó un factor influyente en el atraso de la ruta crítica.

Respecto de la red de agua caliente, encuentra la Sala que el 10 de junio de 1993, esto es, con posterioridad al oficio al que viene de hacerse referencia, la sociedad contratista solicitó que se definiera la altura de la instalación de los calentadores de agua, su tamaño, así como la red de suministro¹⁶³, lo cual, según anotación del libro de obra, se habría resuelto al día siguiente¹⁶⁴.

Se encuentra también que en lo que a este aspecto de la obra concierne, algunas definiciones se tomaron en la marcha del contrato, tal y como se desprende de las anotaciones que realizó la interventoría en la bitácora de obra en relación con las bajantes y desagües de aguas lluvias, así:

El 11 de junio de 1993, la interventoría definió que la bajante que se requería para drenar la terraza de un restaurante se llevara por la pared del primer piso y se conectara con una canal existente en ese mismo lugar¹⁶⁵. Posteriormente, el 16 de junio de esa misma anualidad, la interventoría cambió de criterio¹⁶⁶ y, luego, mediante oficio 42-0416/93 del 24 de junio de 1993, a un día de que finalizara la actividad de montaje de la estructura metálica de cubierta, la interventoría entregó al contratista dos copias heliográficas del plano modificado de cubierta, donde se incluyeron pendientes y bajantes y dio algunas especificaciones relacionadas con este ítem¹⁶⁷.

El 24 de junio de 1993, la contratista solicitó detalles para empate de tubería de desagüe de instalaciones sanitarias de los baños y las cocinas del segundo

¹⁶³ Así consta en libro de obra. (Ver folios 72 y 73 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431).

¹⁶⁴ Así consta en libro de obra. (Ver folio 73 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431).

¹⁶⁵ Así consta en libro de obra. (Ver folio 73 del cuaderno de pruebas No. del expediente 11580).

¹⁶⁶ Así consta en el libro de obra. (Ver folios 76 y 77 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁶⁷ Folio 142 del cuaderno de pruebas No. 10 del expediente 11431.

piso¹⁶⁸, aspecto que fue resuelto al día siguiente, es decir, en la misma fecha en que se estaba finalizando la actividad de montaje de la estructura metálica de cubierta¹⁶⁹; el 10 de julio de 1993, la sociedad solicitó detalles para instalación de bajantes de aguas lluvias del costado norte¹⁷⁰, los cuales se definieron el día 13 de ese mismo mes y año¹⁷¹ y el 2 de agosto la contratista solicitó detalles de ubicación de bajante para desagües de los locales comerciales del costado oriental, a lo cual se le indicó que debía comunicarse con el supervisor de interventoría que conocía su localización.

De conformidad con el escenario probatorio descrito, es posible inferir razonablemente que las indefiniciones que se presentaron en relación con las bajantes y desagües de aguas lluvias implicaron una modificación en relación con la estructura metálica de cubierta, pues, según se desprende del oficio 42-0416/93 del 24 de junio de 1993, cuando faltaba apenas un día para que se terminara el montaje de la estructura, al contratista se le entregó un plano modificado de la cubierta con la definición de las bajantes y los desagües para aguas lluvias.

Sobre el particular, en el dictamen pericial que se rindió en el proceso los expertos señalaron que a raíz del plano modificado de cubierta que se entregó a la contratista, ésta se vio en la necesidad de modificar su diseño y, en consecuencia, de introducir variaciones en su construcción.

A pesar de lo anterior, considera la Sala que el impacto real que tal modificación de planos tuvo en relación con las actividades de diseño, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta no fue significativo, toda vez que, como ya se ha anticipado, aunque tal modificación se presentó cuando ya se estaba adelantado la etapa de montaje de la estructura, dicha actividad terminó al día siguiente, sin que en el proceso se encuentre constancia alguna de que con posterioridad la cubierta hubiera sufrido variación alguna por este efecto.

- **Diseño de la columna en los ejes Y27.**

Finalmente, a través de la comunicación BHV-234-93, la sociedad contratista le solicitó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, que definiera el

¹⁶⁸ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 78 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁶⁹ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 78 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁷⁰ Así consta en el libro de obra. (Ver folio 81 del cuaderno de pruebas del expediente 11580).

¹⁷¹ Así consta en el libro de obra. (Ver folio

diseño de la columna en los ejes Y-27, por cuanto su carencia estaba imposibilitando la conclusión de una parte del diseño de la estructura metálica de cubierta. Así lo dijo:

“4. Diseño de su columna en los ejes Y27, cuyo estudio y definición por su parte, está pendientes desde hace tiempo y cuya carencia está imposibilitando la conclusión de una parte del diseño y por ende afectando la terminación del mismo sector de la estructura de cubierta”.

En relación con este aspecto de la obra se tiene que:

El 21 de abril de 1993, en reunión efectuada en el lugar de la obra, a la cual asistieron representantes de la entidad contratante y de la sociedad contratista, se *“estudiaron los problemas presentados en la zona colindante al restaurante Wimpy”* y se aprobaron los siguientes aspectos:

*“- Continuar la columna que aparece en el primer piso ejes Y-27.
- Adosar una nueva columna a la columna existente en el eje Y-26.
- Modificar la estructura de cubierta en la zona aledaña al restaurante Wimpy costado norte según lo observado en sitio y contando con las columnas descritas anteriormente.
- El área del local colindante con Wimpy costado norte se modificará según lo aprobado en la presente reunión debido a los problemas observados”.*

Posteriormente, el 4 de mayo de 1993, según consta en anotación del libro de obra de la fecha, el arquitecto que diseñó la estructura metálica de cubierta indicó que era necesario inspeccionar la columna del eje Y-27 para conocer sus dimensiones reales, así como su capacidad portante y que hasta tanto tales aspectos no fueran definidos no era posible tomar una determinación final.

El 28 de mayo de 1993, la entidad, mediante el ya varias veces mencionado oficio 46-770, al dar respuesta a la solicitud elevada por el contratista en cuanto a la definición de las especificaciones de la columna Y-27, indicó:

“5. Me causa extrañeza lo expuesto por ustedes en el numeral 4 de su comunicación, ya que debido a un error de apreciación por parte del contratista en cuanto a los apoyos para la estructura metálica, el ingeniero calculista de la misma tuvo que recalcularla en la zona vecina al restaurante Wimpy y recurrir a la columna situada en el cruce de los ejes Y-27 para apoyarla, asimismo en reunión efectuada en la obra el

día 21 de abril/93 con las directivas de esa empresa y la Dirección de Instalaciones Aeronáuticas quedó claro que debido a la situación presentada, el contratista investigaría el estado estructural de dicha columna y el calculista debería conceptuar sobre su posterior diseño ya que él es quien conoce la magnitud y naturaleza de las cargas a soportar”.

Más adelante, el 1 de junio de 1993, el arquitecto diseñador de la estructura metálica de cubierta estableció las especificaciones de la columna ubicada en los ejes Y-27 y el día 11 de ese mismo mes y año se fundió.

En ese contexto, encuentra la Sala que es cierto que el desconocimiento de las especificaciones de la columna ubicada en los ejes Y-27 afectó el diseño de la estructura metálica de cubierta en la zona aledaña al restaurante Wimpy; no obstante ello, a partir del acervo probatorio que viene de examinarse, no es posible endilgar la responsabilidad del hecho a la entidad contratante, toda vez que la razón por la cual se debió acudir a esta columna consistió en un error de apreciación por parte del contratista en cuanto a los apoyos para la estructura metálica de cubierta, tanto así que, como se vio, finalmente fue el arquitecto diseñador de la cubierta el que definió sus características y estableció las medidas que habían de adoptarse en relación con ella para que se pudiera utilizar en el desarrollo del proyecto.

Así las cosas, en lo que concierne al desplazamiento en el tiempo de las actividades relacionadas con el diseño, la fabricación y el montaje de la estructura metálica de cubierta, las cuales, según las partes, constituían la obra más importante del contrato, considera la Sala que, a pesar de tener por establecido que en relación con la red de ventilación mecánica y con la red de gas la entidad demandada desconocía algunas especificaciones y tomó varias determinaciones en la marcha del contrato, no es posible tener por demostrado que la demora que respecto de este ítem de la obra se presentó fuera consecuencia directa de tales circunstancias, toda vez que, como se vio, no se demostró que tales aspectos tuvieran injerencia en relación con las actividades concernientes a la estructura metálica de cubierta.

En ese mismo sentido y en lo que respecta a la red hidráulica, debe decirse que a pesar de que es posible establecer que las indefiniciones que en relación con este ítem de la obra se presentaron afectaron las actividades de diseño, fabricación y

montaje de la estructura metálica de cubierta, dicha circunstancia no es suficiente para declarar probada la excepción de contrato no cumplido y, consecuentemente, para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que, como se vio, no fue posible determinar que tal aspecto hubiera afectado la ejecución de la obra de manera tal que hubieran puesto a la sociedad contratista en situación de imposibilidad para cumplir sus obligaciones en el tiempo pactado.

- **El desconocimiento por parte de la entidad contratante respecto de las especificaciones de otros ítems de la obra.**

Una vez analizado el acervo probatorio que obra en el expediente, encuentra la Sala que, además de las indefiniciones que le son atribuibles a la parte contratante según el análisis de los ítems a los cuales viene de hacerse referencia, en razón del desconocimiento de ésta respecto de algunas especificaciones y condiciones de la zona del aeropuerto que debía ser objeto de ampliación y remodelación a través del contrato en cuestión, a la hora de su ejecución fue necesario que se adelantaran varias actividades tendientes a investigar las condiciones reales de la obra existente. Al respecto se encuentra lo siguiente:

- **Escaleras y la rampa de servicio.**

En relación con este ítem del contrato se encuentra que el 12 de enero de 1993, el contratista solicitó a la interventoría su diseño y despiece, el día 14 de ese mismo mes y año, en comité de obra No. 1, se definió que para determinar los hierros y despieces era necesario replantear la escalera, hacer un apique para ver donde iniciaba, replantear un muro para cerramiento y hacer otro apique para ver apoyo.

El 28 de enero de esa misma anualidad, las partes dejaron constancia en el libro de obra en el sentido de señalar que se debía hacer un levantamiento real de la zona de escalera y rampa de servicio para determinar y solucionar el cruce de circulaciones en la salida y llegada de pasajeros.

El 10 de febrero de 1993, el contratista recibió los planos de detalle arquitectónico de las escaleras de descenso de pasajeros y quedaron aún pendientes los planos de despiece de hierro, el modo de anclaje (zapatitas) y el dimensionamiento.

El 18 de febrero de 1993, el contratista solicitó que se hiciera un apique para determinar el tipo de cimentación (zapatas) de la escalera; sin embargo, al hacerlo se encontró un tubo de P.V.C. de 6" a 65 cms de profundidad, por lo cual, para determinar si existía continuidad del tubo, se determinó abrir un segundo apique en el que se volvió a encontrar el elemento, circunstancia ante la cual se plantearon dos posibilidades: "1- *rediseño estructural de la escalera*, 2- *replanteo de escalera (ubicación)*". A partir de la información que obra en el proceso no es posible determinar qué decisión se adoptó al respecto.

El 10 de marzo se recibieron planos de acero estructural y cálculos de refuerzo para escalera del muelle regional. El 18 de marzo las partes dejaron constancia en el libro de obra en el sentido de señalar que a pesar de que los planos se habían presentado el 10 de marzo a esa fecha aún no se habían fundido las zapatas de la escalera, lo que se hizo al día siguiente. El 15 de abril se fundió la escalera de descenso a plataforma en su totalidad y el 17 de abril se fundió la prolongación de las columnas en concreto para las escaleras de descenso a rampa.

Posteriormente, el 13 de julio de 1993, se determinó por "*por necesidades de la obra demoler la viga transversal de escalera que obstruye la operación futura del ascensor, se debe soportar picar en los extremos el concreto para cortar los hierros y descolgarla cuidadosamente para no dañar la estructura existente*".

El 21 de julio de 1993, la interventoría solicitó al contratista que dispusiera un grupo de trabajo para que terminara la zona de la escalera. Con posterioridad a esta fecha y en relación con este tema no se encuentran más anotaciones en el libro de obra.

- **Viga de bronce ubicada sobre el eje ZY.**

De otra parte, según anotación del libro de obra, el 21 de enero fue necesario demoler una viga de bronce ubicada sobre el eje ZY, para analizar si era estructural o simplemente una vigueta de borde. Con base en la información que obra en el proceso no es posible conocer qué clase de vigueta era, así como tampoco si sus características afectaron en alguna forma la ejecución del contrato.

- **Muro en concreto y placa que hacía parte de la estructura original del aeropuerto.**

El 16 de febrero de 1993, debido a la “aparición” de un muro en concreto que interfería con el esquema arquitectónico del proyecto, se resolvió que dicho muro debía demolerse, así como la placa a la cual servía de apoyo; sin embargo, al día siguiente, esto es, el 17 de febrero de 1993, después de realizar un sondeo a la placa, se observó que ésta hacía parte de la estructura original del aeropuerto, razón por la cual, entre otras determinaciones, se resolvió no demolerla y el muro demolerlo parcialmente. Como consecuencia de esta determinación, se debió reorganizar el espacio disponible para depósito y cuarto frío de la cocina del restaurante afectado y se dejó pendiente la forma y sección como debía fundirse la columna del cruce X₁ - 20.

El 25 de marzo de 1993, en Comité de obra No. 7, el contratista presentó el diseño de mezcla de concreto de 3500 PSI y 3000 PSI para aprobación de la interventoría y señaló que una vez se aprobara dicho diseño se fundiría la columna del cruce X₁, la cual habría quedado desplazada con respecto al eje 20 por efecto de no poder desplazarlo por la imposibilidad de demoler el muro al que se ha hecho referencia.

- **Estructura del lugar en el que debían instalarse los ventiladores.**

El 12 de agosto de 1993 y tras la modificación del diseño del sistema de ventilación mecánica que debió realizarse en razón del cambio en la ubicación del cambio de máquinas por parte de la interventoría, ésta solicitó que se llevara a cabo la demolición de la placa existente en el lugar en que debían instalarse los ventiladores, con el objeto de observar su estructura.

En el contexto que se deja descrito encuentra la Sala que respecto de los ítems de la obra que vienen de analizarse es posible constatar una serie de incumplimientos que son atribuibles a la entidad demandada y, dada su naturaleza, es razonable considerar que tenían la virtualidad para afectar el normal desarrollo de las obras; no obstante ello, lo cierto es que la Sala carece de los elementos de juicio necesarios para determinar en qué proporción habrían incidido estas dificultades en el desarrollo del contrato, más aún cuando, como pasa a verse, se encuentra probado en el proceso que el contratista también incurrió en

incumplimientos que afectaron su ejecución, sin que pueda establecerse necesariamente una relación causal entre los incumplimientos de la contratante y los suyos, así como tampoco la gravedad de unos y otros para la ejecución de las obras, tal y como pasa a verse:

- **Los incumplimientos atribuibles al contratista.**

En relación con los incumplimientos que son atribuibles a la sociedad contratista la Sala encuentra establecidos los siguientes:

- **En la primera fase del contrato - 4 de enero de 1993 a 2 de junio de 1993 -.**

Según la información que obra en el proceso, es posible establecer que en esta primera etapa del contrato la sociedad actora incurrió en incumplimientos relacionados con falta de personal en la obra, falta de materiales y la mala ejecución de algunos ítems, aspectos éstos que, en virtud de su propia naturaleza, permiten inferir de manera razonada que afectaron la ejecución del contrato, aunque, al igual que en el caso de la contratante, no se cuente con los elementos de juicio necesarios para determinar en qué magnitud.

En relación con la falta de material y personal en la obra, según anotación en la bitácora de 4 de febrero de 1993, en esa fecha iniciaron las actividades de fundida de estructuras y en el desarrollo de éstas se presentaron, entre otras, las siguientes situaciones:

- “1. La cuadrilla llegó retrasada de acuerdo a la hora de llegada del concreto.*
 - 2. La mezcladora de motor no funciona.*
 - 3. La (ilegible) presentó fallas.*
 - 4. El vibrador eléctrico no funcionó.*
 - 5. El personal fue insuficiente, lo cual dio lugar para que el concreto se endureciera parcialmente.*
 - 6. No se fundió la columna No. 5 por falta de material y accesorios para terminar la formaleta.*
 - 7. Se deben poner unas agarraderas y codales para evitar riesgos en el momento de la fundida.*
- (...)”.*

Según anotación hecha por la interventora de la obra el 23 de febrero de 1993, en ese día y en el día anterior no hubo hierro ni cemento en la obra, razón por la cual no se pudo trabajar en la armadura y fundida de machones y vigas que se habían definido desde el 17 de febrero anterior; el 25 de mayo se dejó constancia en el libro de obra, en el sentido de indicar que a esa fecha la única actividad que se estaba desarrollando era la concerniente al montaje de la estructura metálica de cubierta, razón por la cual la interventoría solicitó explicaciones al contratista.

En relación con este aspecto, considera la Sala necesario precisar que si bien la parte demandante pretendió justificar la falta de mano de obra y materiales con base en el supuesto auge de la construcción que se habría presentado en el año de 1993, el cual, según su dicho, habría hecho que estos elementos de trabajo escasearan de manera tal que la dificultad para conseguirlos habría incidido en el normal desarrollo del contrato, lo cierto es que, como ya se explicó de manera extensa en el literal a) del numeral 5.2.3. de la presente providencia, cuyas consideraciones se reiteran en este aparte, no obra prueba en el proceso que permita tener por acreditada la ocurrencia del mencionado fenómeno en el mercado de la construcción y, por tal razón, con base en este aspecto no es posible justificar los incumplimientos de la parte demandante respecto de la falta de material y de mano de obra requeridos para la ejecución del contrato.

En cuanto a la mala ejecución de algunos trabajos se encuentra que, según anotación hecha por las partes en el libro de obra el 11 de mayo de 1993, la plaqueta de cubierta que iba monolítica a la estructura de cubierta presentaba entreluces faltantes pronunciados en varios sitios, de conformidad con dicha anotación, la situación se presentó porque al ejecutar la fundida no se alineó correctamente, por lo cual, el 1 de junio de 1993, se determinó que antes de llevar a cabo el recubrimiento de la cubierta se debían rellenar tales espacios y para ello se debieron efectuar algunas pruebas que permitieran tomar una determinación sobre el material a utilizar. En esa misma fecha y en razón al regular estado estructural del machón de uno de los restaurantes de la zona, las partes determinaron que éste debía demolerse y ejecutarse de nuevo.

- **En la segunda fase del contrato - 3 de junio de 1993 a 16 de agosto de 1993 -.**

Mediante contrato adicional número 0521-OP-02, suscrito el 27 de mayo de 1993, las partes acordaron prorrogar el contrato por un período de 75 días calendario a partir de su vencimiento, esto es, desde el 3 de junio de 1993 hasta el 16 de agosto de esa misma anualidad.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, en este período el contratista presentó incumplimientos relacionados con falta de personal en la obra y deficiente ejecución de algunos trabajos, lo cual implicó que se demolieran obras y que se hicieran nuevamente. Al respecto, se encuentra probado lo siguiente:

El 13 de julio de 1993, la interventoría solicitó al contratista que, debido a que la reprogramación del contrato no se estaba cumpliendo, reforzara y ampliara los frentes de trabajo en áreas específicas como mampostería, columnetas de fachada y prefabricados; posteriormente, el día 21 de ese mismo mes, la interventoría solicitó que se tuviera continuidad en los frentes de trabajo relacionados con la mampostería para garantizar que se concluyeran tramos completos.

El 22 de julio la interventoría dejó constancia en el libro de obra en cuanto a que en esa fecha la actividad de fundición de nivelación de pisos del segundo nivel se encontraba suspendida, lo mismo que hizo el 23 de julio, en cuanto a la colocación de los prefabricados de fachada.

En relación con la deficiente ejecución de algunas obras del contrato, se encuentra que en este período se presentaron las siguientes:

- El 11 de junio de 1993, la interventoría ordenó que se demoliera por completo una columna correspondiente a uno de los restaurantes de la zona de ampliación del aeropuerto y que se hiciera de nuevo.
- El 16 de junio ordenó que se desmontara el muro que se estaba levantando sobre la plataforma de cocinas, por cuanto su construcción se venía realizando en bloques, cuando debía hacerse en ladrillo prensado a la vista.
- El 15 de julio la interventoría ordenó rectificar las alfajías que ya se habían colocado, por cuanto no estaban de acuerdo con el diseño establecido, se anotó que dicha actividad se había demorado demasiado.

- Según se desprende de la anotación realizada por la interventoría el 13 de agosto de 1993 en el libro de obra, ésta ordenó demoler un muro que se estaba construyendo en el eje X₁-Y, al tiempo que ordenó que se ampliara una placa hasta el nivel de paramento del muro de fachada del eje X-X₁, con el fin de poder continuar el muro hasta la altura diseñada, toda vez que, en la forma como se venía construyendo, se iba a estrellar con la estructura de cubierta, por cuanto ésta se había desplomado en aproximadamente 6 cms.

- Según anotaciones del 3, 6 y 11 de agosto de 1993, en visita realizada por el diseñador de proyecto el día 30 de julio de 1993, se observó que los prefabricados de fachada que se habían instalado no correspondían a los planos definidos en el diseño, ya que éstos habían quedado sobresalidos 8 cms con respecto al enchape en ladrillo a la vista. De conformidad con la citada anotación, tal desplome habría sido ocasionado por la falta de cuidado y mala ejecución de la cubierta que no quedó de acuerdo con los diseños estipulados.

- o **En la tercera fase del contrato - 17 de agosto a 14 de noviembre de 1993 -.**

A través de contrato adicional número 0521-OP-03, suscrito el 13 de agosto de 1993, las partes acordaron prorrogar el contrato por un período de 90 días calendario a partir de su vencimiento, esto es, desde el 17 de agosto de 1993 hasta el 14 de noviembre de esa misma anualidad.

Se observa que en ésta, que fue la última etapa de ejecución del contrato, los incumplimientos de la parte actora relacionados con la falta de mano de obra, demora y deficiente ejecución de los trabajos persistieron, afectando el desarrollo de las obras en el tiempo pactado. En ese sentido se encuentra que:

En relación con la insuficiencia de personal para el desarrollo de las labores en la obra, el 19 de agosto de 1993 la interventora del contrato, respecto del rendimiento de la obra presentó, entre otras, las siguientes observaciones.

“Se encuentra paralizado el frente de levante de muros en ladrillo de la fachada principal, debido a que hay únicamente un oficial para las actividades de levante de muro, pañete e instalación de marcos metálicos, debido a esto ningún frente descrito adelanta y no permite

iniciar la armadura y fundida de la viga dintel e instalación de prefabricados de fachada.

(...)

Se debe aumentar el personal y formaleta para armadura de vigas dintel alfajías para permitir la iniciación de instalación de ventanearías.

No se cumplió con la programación de terminar el recubrimiento de la cubierta.

Debido a lo expuesto la obra en la presente semana tiene un atraso alarmante por lo tanto se solicita ampliar frentes de trabajo pues de lo contrario si se sigue como en la semana presente, la obra no se acabará en el nuevo plazo concedido

(...)”.

Posteriormente, el 14 de septiembre de 1993, se dejó constancia en la bitácora en el sentido de señalar que se estaba observando reducción de personal en la obra y que tal circunstancia estaba implicando bajo rendimiento en el desarrollo de los trabajos. En anotación del 17 de septiembre de 1993, la interventora insistió en la reducción del personal en la obra e indicó que en esa fecha no se encontró sino un mampostero en el sector de la escalera, al tiempo que informó que lo demás frentes de trabajo se encontraban abandonados. El día 22 de ese mismo mes y año la interventoría recalcó la falta de personal en la obra, especialmente en el área de mampostería. El 28 de octubre se anotó en la bitácora que a esa fecha no se observaba ningún trabajo de desmonte e instalación de ductos.

En cuanto a la demora y deficiente ejecución de los trabajos, se encuentra establecido que el día 14 de septiembre de 1993, la interventoría solicitó al contratista que diera inicio de manera urgente a las actividades de impermeabilización y remate de la placa de cubierta en los bordes pertinentes; el 22 de septiembre de 1993, en razón de unas humedades que se presentaron en el primer piso del muelle nacional, la interventoría solicitó “nuevamente” al contratista la necesidad de concluir los trabajos de remate de prefabricados, muros superiores y escoria con el fin de poder rematar el perímetro de cubierta para proceder a la impermeabilización e indicó que éstas obras eran de carácter urgente. La petición que se reiteró el 1, el 6 y el 11 de octubre de 1993.

El 19 de octubre de 1993, la interventoría manifestó su preocupación por la demora en los trabajos de impermeabilización de la cubierta; el día 25 de ese

mismo mes y año llamó la atención por cuanto, a pesar de que la actividad de impermeabilización de la cubierta era básica para poder terminar otros ítems de la obra, ésta se encontraba demasiado atrasada; el 29 de octubre se reiteró que el atraso de la actividad de impermeabilización de la cubierta estaba impidiendo que otras actividades de la obra se pudieran completar.

El 19 de octubre la interventoría también dejó constancia en cuanto a que los prefabricados de la fachada norte tenían un desplome con relación a los muros de cierre, por lo tanto solicitó que se corrigiera el desperfecto.

Así las cosas, como ya se había anticipado, de conformidad con el escenario probatorio que viene de analizarse no resulta procedente declarar probada la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, si bien se encuentra acreditado que la entidad pública contratante efectivamente incurrió en los incumplimientos que la demandada le imputó, lo cierto es que las pruebas que obran en el plenario no permiten concluir que dichos incumplimientos fueran la fuente o la causa de los que son atribuibles a la sociedad contratista.

En ese sentido cabe recalcar que no existe, *per se*, una conexión entre las falencias que se atribuyeron a la Administración en relación con la demora en la entrega de planos, la insuficiencia de los mismos y el desconocimiento de las especificaciones necesarias en algunos aspectos para desarrollar las labores de ampliación del aeropuerto, frente a la constante falta de personal en la obra y el deficiente desarrollo de los trabajos por parte de la contratista.

En ese mismo orden de ideas dable es concluir que la excepción de contrato no cumplido puede prosperar, por cuanto no puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., en tanto que, además de evidenciar sus inobservancias contractuales durante todo el tiempo de ejecución de la obra, las cuales, como ya se dijo, no pueden justificarse en razón de los incumplimientos de la demandada, no se observó de su parte una seria intención de cumplir con sus obligaciones.

No obstante todo lo anterior y como ya se ha venido anticipando a lo largo de la presente providencia, la Sala no puede pasar inadvertida frente a los incumplimientos que son imputables a la entidad demandada, en relación con los cuales, dada su gravedad y naturaleza, es posible inferir razonadamente que, aun

cuando no constituyeron justificación de los incumplimientos de la contratista, claramente tenían entidad para afectar el desarrollo normal y adecuado de la obra, al igual que se colige en relación con las inobservancias que son atribuibles a la sociedad demandante, sin que sea posible determinar cuáles incumplimientos habrían afectado en mayor o menor medida la obra al punto de hacerla impróspera, pero con la plena certeza de que ambas partes tuvieron gran influencia y determinación en el mal resultado del contrato.

No a otra conclusión puede arribarse si se tiene en cuenta que, como de manera diáfana puede observarse a lo largo de la providencia, las falencias de la entidad contratante, al igual que las de la contratista, eran lo suficientemente graves como para alterar el curso normal de la ejecución del contrato, así por ejemplo, se tiene que dado el cambio del cuarto de máquinas por parte de la Unidad Administrativa, la sociedad actora se vio obligada a rediseñar en su totalidad la red de ventilación mecánica, así mismo, según se vio, en razón del desconocimiento de la parte contratante respecto de algunas zonas que iban a ser tocadas para la ampliación del aeropuerto, se debieron adelantar varias actividades tendientes a investigar sus condiciones reales, circunstancias éstas que, de suyo, debían repercutir en el desarrollo de las labores, lo mismo que se predica en razón de las indefiniciones de la entidad respecto de la red de gas, la red hidráulica, las escaleras y la rampa de servicio.

En ese contexto, como quiera que se trata de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, para que la parte del contrato interesada, cualquiera que fuera, pudiera valerse de la declaratoria de incumplimiento, bien sea a través de acto administrativo, como en este caso era facultad de la entidad contratante, o a través de la vía judicial, como lo solicitó la sociedad contratista, era indispensable que hubiese cumplido a cabalidad con las obligaciones que estaban a su cargo, o que se hubiese avenido a hacerlo o, lo que es lo mismo decir, que no hubiera provocado por su causa el incumplimiento del contrato, para luego poder procurar para sí el pago de los posibles perjuicios que se le hubieren causado en razón del desconocimiento de las obligaciones de su co-contratante.

Al respecto, en sentencia del 6 de junio de 2012 proferida por esta Subsección¹⁷², se indicó:

“Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos¹⁷³ tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Sección, así:

*‘...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que **para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.***

*En este sentido, **no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega**, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada...’¹⁷⁴ (Negrilla ajena al texto original).*

En los contratos cuyas prestaciones son correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, se presenta una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas, razón por la cual del artículo 1609 del C.C. se extrae la regla según la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho.

En virtud de lo anterior, el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A., cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, como presupuesto para acreditar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo”.

¹⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A. sentencia del 6 de junio de 2012, expediente 19480.

¹⁷³ Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14.937. C.P., Germán Rodríguez Villamizar.

Así entonces, a pesar de que la providencia en cuestión hace alusión a la solicitud de declaratoria de incumplimiento de parte de un contratista del Estado, en razón a la bilateralidad del contrato al que se refiere, las consideraciones que en ella quedaron expresadas deben entenderse también cuando sea una entidad pública contratante la que a través de acto administrativo declare el incumplimiento, pues tal condición, por disposición de la ley, constituye un presupuesto para que proceda una declaratoria de esa naturaleza.

Ahora bien, dado que fue posible acreditar en el proceso que, al igual que los incumplimientos de la sociedad demandante, los que son atribuibles a la entidad demandada también fueron determinantes para que el contrato no pudiera ejecutarse en el período programado y como quiera que dichos incumplimientos fueron alegados por la parte actora en la demanda para pedir la nulidad de los actos enjuiciados, la Sala debe proceder a declarar la nulidad de los mismos, pues, como se expresó con antelación, constituye presupuesto de la declaratoria de incumplimiento de un contrato que quien la solicite, o, en el presente caso, quien la declare, no haya dado lugar a su configuración.

Consecuencialmente, la Sala declarará que en caso de que se hubiera pagado la cláusula penal que se ordenó hacer efectiva a través de la Resolución No. 05337 del 19 de agosto de 1993, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil deberá reintegrar su valor, debidamente actualizado, a quien corresponde, conforme a la fórmula que usa el Consejo de Estado para estos efectos -, desde la fecha del desembolso – índice inicial - y hasta la fecha en que se haga la devolución efectiva del dinero – índice final -, toda vez que, además de ir contra de los postulados de la buena fe contractual, resultaría desproporcionado, inequitativo, que la entidad pública contratante, por vía de la declaratoria de incumplimiento, pudiera cobrar la cláusula penal que corresponde a una tasación anticipada de perjuicios, cuando lo cierto es que su comportamiento, aunado con el del contratista, fue el que dio lugar a que el contrato no se ejecutara en su totalidad y, en consecuencia, contribuyó también en la producción de los daños que por tal circunstancia se le hubieran podido causar.

En ese estado las cosas, la Sala queda relevada de analizar los demás cargos en los que se fundó la pretensión de nulidad de los actos administrativos demandados.

En virtud de la misma lógica que viene de expresarse, la Sala debe negar la petición de la sociedad Benhru Herrera Valencia y Cía. Ltda., impetrada con la demanda correspondiente al proceso 11580, en el sentido de que se declare el incumplimiento de la entidad contratante, al igual que la pretensión consecencial de indemnización de perjuicios.

En relación con la pretensión de indemnización de perjuicios solicitada en el proceso 11580, la Sala considera pertinente hacer las siguientes consideraciones:

Según se desprende de la demanda, el valor de \$366'667.666,91 que solicitó la parte actora a título de indemnización de perjuicios, corresponde a la sumatoria de lo reclamado por los siguientes rubros:

- Restablecimiento del equilibrio económico de contrato.

En la demanda correspondiente al proceso 11580, la parte actora solicitó que se reconozca a su favor la suma de \$86'087.030, correspondientes al cálculo de la actualización que ella misma realizó en relación con los precios de la propuesta, por no haberse podido ejecutar el contrato en el segundo semestre del año 1992.

En relación con esta petición, la Sala se permite reiterar en extenso las consideraciones expuestas en literal a) del acápite número 6.2.3. de la parte considerativa de la presente providencia, denominado "*Desfase entre el período propuesto para la iniciación de las obras y el período en el que realmente empezó su ejecución*".

Adicionalmente, se permite la Sala precisar, al igual que lo hizo en el mencionado acápite, que si bien la parte actora se refirió a un presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que el fundamento de esta solicitud se atribuyó al incumplimiento en el que incurrió la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en relación con sus obligaciones de perfeccionamiento y legalización del contrato, razón por la cual se considera que pese a la mención de esa figura, el debate del asunto no se enmarca en ella.

Igualmente, considera la Sala necesario señalar que, además de todo lo expuesto en el mencionado acápite, la actualización de precios no opera de manera automática por el sólo transcurso del tiempo, sino que debe acreditarse que la variación de los mismos efectivamente hubiera afectado al contrato; sin embargo, de ello no obra prueba en el proceso.

Además de lo anterior, se recuerda que, según lo expuesto en el acápite 4.5.2. de la parte considerativa de la presente providencia, en este punto el dictamen pericial no puede ser tenido en cuenta, toda vez que, como se expresó, el documento de "*Indíces totales por ítem de Camaco*" que se anexó a la pericia no expresa, como lo hicieron los expertos, la variación discriminada de cada ítem de construcción, como "*cemento, concreto, agregados minerales, ladrillo, hierro, obra de mano*", sino que se refiere a valores globales discriminados por años y meses.

Con base en las mismas consideraciones se niega también la solicitud de la actualización de precios entre el año de 1993 a 1995.

- Expectativa sobre la obra no ejecutada.

Según lo que se dejó expuesto a lo largo de la presente providencia, el incumplimiento de las obligaciones del contratista contribuyó de manera determinante para que la obra que le fue encomendada no pudiera terminarse, razón por la cual resulta improcedente reconocer valor alguno sobre las expectativas que hubiera podido tener en relación con la obra que no se ejecutó.

- Reajuste sobre materiales comprados por el contratista y que no se instalaron por cambio de planes por parte de la Aeronáutica.

En relación con este aspecto, indicó la parte actora que para dar cumplimiento al Contrato 0521 de 1993, compró unos materiales, pero que la Aeronáutica no los recibió y, en su lugar, exigió el retiro de los mismos.

Esta pretensión de la demanda tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que no hay prueba en cuanto a que la sociedad actora en efecto hubiera comprado los referidos materiales, tampoco en cuanto a que la Aeronáutica se

hubiera negado a recibirlos y, menos aún, acerca de las razones que habrían dado lugar a esta determinación por parte de la entidad.

7. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 22 de febrero de 2001, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de las Resoluciones No. 05337 del 19 de agosto de 1994, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato 0521-OP de 1992, así como la nulidad de la Resolución No. 03860 del 27 de junio de 1993, que confirmó la anterior determinación.

SEGUNDO. DECLARAR que en caso de que se hubiera cobrado la cláusula penal del contrato, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil deberá reintegrar su valor a quien corresponda, debidamente actualizado, conforme a la fórmula que usa el Consejo de Estado para estos efectos -, desde la fecha del desembolso – índice inicial - y hasta la fecha en que se haga la devolución efectiva del dinero – índice final -.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de las demandas acumuladas.

CUARTO.- Sin condena en costas.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA