

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA RELACIONADO CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Construcción de canalizaciones y redes telefónicas / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Ahora bien, los contratos 3699 y 3701 de 1995 suscritos entre la ETB y el consorcio actor tenían por objeto la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en las ampliaciones generales de las centrales telefónicas de Yomasa (Grupo 1) y San Fernando (Grupo 2). El objeto de estos contratos estaba así dirigido a conseguir la prestación del servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Por lo tanto, la Sala concluye que a los negocios jurídicos que originaron el conflicto sometido a su conocimiento se rigen por sistema jurídico de Derecho privado preponderante. previamente expuesto (...) En síntesis, itera la Subsección, tanto los contratos, como los actos de las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos se rigen por el Derecho privado, salvo en aquellos aspectos en los que la constitución o la ley dispongan lo contrario, lo que se contrae fundamentalmente a sus relaciones con los usuarios. En este orden de ideas, la ETB con las resoluciones número 11.037 del 21 de mayo de 1997 y 11.144 del 15 de julio de 1997, expedidas con el propósito de dar liquidación al contrato 3699 de 1995, no podía imponer al contratista obligaciones, ni, en general, consecuencias gravosas, contra su voluntad, resultado que solo era jurídicamente permitido en el contexto de la relación subordinante del derecho administrativo.

CONTRATO DE OBRA RELACIONADO CON PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO – Aplicación / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Naturaleza del acto. No entraña un acto administrativo / PRETENSIONES RESARCITORIAS – Análisis / PAGO DE LO NO DEBIDO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

La Sala considera, entonces, que el debate originado en todos y cada uno de los reproches formulados al “*corte de cuentas*” presentado por la ETB al contratista, los que tuvieron causa aducida en la falsedad de los motivos expuestos por la contratante, en el incumplimiento contractual de parte de la ETB, en el desconocimiento de la ocurrencia de alteraciones sobrevinientes en la conmutatividad del contrato (imprevisión), debe ser reconducido hacia el régimen jurídico de derecho privado que gobernaba la relación contractual, y que ello es posible, pues tales glosas recaen sobre hechos ocurridos durante la ejecución del contrato, que aunque compendiados en ese documento descriptivo, tienen causa anterior a ese acto formal, acto que en tales condiciones, no entrañaría un acto administrativo. Por ende, las pretensiones de nulidad contra las Resoluciones 11.037 y 11.144 de 1997 no están llamadas a prosperar, debido a que las declaraciones que estas contienen no constituyen un acto administrativo, y a que éstas se produjeron conforme a lo estipulado en el contrato 3699 de 1995. Esto no es óbice para que la Sala analice las pretensiones resarcitorias formuladas en la demanda, sobre cuyas resultas en primera instancia haya formulado glosas el recurrente, y lo hará con fundamento en los artículos 2313, 2303 y 1494 del Código Civil, en los que se establece el pago de lo no debido como fuente de obligaciones; y en las disposiciones sustantivas en las que se impone la modificación de una obligación ante la ocurrencia de un supuesto fáctico determinado, como sucede con la teoría de la imprevisión, preceptuada en el artículo 868 del Código de Comercio.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL / IRRESISTIBILIDAD E IMPREVISIBILIDAD DE LA FUERZA MAYOR / INCUMPLIMIENTO DE

CONTRATO – Indemnización / RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / PAGO DE LOS TRABAJOS DE EMERGENCIA EJECUTADOS POR RAZONES DE FUERZA MAYOR / COMPENSACIÓN

[Q]uedó demostrado que el deterioro que se presentó en la vía de acceso al barrio la Fiscala no fue el resultado de la negligencia del contratista, sino de hechos externos al consorcio e imprevisibles, como se expuso anteriormente (...) [E]l consorcio puso todos los medios que estaban a su alcance, para evitar que se produjeran los efectos dañinos de las socavaciones sobre la tubería de alcantarillado aguas arriba del sitio donde se rompió el tubo del acueducto y, por ende, que los efectos de éstas eran irresistibles. Reunidos así los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, la Sala concluye que, conforme a lo estipulado en literal c-1) de la cláusula 9ª del contrato 3699, la ETB está obligada a reconocer y pagar los gastos en que incurrió el contratista, por la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala (...) [E]l incumplimiento de la obligación de la ETB de reconocer y pagar los gastos en que incurrió la actora con la reparación de la vía (...) le ocasionó a la segunda un menoscabo económico, consistente en la disminución de su patrimonio, el cual tiene un claro carácter antijurídico, ya que –de conformidad con lo anteriormente establecido– fue contrario a la ley del contrato. La Sala ordenará, consecuentemente, que la ETB indemnicé a la parte demandante el daño emergente ocasionado con su incumplimiento (...) [E]sta Colegiatura encuentra que el costo de los daños en redes de la ETB, descontados por dicha empresa, se produjo tras verificarse que los daños ocurrieron en la ruta de ejecución del contrato 3701 –a lo que, por demás, no se opone el actor– y, de acuerdo con el historial de pares fuera de servicio en la central afectada, que se vio incrementado exponencialmente con la ejecución del contrato 3701, estos no pueden atribuirse a eventos de caso fortuito y fuerza mayor. Por lo tanto, en el asunto bajo examen, su pago era exigible y la compensación operaba de pleno derecho. La Sala observa, por otro lado, que en la Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997 se descontó al consorcio contratista \$35'940.000,00, por concepto de “[v]alor lucro cesante de los 35 daños ocasionados”, sin que se especificara la forma en que dicha suma fue cuantificada. Aparte, en el contrato 3701 de 1995 no se estipuló de forma expresa que la ETB estuviera facultada para descontar al contratista sumas a título de lucro cesante, ni se estableció un procedimiento para ello (...) En consecuencia, al descontar las anteriores sumas por concepto de lucro cesante, la ETB incurrió en un incumplimiento de la cláusula 5ª del contrato 3701 de 1995, con sujeción al cual dicha empresa estaba obligada al pago de las obras ejecutadas, sin que tuviera la facultad de realizar tales descuentos. De esta forma, la ETB vulneró los términos del mencionado negocio jurídico y, con ello, el principio *pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 1602 del Código Civil. Al acreditarse así que, al descontar el lucro cesante en la liquidación del contrato 3701 la ETB incurrió en un incumplimiento contractual, la Sala procederá a ordenar, conforme a las pretensiones del libelo introductorio, que se indemnice el detrimento patrimonial ocasionado a la actora.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL / MORA EN EL PAGO DEL ANTICIPO Y DE OTRAS CUENTAS / INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO – No acreditado

[N]o se presentó un incumplimiento por parte de la ETB en el pago oportuno del contrato 3699. Además, en el expediente no consta la fecha en que fueron radicadas ante la ETB las cuentas de cobro, acompañadas de las actas parciales de obras, que era el momento a partir del cual se contabilizaba el término

contractual para su pago. Y tampoco acreditó que, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 7ª del contrato 3699, el consorcio hubiera presentado cuenta de cobro por los intereses de mora adeudados, dentro del plazo máximo de los treinta (30) días siguientes a la fecha en la que la ETB canceló monto que se encontraba en mora. Por ende, en este asunto no es procedente el pago de intereses de mora por el pago inoportuno de cuentas de cobro (...) Como se indicó en el anterior apartado, en el sub lite no se probó la fecha en que fue presentada la cuenta de cobro número 079-95, correspondiente al anticipo del contrato 3699, ni el día en esta fue radicada en la ETB. En consecuencia, no es posible determinar si el pago correspondiente a al anticipo fue oportuno o no.

ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Causales / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRINCIPIO IURA NOVI CURIA – Aplicación / PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Principios

[L]a Sala dará a la teoría de la imprevisión un alcance que se ajuste a las condiciones que se imponen bajo los requerimientos del servicio público, cuyos principios, en materia de servicios públicos domiciliarios, se encuentran definidos en los artículos 1º a 13º de la Ley 142 de 1994. Así pues, en los contratos suscritos con por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, el contratista al que le resulte excesivamente gravosa la ejecución contractual podrá solicitar el reajuste de las condiciones económicas del contrato, pese a que su ejecución haya concluido, siempre que haya dejado constancia de su inconformidad, conforme al principio de la buena fe.

ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS / INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO

[E]l contrato 3699 de 1995 se pactó bajo la modalidad de precios unitarios, según la cláusula 1ª y el Anexo I del contrato, y el numeral 2º del capítulo III del pliego de condiciones. De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, se recurre a esta modalidad de pago, cuando es imposible determinar con exactitud del valor de la obra y, para la ejecución del objeto contractual, pudiera ser necesario adelantar actividades que no estén previstas en el contrato, las cuales son remuneradas, con base en unos precios determinados previamente. En este orden de ideas, las condiciones jurídicas generales bajo las cuales fue suscrito el contrato 3699 de 1995 hacían también previsible que se añadieran mayores cantidades de obra, se hiciera necesario el suministro de materiales no previstos o se ejecutaran obras adicionales. Conforme a lo anterior, la Sala encuentra que la necesidad de ordenar mayores cantidades de obra, ejecutar obras adicionales o incluir materiales que no hubieran sido previstos inicialmente no puede considerarse, en el *sub lite*, hechos imprevistos ni atribuibles a la entidad contratante que den lugar al reajuste del equilibrio contractual (...) En este asunto, el contrato 3699 de 1995 tenía un carácter bilateral y sinalagmático, ya que las obligaciones del consorcio contratista, de ejecutar las obras especificadas, tenían su correlato en la obligación de la ETB de pagar el precio pactado, a medida que fueran avanzando las obras. Se acreditó además que, en el *sub lite*, se presentó un incumplimiento recíproco que dio lugar a una mayor permanencia en obra. Las obligaciones que ocasionaron dicha mayor permanencia tienen un carácter simultáneo, ya que el contratista estaba obligado a disponer del personal suficiente, aportar los materiales requeridos, atender a los requerimientos para que se efectuaran las pruebas contractualmente definidas y tomar las medidas necesarias para que las obras no se vieran afectadas por factores climáticos, con

independencia del suministro específico de uno de los tipos de cable requeridos para la ejecución de las obras. En consecuencia, la Sala concluye que en el asunto de autos no procede ordenar el reajuste de economía contractual por una mayor permanencia, ya que el desequilibrio fue ocasionado por el incumplimiento de obligaciones simultáneas de la ETB y el consorcio contratista (...) [L]a Sala concluye que los atrasos en la ejecución de las obras del contrato 3701 ocasionados por la tardanza en la consecución de la licencia de excavación no son imputables a la ETB, sino al consorcio contratista (...) [L]a ETB no suministró todo el cable solicitado por el consorcio contratista, pero esto no influyó en los retrasos que se presentaron en la ejecución del contrato 3701, ya que la contratista contaba con el cable requerido para estado de avance del proyecto. Este no es así un acto que hubiera ocasionado una mayor permanencia y, consecuentemente, no da lugar al reajuste del balance del contrato.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DE LA CONTRATACIÓN / PRINCIPIO DE BUENA FE

Conforme a lo ha manifestado por esta Corporación, en virtud del principio de planeación de la contratación “[...] *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*”. Si bien es cierto que –como lo reconoce la jurisprudencia de esta Colegiatura y de la Corte Suprema– el contratista tiene las cargas correlativas de diligencia, rigor, seriedad, previsión y sagacidad en la estructuración de las ofertas que presenta ante las entidades estatales, estas no pueden llevarlo hasta punto de sustituir a la entidad contratante en la elaboración de estudios previos, en una franca actitud de desconfianza en la seriedad e integridad de la labor de la Administración, la cual resultaría impropia de una relación contractual regida por el principio de buena fe, y acarrearía además una duplicidad de labores, contraria al principio de economía, que –según lo manifestado por esta Colegiatura– impone la maximización de los beneficios colectivos, con una correlativa aminoración de los recursos utilizados, así como la realización de estudios previos, por parte de la entidad contratante, que permitan la consecución efectiva de los fines del contrato, teniendo en cuenta la regulación jurídica aplicable

ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Acreditación / MAYORES CANTIDADES DE OBRA

[P]ese a definirse inicialmente el espesor de andenes de concertó en diez (10) centímetros, este debió incrementarse a 15 y 20 centímetros, tal y como como se encontraba, por exigencias de la comunidad (...) La Sala aprecia así que lo afirmado por el impugnante no se acreditó en el proceso, ya que, en primer lugar, a éste no se le requirió el aumento del espesor de pavimentos asfálticos, sino de andenes de concreto; y dicho requerimiento no trajo causa en las condiciones de las licencias de excavación, sino en los requerimientos de la comunidad. La Subsección estima pertinente recordar, además, que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha establecido que, para acreditar la alteración del equilibrio económico del contrato, se requiere una prueba “*altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados*”. Sin embargo, en el asunto de autos, no se acreditaron los egresos adicionales en que incurrió el consorcio

contratista, por la ejecución de obras de pavimentación con un mayor espesor al contratado, ni, menos aún, la forma en la que dicha circunstancia influyó de forma sensible en el balance económico del contrato 3699 de 1995 en su conjunto (...) [L]a Sala encuentra que –como lo manifestó en el examen de los cargos relativos al contrato 3699– la mayor permanencia ocasionada por la adición de mayores cantidades de obra en la ejecución del contrato 3701 no puede considerarse una circunstancia imprevista, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 3.8.1, 3.1.10 y 3.1.11 del pliego de condiciones, así como en las cláusulas 13ª y 14ª del contrato 3701.

ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / REAJUSTE DE PRECIOS / INCREMENTO DE LA TARIFA DEL IVA

Las fórmulas aplicadas en las dos actas de reajuste –establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato– se basaron en los índices de costos reportados por Camacol, como lo manifestaron representantes del contratista, la ETB y la interventoría, tomando como mes de referencia el de la licitación pública (julio de 1995) y el de la fecha de suministro del material o de ejecución del ítem, según el caso. En este orden de ideas, como lo manifestó esta Corporación en un asunto relativo uno de los contratos adjudicados en la misma licitación que dio lugar a los contratos 3699 y 3701, en el que intervinieron las mismas partes del *sub judice*: “Si bien la ETB no refirió en su respuesta lo atinente a las actas de reajuste de precios, no es menos cierto que el Consorcio alegó un desfase en los costos que ya había sido abordado y tratado de mutuo acuerdo por ambas partes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120)

Actor: R. Y L. LTDA.- JORGE ARIEL VELOSA PEÑARETE

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Tema 1. Controversia contractual en contrato celebrado por prestadora de servicios públicos domiciliarios

Subtema 1. Régimen de derecho privado de los contratos y actos de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Subtema 2: Incumplimiento contractual.

Subtema 3. Teoría de la imprevisión.

Subtema 4. Compensación.

Tema 2. Principio *pro actione*.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009), pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B – que negó las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados en este expediente.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La empresa demandada liquidó unilateralmente dos (2) contratos de obra suscritos con las demandantes consorciadas, los cuales consideran que, con ello, se produjo una alteración del equilibrio económico del contrato, debido a que no se reconocieron los sobrecostos por: la ejecución de obras adicionales, el incremento del IVA en dos (2) puntos porcentuales, una mayor permanencia en obra imputable a la contratante, así como el pago inoportuno de cuentas y del anticipo. Aparte, afirma que se realizaron descuentos con violación del procedimiento contractual.

II. ANTECEDENTES

2.1. Las demandas.

El señor Jorge Ariel Velosa Peñarete y la sociedad RYL LTDA, quienes integraron el consorcio contratista Jorge Ariel Velosa Peñarete y RYL LTDA (en adelante, el “consorcio” o el “contratista” o “JAVP y RYL”), en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales, presentaron sendas demandas en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá (en adelante “ETB” o “la empresa”), con las pretensiones de que se declarara la nulidad de las resoluciones¹ mediante las cuales fueron liquidados unilateralmente los **contratos de obra 3699 de 1995²⁻³ y 3701 de 1995⁴⁻⁵**. Como consecuencia de las declaraciones de nulidad deprecadas, la empresas consorciadas solicitaron además que se ordene: (i) el restablecimiento del equilibrio financiero de los citados contratos; así como (ii) el reconocimiento y pago de las obras ejecutadas, (iii) de los sobrecostos en la construcción de pavimentos asfálticos, (iv) los intereses moratorios por el no pago oportuno de las obras y (v) del anticipo; y, por

¹ La Resolución de la ETB número 11037 de 21 de mayo de 1997, confirmada por la Resolución 11144 del 15 de julio de 1997, liquidó unilateralmente el contrato de obra 3699 de 1995. La Resolución de la ETB. número 11133 de 4 de julio de 1997, confirmada por la Resolución 11284 del 18 de septiembre de 1997, liquidó unilateralmente el contrato No. 3701 de 1996.

² Cuyo objeto consistió en la “[...] construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en las ampliaciones generales de las centrales telefónicas de Yomasa grupo 1, con suministro de algunos materiales, incluyendo las canalizaciones obstruidas, copadas o faltantes, ciñéndose en todo a los planos, normas y especificaciones técnicas de las obras y demás documentación entregada por la EMPRESA y de acuerdo con los precios unitarios contenidos en el anexo No. 1 – resumen de precios”.

³ En la demanda que dio lugar al proceso radicado bajo el número 1999-1988, presentada el 12 de julio de 1999. Folio 50 del cuaderno 1.

⁴ En la demanda que dio origen al proceso radicado con el número 1999-2344, interpuesta el 14 de septiembre de 1999. Folio 80 del cuaderno 1 (rad. 1999 – 2344).

⁵ Cuyo objeto consistió en la “construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en las ampliaciones generales de la Central Telefónica de San Fernando Grupo 2, con suministro de algunos materiales, incluyendo las canalizaciones obstruidas, copadas o faltantes, ciñéndose en un todo a los planos, normas y especificaciones técnicas de las obras y demás documentación entregada por la EMPRESA y de acuerdo con los precios unitarios contenidos en el anexo No. 1 – resumen de precios”.

último, (vi) solicitaron el reconocimiento económico a que haya lugar por los cambios que experimentó la tarifa del IVA del 14% al 16%, durante la ejecución contractual.

La parte demandante manifestó, como **fundamentos de hecho** de las pretensiones, que:

- El plazo de ejecución de la obra objeto del **contrato 3699 de 1995** fue pactado en 160 días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, que se firmó el 13 de diciembre de 1995. Su monto ascendía a mil doscientos sesenta y siete millones doce mil setecientos ochenta y nueve pesos (\$1.267'012.789).
- En la cláusula vigésima del **contrato 3699** se había acordado que los daños o pérdidas por caso fortuito o fuerza mayor serían reparados por el contratista, por orden del interventor, a costa de la Empresa.
- El 7 de febrero de 1996, la interventoría del **contrato 3699 de 1995** ordenó al consorcio reparar la vía de acceso al barrio “La Fiscala”, por considerar que su personal había roto un tubo.
- En el acta número 12 del **contrato 3699 de 1995** y en varias comunicaciones se manifestó que el daño había sido ocasionado por una fuga de vieja data que se encontraba aguas arriba del sitio en el que, supuestamente, se había roto el tubo y, no obstante, las obras, con un costo de cuarenta y seis millones seiscientos diecisiete mil noventa y nueve pesos (\$46'617.099), habían sido ejecutadas por el Consorcio.
- El pliego de condiciones que dio lugar a la celebración del **contrato 3699 de 1995** estableció que el precio se pagaría en cortes mensuales por las obras ejecutadas, debidamente aceptadas por la interventoría a través de actas de recibo parcial, las cuales serían canceladas 30 días después de la radicación de la cuenta de cobro.
- Con la Resolución 11.144 de 1997, la ETB informó que el pago se realiza sobre la presentación de la cuenta y no sobre el período en el cual se ejecutó la obra, y que para compensar esta circunstancia se pagaron reajustes. Aparte, el Decreto-Ley 2150 de 1995 estableció en su artículo 19 que la cuenta de cobro para el pago de sumas adeudadas en virtud del contrato no era obligatoria. De acuerdo con ello, se presentó los siguientes días de mora, por los cuales el Consorcio solicita que se reconozcan intereses:

Número del acta	Días de mora
1	25
2	33
3	97
4	121
5	95

- En el numeral 3.5.1 del apartado 3º del pliego de condiciones que dio lugar al **contrato 3699 de 1995 estableció** que el anticipo se pagaría dentro de los 20 días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato. Por ende, el contratista esperaba recibir el anticipo del 50% de las obras antes del 10 de octubre de 1995.
- El 6 de diciembre de 1995, la ETB entregó el anticipo al contratista, lo que –según este– le ocasionó sobrecostos por concepto de personal contratado y equipos disponibles, desequilibrando así la ecuación financiera del **contrato 3699 de 1995**.
- En la Resolución 11.144 del 21 de mayo de 1997, la ETB manifestó al contratista que no era viable el reconocimiento de los sobrecostos por

una mayor permanencia en obra en la ejecución del **contrato 3699 de 1995**, ya que la prórroga había sido aceptada por el consorcio.

- En el acta número 19 del **contrato 3699 de 1995** consta –según las demandantes– que la prórroga de dicho contrato había sido ocasionada por el desabastecimiento de cable a cargo de la ETB y en la comunicación de 15 de mayo de 1996, la empresa había aceptado responsabilidad en la prórroga.
- En el pliego de condiciones que concluyó con las suscripción del **contrato 3699 de 1995**, y forma parte de este último conforme a su cláusula segunda, se especificó que la reconstrucción de los pavimentos asfálticos debía tener un espesor de diez centímetros (10 cm).
- En la cláusula tercera, parágrafo segundo, del **contrato 3699 de 1995** se estableció que el valor del contrato sería el resultante de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio unitario pactado, más el valor de los trabajos adicionales.
- Cuando, en la ejecución del **contrato 3699 de 1995**, se reconstruían los pavimentos de los planos número 19, 26, 27, 29 y 31, la interventoría ordenó la construcción de pavimentos asfálticos superiores a los 10 cm, para dar cumplimiento a las especificaciones de la Secretaría de Obras Públicas establecidas en la Licencia de Excavación, lo que llevó a que se empleara más material, equipos y mano de obra.
- Se produjo un desequilibrio de la ecuación económica del **contrato 3699 de 1995**, como consecuencia del incremento del IVA del 14% al 16%.
- El **contrato de obra 3701 de 1995** tenía un monto de mil doscientos setenta y cuatro millones doscientos diecinueve mil novecientos treinta y cuatro pesos (\$ 1.274.219.934) y un plazo de ejecución de 150 días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, que se produjo el 13 de diciembre de 1995.
- Por otra parte, la actora afirma que en el **contrato 3701 de 1995** se acordó que: **(i)** el 95% del precio del contrato se pagaría en cortes mensuales calculados con base en la medición y cómputo de la obra ejecutada, debidamente comprobada y aprobada por el interventor; **(ii)** lo anterior se habría constatado en las actas de recibo parcial, documento que, acompañado de la cuenta de cobro respectiva, daría lugar a los pagos al contratista dentro de los 30 días siguientes a su recepción, con el reajuste causado por aplicación de la fórmula convenida⁶; **(iii)** la ETB reconocería unos intereses de mora equivalentes a la tasa DTF vigente a la fecha programada para el respectivo pago, sobre las sumas no canceladas oportunamente al contratista por causas no imputables a él; **(iv)** el contratista debería responder por los daños que sufrieran los cables telefónicos, en el evento de que estos ocurrieran por “*causas imputables*” al contratista⁷; **(v)** el contratista debería corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer como consecuencia de instalaciones o materiales defectuosos o por mano de obra deficiente, obligándose a corregirlos por su cuenta, a satisfacción de la empresa, dentro de los 10 días siguientes al recibo de la comunicación en tal sentido; y **(v)** que a empresa estaba obligada a suministrar oportunamente los materiales a su cargo.
- Durante la ejecución del **contrato 3701**, las partes contratantes, con la participación de la interventoría, suscribieron las actas de liquidación de las obras número 001, 002, 003, 004, 005, 006, todas las cuales

⁶ Cláusula quinta y numerales 3.11.1.1., 3.11.2 y 3.11.3 del pliego.

⁷ Cláusula novena, literal k.

sumaban la cantidad de \$1.327.342.660,86. De ese valor –dijo la parte actora– el contratista había amortizado \$ 37.109.967 del anticipo y se le había descontado el 5% como retención en garantía, la cual ascendía a la suma de \$66'367.133,06, la cual le sería devuelta a los 30 días del recibo final, de acuerdo con el contrato.

- Se dejó de suscribir el acta de liquidación número 007, por un valor de \$71.414.942, ya que las obras no fueron convalidadas por el interventor, lo que ocurrió por la terminación del contrato de interventoría, mas no porque las obras no hubiesen sido construidas y verificadas. En todo caso, dijo, esa acta fue suscrita por el coordinador de la ETB, en señal de verificación y aprobación.
- No obstante haberse construido las obras, vigilado, medido y cuantificado su construcción, levantado las actas y suscrito de común acuerdo, al menos 6 de las 7 actas que se levantaron para que formaran parte del contrato, la empresa, por conducto del mismo funcionario que las había refrendado, decidió unilateralmente modificarlas, en un proceso privado que concluyó con bastante posterioridad a la ejecución de las obras y liquidación del contrato. Sin embargo, en la liquidación unilateral se desconoció indebidamente esa realidad, para señalar que el valor de las obras era de tan sólo \$1.265.927.020,50, esto es, menos de lo que constaba en las primeras 6 actas de liquidación de obra. En razón a ello –asevera– el contratista terminó sufriendo una disminución de lo que debía recibir por un valor total de \$199.197.718.
- El 20 de diciembre de 1995 fue sancionada la Ley 223 de 1995, que en su artículo 14 modificó la tarifa del impuesto sobre las ventas –IVA–, aumentándola del 14% al 16%. De esta forma, los valores de los materiales que eran objeto de suministro por parte del consorcio contratista sufrieron un incremento del 2%.
- El 17 de abril de 1996, el consorcio solicitó una prórroga de sesenta (60) días en el plazo de ejecución del **contrato 3701 de 1995** por las siguientes causas que, en su parecer, eran imputables a la ETB: **(i)** la demora para la iniciación del contrato; **(ii)** la tardanza en la expedición de la licencia de excavación, la cual se produjo 35 días después de iniciado el contrato; **(iii)** la necesidad de aclarar inconvenientes encontrados en la ejecución del proyecto; **(iv)** un incremento representativo de las cantidades de obra, como resultado del replanteamiento del proyecto; **(v)** el cumplimiento de una actividad adicional de limpieza y reorganización de cámaras existentes, que presentaban un alto grado de congestión; **(vi)** el incumplimiento de la Empresa de su obligación de suministro de cables telefónicos; y **(vii)** la frecuencia de las canalizaciones obstruidas, taponadas y dislocadas, afectando los rendimientos esperados.
- El 13 de junio de 1996, con oficio CORINT 210-96, la Interventoría del **contrato 3701 de 1995** reclamó al contratista por la suspensión del servicio telefónico de los usuarios por lo sucedido en los Distritos 1199 y 1165. En respuesta a este requerimiento, el 18 de junio siguiente, el contratista hizo ver a la interventoría que en esos distritos no se había intervenido la red existente, y que el tendido de cable y empalme de redes nuevas se había ejecutado hacía más de 35 días, por lo que mal habrían podido causar un daño que suspendiera el servicio telefónico.
- El 14 de junio de 1996, el Subgerente de Operaciones I de la ETB expidió la Resolución 10.409, con la cual declaró el incumplimiento de la obligación del consorcio en la ejecución del **contrato 3701 de 1995**, consistente en responder por los daños que ocurrieran por causas que le fueran imputables. En consecuencia, la ETB ordenó hacer efectiva la

cláusula penal pecuniaria por la suma de ciento veinticuatro millones setecientos veintiún mil novecientos noventa y tres pesos con cuarenta centavos (\$124'721.993,40), liquidando además una indemnización de perjuicios por lucro cesante que ascendía a setenta y ocho millones seiscientos cuarenta y ocho mil ochocientos ochenta y cuatro pesos (\$78.648.884).

- El 16 de julio de 1996, el consorcio contratista presentó recurso de reposición contra el anterior acto administrativo. Como resultado, la ETB expidió la Resolución 10.596 del 16 de septiembre de 1996, por la que revocó la Resolución 10.409 de 14 de junio de 1996.
- El 23 de agosto de 1996, el Director de la División Oriente de la ETB, remitió al consorcio contratista una relación de 14 daños, con indicación del valor total que estos habían tenido, el cual tenía un monto de ochenta y siete millones ciento nueve mil ochocientos noventa pesos (\$87'109.890). El 14 de septiembre de 1996, el consorcio expuso la situación que se venía presentando y dio respuesta a algunas otras comunicaciones recibidas.
- Mediante la Resolución 10.661 del 25 de octubre de 1996, notificada por edicto el 12 de noviembre del mismo año, la ETB declaró la **caducidad del contrato 3701 de 1995**.
- A través de la Resolución 11.133 del 4 de julio de 1997, la ETB **liquidó unilateralmente el contrato 3701 de 1995**. Recurrida, como fue, la Resolución 11.133 antedicha, la ETB desató el recuso a través de la Resolución 11.284 del 18 de septiembre de 1997, confirmándola en todas sus partes.
- El 4 de febrero de 1998, la ETB modificó el artículo 1º de la Resolución 11.284, para aceptar que el Consorcio contratista había reintegrado setenta y siete millones cuatrocientos ochenta y siete mil ochocientos dieciocho pesos (\$77.487.818) en cables, los cuales no habían sido contabilizados al elaborar la liquidación unilateral del contrato, reconocimiento que, por consecuencia, disminuyó el valor del saldo a cargo del contratista.

2.2. Trámite procesal relevante

2.2.1. Admisión y contestación de la demanda en el expediente radicado al número 1999 -1988, referente al contrato 3699 de 1995.

Por medio de auto del 12 de agosto de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda⁸ con la que se dio apertura al expediente radicado al número 1999 -1988.

La ETB contestó⁹ esta demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó algunos y aceptó otros. Como fundamento de su oposición, la entidad demandada argumentó, entre otras consideraciones, que:

- Las resoluciones con las que cuales fue liquidado el **contrato 3699 de 1995** fueron debidamente motivadas.
- El anticipo debía entregarse dentro de los 30 días siguientes a la radicación de la respectiva cuenta. Dado que el contratista presentó la cuenta el 22 de noviembre de 1995 y el anticipo le fue pagado el 6 de

⁸ Folios 53 y 54 del cuaderno 1 (rad. 1999 – 2344).

⁹ Folios 61 a 89 del cuaderno 1. (rad. 1999-1988).

diciembre de 1995, este fue cancelado oportunamente y, a partir de este momento, comenzaron a contarse los 160 días de plazo para la ejecución del el **contrato 3699 de 1995**.

- A criterio suyo, está demostrado que el personal a cargo del contratista causó la ruptura del tubo del acueducto en la vía de acceso al barrio “La Fiscala”, en el mes de febrero de 1996, razón por la cual el interventor le exigió a aquel la reparación del daño, según lo previsto en las cláusulas décima primera y vigésima del **contrato 3699 de 1995**.
- No es cierto que todas las actas de liquidación parcial de obra por reajustes no le hubiesen sido pagadas a tiempo al contratista; y, si se hubiera presentado mora, el contratista omitió, en todo caso, el cobro de los intereses correspondientes dentro de los 30 días siguientes, purgándose así la mora, con sujeción a lo previsto en la cláusula 7ª del **contrato 3699 de 1995**.
- El aumento del 2% en la tarifa del IVA no era una circunstancia imprevisible, porque era un hecho sabido que el proyecto de ley que incrementaba el impuesto se encontraba en trámite desde mediados de 1995. Además, el anticipo le fue entregado antes de la entrada en vigor de la ley 223 de 1995 y de los otros 2 contratos, razón por la cual el contratista, como conocedor de negocios, debió prever o formalizar los pedidos de todos los materiales, antes de que se aprobara el incremento del impuesto.
- Antes de dar inicio a la reconstrucción de pavimentos asfálticos con un espesor mayor al contratado, el contratista debió adelantar el procedimiento previsto en la cláusula 14ª del **contrato 3699 de 1995**, la cual establecía que si se necesitaba efectuar cambios de material no presupuestado, aquél debería haber presentado un análisis de precios para estudio y aprobación conjunta con la interventoría, y levantar un acta suscrita por el interventor y el contratista.
- En el **contrato 3699 de 1995** se previeron los reajustes de precios para todos los materiales con aplicación de las fórmulas aplicables que proporcionaba Camacol anualmente, y en ellas se tenían en cuenta todos los factores que incidían en los distintos bienes, entre los que se encontraba el aumento del IVA.

2.2.2. Admisión y contestación de demanda en el expediente radicado al número 1999-2344

Por medio del auto de 4 de octubre de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, dando apertura al expediente con radicado número 1999-2344.

La ETB contestó la demanda¹⁰, oponiéndose a la totalidad de sus pretensiones con apoyo en las siguientes razones:

- Que, si bien es cierto que plazo de ejecución pactado en el **contrato 3701** era de 150 días calendario, la empresa no incurrió en mora en el pago del anticipo, toda vez que, de acuerdo con la cláusula 6ª del mismo, el anticipo debería cancelarse dentro de los 30 días siguientes a la radicación de la cuenta de cobro para su pago; aquel hecho sólo tuvo ocurrencia el 8 de noviembre de 1995, y su pago se realizó el 7 de diciembre del mismo año, esto es, dentro de los 30 días calendario siguientes a la radicación de la cuenta.

¹⁰ Folios 89 a 120 del cuaderno 2B.

- Que el contratista hizo un uso indebido del anticipo del **contrato 3701**, ya que –conforme a lo manifestado en el oficio de la interventoría CORINT 246 del 11 de julio de 1996– los fondos del anticipo fueron utilizados para la constitución de un CDT a nombre de la firma consorciada R&L LTDA, así como para la adquisición de muebles de oficina, el pago del impuesto de timbre del contrato 3701 y de la prima correspondiente a la garantía de seriedad de la oferta, y el anticipado de honorarios a los socios de R&L LTDA.
- Que el aumento de la tarifa del IVA no era imprevisible para el contratista.
- Que la ETB intentó informar a la interventoría del **contrato 3701** sobre los daños ocasionados con la intervención a la red externa por parte del consorcio, para que realizara una visita inmediata al sitio, efectuara un peritaje, y estableciera la responsabilidad del daño y su cuantificación. Sin embargo, el procedimiento no se pudo cumplir, debido a la gran cantidad de daños que se produjeron y al incumplimiento por parte del interventor, hechos estos que dieron lugar a la declaración de la caducidad del **contrato 3701**, mediante Resolución 10.502 de 1996, obligando a la ETB a intervenir y reparar directamente el inmenso volumen de daños causados por el contratista.
- Que la suspensión del **contrato 3701**, por un lapso de 15 días, se produjo por petición de la Personería Distrital de Bogotá, la cual afirmó que era necesaria para realizar inmediatamente los arreglos requeridos, con el propósito de restablecer el servicio a los usuarios, ante la grave afectación que se había causado en el servicio telefónico a la comunidad.
- Para la ETB está probado que, mediante oficio del 27 de marzo de 1996, el interventor reconoció que 14 de los 17 daños presentados en la ejecución del **contrato 3701** eran responsabilidad del consorcio.
- Que, a pesar de que en esta zona se encontraban empalmadores de la ETB, los daños ocurridos en el sector fueron ocasionados por el consorcio en la ejecución del **contrato 3701**; y que el retraso en el cronograma por la no-entrega de cable no era atribuible a la empresa.
- Que el acta 02 del **contrato 3701**, elaborada el 16 de abril de 1996, no fue suscrita inmediatamente, teniendo en cuenta los cuantiosos daños en la red externa, lo que obligó al interventor a elevar consulta a la oficina jurídica, para saber cómo proceder en ese caso; y no existió además mora en el pago de lo allí reconocido, ya que se canceló el 13 de mayo de 1996, esto es, un mes después de la elaboración del acta.
- Que el acta de descuento que suscribió la interventoría se elaboró con sujeción al procedimiento que se había acordado con el consorcio el día 25 de enero de 1996 y, según la cual, competía a la interventoría, con base en la visita al sitio, la realización del peritaje para determinar la existencia del daño y la causa del mismo, competencia que ejecutó a través del acta del 7 de mayo de 1996.
- Que la ETB concedió la prórroga solicitada por el contratista, tras un riguroso análisis del tiempo que faltaba para ejecutar las obras; y que, si bien es cierto que mediante comunicación del 27 de mayo de 1996, el contratista había manifestado su inconformidad con la prórroga, también lo era que el 24 de mayo del mismo año, el consorcio había manifestado su complacencia por la prórroga concedida, habiendo reparado exclusivamente en la obligación de asumir el 60% de los gastos de interventoría.
- Y que las obras del **contrato 3701** no fueron ejecutadas a satisfacción, por lo que tampoco fueron recibidas, lo que llevó a que la ETB no

suscribiera el acta final de recibo, pues para ese momento ya había declarado la caducidad del contrato.

La ETB, en escrito presentado el 15 de junio de 2000¹¹, solicitó la acumulación de los procesos ordinarios contractuales que R. Y L. Ltda. y Jorge Ariel Velosa Peñarete promovieron en contra de aquella y que correspondían a los expedientes números 1999-1988 y 1999 - 2344. Por lo que, a través del auto de 27 de julio de 2000¹², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, decretó la acumulación de dichos procesos.

Dentro del término del traslado para **alegar de conclusión en primera instancia**, tanto la parte **demandante**, como la **demandada**, presentaron los respectivos alegatos de conclusión, en los que reiteraron los argumentos exteriorizados en los escritos de demanda y contestación¹³.

El **Ministerio Público** guardó silencio.

2.3. La sentencia apelada

Surtido el trámite de rigor, y practicadas las pruebas decretadas el treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **fallo de primera instancia** dentro de los procesos acumulados, en el que decidió:

“PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda 1999-1988
SEGUNDO: Se niegan las pretensiones de la demanda 1999-2344
TERCERO: No se condena en costas en el proceso 1999-1988
CUARTO: No se condena en costas en el proceso 1999-1988”.

En primer lugar, el a quo afirmó que no se demostró que las obras de reparación del acceso al barrio La Fiscala fueran imputables a la ETB, por lo que la pretensión dirigida al restablecimiento del **contrato 3699** por los sobrecostos ocasionados con la ejecución de dichas obras no estaba llamado a prosperar.

En segundo lugar, el Tribunal desestimó los cargos de la demanda por mora en los pagos derivados del **contrato 3699**, teniendo en cuenta que, según el literal a) de la cláusula 5ª, una cuenta de cobro debería acompañar al acta parcial de obra suscrita por la interventoría y el contratista. Agregó que los pagos se cancelarían dentro de los 30 días siguientes a la radicación de todo lo anterior en la tesorería de la empresa y –a juicio del Tribunal– no se demostró que la ETB hubiera excedido tal plazo.

En tercer lugar, el Tribunal abordó el estudio del cargo por “*mora en el pago del anticipo*” del **contrato 3699**. Para el Tribunal, el planteamiento del recurrente tampoco está llamado a prosperar, porque el incumplimiento de esta obligación por parte de ETB no pudo ser verificado, pues, en la cuenta de cobro presentada por el consorcio¹⁴ no se registró la fecha de presentación.

Para el Tribunal es evidente, además, que el **contrato 3699** solamente podía comenzar a ejecutarse una vez perfeccionado y cancelado el anticipo acordado, por lo que era lógico que el acta de inicio de la obra se hubiese suscrito el 13 de

¹¹ Folios 99 a 101 C. 1. Rad. 1999-1988.

¹² Folios 122 a 124, ib.

¹³ Folios 456 a 550, ib.

¹⁴ Folio 88 del cuaderno 2.

diciembre de 1995¹⁵, es decir, siete días después de haberse pagado dicho anticipo. Por tanto, el a quo no encontró justificado que el demandante hubiera incurrido en mayores costos, dado que solamente a partir de esa fecha podía comenzar a ejecutar la obra. Resaltó adicionalmente el Tribunal, que el consorcio suscribió el contrato sin inconformidades.

El juzgador de primera instancia manifestó, por otra parte, que los malos manejos del anticipo del **contrato 3699**, mencionados en las comunicaciones de la interventoría, representan una falta del consorcio a la buena fe, que explica las dificultades económicas que afectaron el buen desarrollo de la obra.

En cuarto lugar, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca analizó los cargos de la demanda, por la “*mayor permanencia de la obra*” en la ejecución del **contrato 3699**. Al respecto, el a quo recordó que no se había demostrado que la tardanza en el inicio del contrato fuera imputable a la ETB. Aparte, puso de presente que, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 9ª, el contratista había estudiado cuidadosamente el terreno, por lo que no resultaba admisible que solicitara una prórroga por problemas de suelos. Señaló además el Tribunal, que las demoras en el proceso de homologación de *minibloques* y cajas de terminales no era imputables a la empresa, ya que así lo indicó la interventoría. El fallador de primera instancia concluyó que la tardanza en la entrega del cable por parte de la ETB no pudo incidir en el cronograma de la obra, puesto que el contratista contaba con una cantidad suficiente de cable, que había sido entregado con anterioridad¹⁶. Adicionalmente, afirmó que podía optimizarse obra, mediante la utilización de otros cables con los cuales sí contaba el consorcio¹⁷.

El Tribunal estudió, en quinto lugar, la ruptura del equilibrio económico del contrato por los “*sobre costos causados con el mayor espesor al contratado, en la construcción de algunos pavimentos asfálticos*”, el cual desestimó, tras advertir que, según la cláusula 9ª del **contrato 3699**, el consorcio expresamente se comprometió a conocer bien el terreno dentro del cual desarrollaría la obra, conocimiento que le habría permitido anticipar el espesor requerido para rellenar las avenidas objeto de previa excavación y, por tanto, no podía reclamar ningún daño por este concepto.

Con respecto al rompimiento del equilibrio financiero del **contrato 3699** generado con el aumento de la tarifa del IVA, del 14% al 16%, el Tribunal manifestó, en sexto lugar, que la ETB no ejerció la función de *autoretenedor* del IVA. Tampoco se allegaron al expediente las declaraciones de impuesto a las ventas pagadas por el consorcio contratista demandante, es decir, que el demandante no demostró que la entidad demandada le descontó el IVA o que tuvo que pagar un IVA del 16%. Aparte, manifestó el a quo que en el evento en el que el contratista hubiese pagado el IVA a una tasa superior al que estaba obligado, de conformidad con el parágrafo 4º¹⁸ del artículo 14 de la ley 223 de 1995, ese era un asunto que debió debatirse en sede administrativa entre el contratista y la DIAN, por ser un asunto ajeno a la relación contractual.

A continuación, **el Tribunal Administrativo entró a analizar los cargos formulados por ruptura del equilibrio financiero del contrato 3701.**

¹⁵ Folio 9 del cuaderno 2.

¹⁶ Folios 702 y 703 del cuaderno 9 (rad. 1999-2344).

¹⁷ Folio 20 del cuaderno 10.

¹⁸ Parágrafo 4º del artículo 14 de la ley 223 de 1995: “En el caso de contratos con entidades públicas, cuyas licitaciones hayan sido adjudicadas con anterioridad a la vigencia de esta ley, se continuará aplicando la tarifa vigente en la fecha de adjudicación de la licitación”.

En séptimo lugar, el Tribunal Administrativo examinó el “*no pago de la totalidad de las obras ejecutadas*” como causal de rompimiento del equilibrio económico del **contrato 3701**. El Tribunal declaró impróspero el cargo, por considerar que, una vez decretada la caducidad del contrato de interventoría, la empresa ETB asumió las actividades de la misma, encontrando serias diferencias entre las labores reportadas por el contratista y el interventor de la ETB, en relación con las obras realmente realizadas. De tal manera que –asevera– le correspondió a la contratante volver a revisar las labores, encontrando diversos inconvenientes que conllevaron la realización de nuevas carteras.

Aparte, el a quo manifestó que dentro del proceso no se demostró qué dineros recibió y dejó de recibir el consorcio contratista, en razón a que los recibos de pago de las actas parciales 01, 03 y 06 del **contrato 3701** no fueron aportadas al expediente por el demandante, ni solicitadas dentro del acápite de pruebas. Advirtió además que no se podía concluir que dichos pagos se hubieran realizado con fundamento en las actas parciales de obra, dado que estas no constituían constancia de pago.

Con respecto a los descuentos unilaterales por indemnización de perjuicios por lucro cesante y los exagerados valores correspondientes a supuestos e improbados daños causados a las redes de la empresa en la ejecución del **contrato 3701**, el Tribunal juzgó, en octavo lugar, que el consorcio no consiguió desvirtuar las acusaciones que, en varios documentos, indicaban que los daños en las redes de la empresa habían sido ocasionados por el contratista. Aparte, puso de presente que en el contrato 3701 y en los pliegos de licitación que le antecedieron, se había estipulado que el contratista debería responder por todos los gastos de reparación de los daños a las redes existentes de la empresa, cuando estos hubiesen sido causados por la negligencia y mal trato del personal que estuviese asignado a la ejecución de los trabajos.

En noveno lugar, el fallador de primera instancia analizó el cargo concerniente al pago tardío del anticipo del **contrato 3701**. Para el Tribunal resultó claro, que el **contrato 3701** solamente podía comenzar a ejecutarse, una vez perfeccionado y cancelado el anticipo acordado, por lo cual era lógico que el acta de inicio de la obra se hubiese suscrito el 6 de diciembre de 1995,¹⁹ es decir, el mismo día de pagado el anticipo. Por tanto, juzga que el demandante no incurrió en mayores costos, dado que solamente a partir de esa fecha podía comenzar a ejecutar la obra.

Finaliza el a quo el estudio de este cargo aseverando, que en el presente caso no se allegó la cuenta de cobro ni la orden de pago del anticipo, y que se convalidó mutuamente la tardanza en la suscripción del contrato y el recibo del anticipo, al firmar el contratista lo anterior sin manifestar su inconformidad.

En lo que respecta a la mora en el pago de las obras, consideró el Tribunal, en décimo lugar, que no se allegó prueba de la mora en el pago, ya que el literal a) de la cláusula 5ª del **contrato 3701**, estableció claramente la obligatoriedad de presentar debidamente suscrita y tramitada el acta parcial de obra, junto con la cuenta de cobro para proceder al correspondiente pago, que se haría dentro de los 30 días siguientes a la radicación de los citados documentos en la tesorería de la ETB. Encontró el Tribunal que no habían transcurrido más de 30 días entre la

¹⁹ Folio 93 del cuaderno 2 A (rad. 1999-2344).

elaboración del acta parcial y su respectivo pago, con fundamento en la documentación aportada al proceso.

En décimo primer lugar, el juzgador de primera instancia desestimó el cargo de la demanda por la ruptura del equilibrio económico del **contrato 3701** debido a la “*mayor permanencia de la obra*”, por causa de desabastecimiento del cable que debía entregar la ETB. Para el a quo, el contratista contaba con la cantidad de cable suficiente, ya que había recibido el 51% del cable que necesitaba, y sus avances en la colocación de redes primarias y secundarias estaba entre el 6% y el 19%²⁰. Además, encontró demostrado, que era posible optimizar la obra mediante la utilización de otros cables de los cuales sí se tenía existencia²¹.

En décimo segundo lugar, el fallador de primera instancia estudió la procedencia y el sujeto a quien le eran imputables las distintas prórrogas a que fue sometido el **contrato 3701**. Manifestó que mediante comunicación del 15 de febrero de 1996²², el consorcio contratista solicitó una prórroga de 15 días para evaluar minuciosa y detalladamente el estado actual y la organización de los cables y empalmes existentes. Para el a quo, esta prórroga no podía imputársele a la ETB, de conformidad a con la cláusula 9ª del **contrato 3701**, que le ordenaba al contratista conocer el terreno y las condiciones del área en la que había de desarrollar el trabajo, labor que debió ser realizada con anterioridad a la suscripción del contrato.

Por otro lado, el **contrato 3701** fue prorrogado en atención a la existencia de daños y la mora en la entrega del cable, situaciones que –según el Tribunal– no le eran imputables a la ETB, como tampoco lo eran el atraso en la aprobación de la licencia de excavación y las mayores cantidades de obra que condujeron a la demora en la terminación de las obras de canalización y el subsiguiente atraso en la iniciación de la construcción de redes primarias, pues la responsabilidad de tramitar y lograr las licencias era del resorte exclusivo del consorcio, por mandato expreso del literal w) de la cláusula 9ª del contrato.

Para redundar en razones, el Tribunal encontró mérito en las pruebas para concluir que las distintas prórrogas se dieron por la mora exclusiva del contratista en la ejecución de las obras, quebrantando las cláusulas de los contratos respecto al tiempo de ejecución.

En último lugar, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó el cargo relativo al desequilibrio del **contrato 3701**, debido al incremento del IVA que se produjo durante su ejecución, por las mismas razones expuestas anteriormente con respecto al **contrato 3699**.

2.4. El recurso contra la sentencia

El 15 de octubre de 2009, la parte demandante interpuso oportunamente **recurso de apelación**²³ contra la anterior decisión, con el fin de provocar su revocación y que en su lugar se profiera sentencia sustitutiva en la que se accediera a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su inconformidad, la actora argumentó que, aunque el Tribunal se pronunció sobre todas las pretensiones, en realidad estudió y analizó únicamente

²⁰ Folios 702 y 703 del cuaderno 9 (rad. 1999-2344).

²¹ Folio 20 del cuaderno 10.

²² Folio 166 del cuaderno 2 A (rad. 1999-2344).

²³ Folios 577 y 594 a 672 del cuaderno de segunda instancia.

los cargos relativos al rompimiento del equilibrio económico del contrato, pretensión segunda de las demandas. De esta forma, dejó de lado el estudio de la pretensión primera, con la cual se buscaba la declaración de nulidad de los actos de liquidación unilateral de los contratos, así como de aquellos a través de los cuales fueron resueltos los recursos de reposición en contra de los primeros.

El recurrente precisó que si bien la nulidad de las resoluciones y el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos pueden estar relacionados en algunos puntos, son dos pretensiones totalmente distintas e independientes y, por lo tanto, debían estudiarse de forma separada, con el fin de dar respuesta a todas las solicitudes hechas por el demandante.

Por las razones anteriores, solicita al Consejo de Estado, estudiar las súplicas de la demanda que no fueron tenidas en cuenta por el juez de primera instancia, para así obtener un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión relativa a la declaración de la nulidad de las resoluciones mencionadas, así como sobre los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentan.

Adicionalmente, la parte recurrente requirió que, con arreglo a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010²⁴, se le diera valor probatorio a los documentos aportados en copia simple y estos fueran tenidos en cuenta.

2.4.1. Consideraciones del recurrente relativas al contrato 3699 (expediente 1999-1988):

El recurrente, luego de referirse a las situaciones que –según la jurisprudencia y la doctrina– dan origen a la falsa motivación del acto, manifiesta que ésta ocurre cuando las circunstancias de hecho o de derecho que fundamentan un determinado acto no existen o no guardan coherencia con la decisión adoptada.

En el caso bajo estudio –dijo la demandante– es claro que las Resoluciones 11.037 del 21 de mayo de 1997 y 11.144 del 15 de julio de 1997 adolecen de nulidad por falsa motivación, debido a que otorgaron un alcance indebido a los artículos 5º numeral 1º y 25º numeral 16 de la ley 80 de 1993, así como al artículo 15 del Decreto 679 de 1994. En la Resolución.11.037 de 1997, se hizo referencia al oficio 041092 del 8 de abril de 1997, en la cual la ETB concluyó que, de acuerdo con los artículos mencionados anteriormente, la reclamación había debido efectuarse dentro del plazo de ejecución del contrato y no después de que hubiera transcurrido dicho periodo.

No obstante –afirma el recurrente– las referidas normas buscan, por un lado, corregir la inactividad de la administración, instituyendo el silencio administrativo positivo cuando, dentro de un término de tres (3) meses, la entidad no se pronuncie sobre las solicitudes del contratista en el período de ejecución (art. 25.16, Ley 80 de 1993, y art. 15 Decreto 649 de 1994); y, por el otro, establecen el derecho del contratista a recibir oportunamente la remuneración pactada y la exigencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando éste se altera (art. 5.1, Ley 80 de 1993). No cabe pues concluir, con base en dichas disposiciones, “*que esta protección sólo se efectúa durante el plazo de ejecución*”

²⁴ LEY 1395 DE 2010, POR LA CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE DESCONGESTIÓN JUDICIAL. “Artículo 11. El inciso 4º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil quedará así: || En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva” (subrayado añadido).

del contrato”, ya que “[e]s la liquidación del contrato, el momento en el cual las partes establecen el corte de cuentas entre ellas, finiquitando así su relación, tal como lo ha dicho la jurisprudencia [...]”, aduce el recurrente.

En similar sentido –arguye la impugnante– incurrió en falsa motivación la Resolución 11.144 del 15 de julio de 1997, en la que, para desconocer la mora en el pago inoportuno de las cuentas y por el cambio en la tarifa del IVA, fueron invocadas erróneamente las disposiciones previamente mencionadas.

Finalmente, agregó que, “[...] *si en gracia de discusión, la interpretación de la ETB, fuera cierta, es necesario tener en cuenta que el contratista hizo manifestaciones expresas a la empresa contratante sobre la difícil situación económica del contrato y solicitó los pagos en diversas ocasiones durante el plazo de ejecución del contrato* [...]”.

A continuación, el recurrente atacó el acto administrativo de liquidación unilateral, por “*infracción de las normas en que debía fundarse*”. Al efecto, citó algunos pronunciamientos de la doctrina, en los que se afirma que la infracción de las normas en las que se funda un acto administrativo, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, es considerada una causal de nulidad. En este orden de ideas, argumenta que el acto de liquidación unilateral debió fundarse en disposiciones legales, constitucionales y contractuales, dentro de las que se incluye el pliego de condiciones, so pena de nulidad por incurrir en “*un error de derecho por falta de aplicación de la Ley*”.

En el acto de liquidación del contrato –aduce– no fueron tenidas en cuenta “*las sumas adeudadas al contratista por el pago tardío de sus prestaciones, los perjuicios e intereses por mora ni los ajustes por el rompimiento de la ecuación contractual*”. Por ello, entiende que los actos de liquidación unilateral “[...] *vulneraron las normas en las que debían fundarse, por falta de aplicación de los artículos 83, 90, 95 y 209 Constitución Nacional; artículo 2 Código Contencioso Administrativo; artículos 4º, 5º, 24, 25 numeral 4º, 13, 14, 26 numeral 1º, 27, 28, 50 y 60 de la Ley 80 de 1993; artículo 1º Decreto 679 de 1994; artículo 19 del Decreto Ley 2150 de 1995, como quedó evidenciado en los hechos probados en el expediente*”; especialmente en lo relacionado con el principio de buena fe, los principios de celeridad y economía de la actuación administrativa, y el derecho de los contratistas al pago oportuno de cuentas, así como al mantenimiento del equilibrio económico de contrato.

En tercer lugar, el apelante argumentó que el oficio 041092 del 8 de abril de 1997, con el que se dio respuesta a la reclamación del contratista para el restablecimiento del equilibrio financiero, al basarse en el artículo 5.1 y 25.16 de la Ley 80 de 1993, además de incurrir en una falsa motivación, vulneró los principios de la buena fe y celeridad de la administración, en virtud del cual deben suprimirse los trámites innecesarios. Esto es así, ya que –afirma– la ETB reconoció que debía una suma a favor del consorcio, pero a su vez se excusó aduciendo que únicamente podía exigirse durante la ejecución del contrato, pese a que el contratista se encontraba en término para reclamarlo, al cual se aplican las normas de prescripción de las acciones contractuales.

En los apartados subsiguientes, la parte actora acometió el análisis de la “*existencia de supuestos fácticos y jurídicos para ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato*”, refiriéndose a aspectos teóricos de la “*ruptura del equilibrio de la ecuación económica del contrato*” y al “*contratista como*

colaborador del Estado". Tras ello, procedió a estudiar las causas que –en su parecer– dieron origen al rompimiento del equilibrio económico del contrato 3699.

En relación con las circunstancias que rodearon la ejecución de las obras de reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala –sostuvo– en primer lugar, que a lo largo del proceso sí se pudo demostrar que los daños se produjeron por hechos no imputables al contratista, constitutivos de fuerza mayor y el caso fortuito. Esto, en su parecer, se desprende del acta número 12 del 14 de marzo de 1996; la comunicación del Jefe de la División de Operaciones Sur del 26 de marzo de 1996, dirigida a la ETB; el acta especial del 2 de abril de 1996; el acta de liquidación de arreglos en la vía de acceso al barrio "LA FISCALA"; y el anexo 1 a la demanda, denominado "VALORACIÓN DE ARREGLOS VÍA DE ACCESO BARRIO LA FISCALA". Teniendo en cuenta que la cláusula vigésima del contrato establecía que la ETB debería reponer o reparar a su costa la obra, cuando el daño se debiera a un caso fortuito o fuerza mayor, el consorcio concluye que "[...] si el contratista recibió la orden del interventor de la E.T.B. de reparar el daño y lo reparó a su costa a satisfacción del Interventor, habiendo quedado demostrado y aceptado por la E.T.B. que el daño no había sido causado por el contratista sino por una filtración de aguas, entonces la E.T.B. debe asumir el costo de las reparaciones realizadas".

Con respecto al "incumplimiento en el pago oportuno de las cuentas", el consorcio puntualiza, en primer lugar, que existen dos obligaciones dinerarias sometidas a plazo, cuyo incumplimiento genera intereses moratorios, a saber: el pago por actas parciales de obra ejecutada durante el mes y el de los reajustes de precios que fueran necesarios. Por otra parte, manifiesta que, según los apartados 3.11.2 y 3.11.3 del pliego de condiciones, "[...] el pago se debió hacer con base en cortes mensuales de la cantidad de obra ejecutada y no sobre la presentación de la cuenta". Además, el artículo 19 del Decreto-Ley 2150 de 1995 estableció que "no era obligatoria la cuenta de cobro para el pago de las sumas adeudadas en virtud del contrato, con el contrato era suficiente".

De acuerdo con lo anterior, la apelante afirma que la ETB incurrió en mora en el pago de: los reajustes de los 4 primeros meses de obra; la mayor cantidad de obra correspondiente al cuarto mes; y la segunda acta de reajuste parcial de precios de las actas número 1, 2, 3, 4 y 5. Conforme a lo estipulado en la cláusula séptima del contrato 3699, en caso de que se presenten pagos inoportunos no imputables al contratista, debe pagarse intereses moratorios "equivalentes a la tasa D.T.F., vigente en la fecha programada para dicho pago sobre el saldo de la mora", señala la actora²⁵.

Adicionalmente, arguye la contratista que la empresa incurrió en mora en el pago del anticipo, que debió cancelarse "dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato". Pese a que se reconoció el reajuste de precios, considera que en éste no se tuvo en cuenta "el rendimiento dejado de producir por el dinero que el contratista dejó de invertir", ni los gastos en que incurrió el contratista debido al cambio de fechas y las demoras subsiguientes. Esto –afirma– dio lugar a un desequilibrio que debió ser restablecido oportunamente.

En lo que respecta a la "mayor permanencia en la obra", aseguró que "debido a causas no imputables al Contratista, el término del contrato debió ser prorrogado, con el fin de cumplir con la adecuada prestación del servicio a la comunidad e

²⁵ Ver tabla existente a folios 624 y 625 del cuaderno de 2ª instancia.

impedir la suspensión del mismo, debido a la negligencia de la ETB". El Tribunal, sin embargo, concluyó que no había lugar al restablecimiento del equilibrio económico por este concepto, puesto que la prórroga concedida no era imputable a la ETB, lo que la actora considera desacertado y opuesto a lo demostrado en el proceso.

Para la recurrente, la prórroga del contrato fue solicitada, debido a: **(i)** la tardanza de la ETB en el trámite de legalización del contrato 3699; **(ii)** que el material encontrado en las excavaciones no era reutilizable, lo que implicó una variación del tipo de obra; **(iii)** los trámites dispendiosos para la autorización de suministros; **(iv)** el desabastecimiento de cable telefónico, que fue reconocido expresamente por la empresa en la comunicación de 17 de mayo de 1996, el memorando de 15 de mayo del mismo año y el acta número 22; **(v)** la inclusión de nuevos proyectos de ampliación para abastecer a la comunidad y ampliar la cobertura del servicio. Esto llevó a que la ejecución del contrato finalizara ocho (8) meses después de lo previsto, lo que –sostiene– ocasionó unos costos adicionales de administración e imprevistos, así como la disminución de las utilidades esperadas y la imposibilidad de recibir oportunamente la remuneración. Por ello, estima que debe restablecerse el equilibrio contractual.

En el epígrafe denominado *"sobrecostos causados con el mayor espesor al contratado, en la construcción de algunos pavimentos asfálticos"*, el apelante argumentó que el desequilibrio no se produjo como consecuencia de una presunta negligencia del contratista en el estudio de las condiciones del terreno en donde se iba a desarrollar la obra, como lo afirmó el a quo. La causa del desequilibrio se encuentra –para el consorcio– en un cambio en las especificaciones técnicas del contrato, como es el espesor del cemento, que según lo pactado debía ser de 10 centímetros. Este cambio –señala– se salió de las condiciones que razonablemente pudo prever el contratista, toda vez que las especificaciones técnicas eran claras en cuanto al espesor del cemento.

Por último, el recurrente se refirió al *"[r]ompimiento del equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de la tarifa del IVA del 14% al 16%"*. Alegó que *"es un hecho notorio que no requiere pruebas, el aumento de la tarifa del 14% al 16% del IVA"*. No obstante, aduce, el Tribunal decidió no reconocer dicho restablecimiento, afirmando que el demandante no aportó las pruebas que demostraran que la demandada le descontó el IVA. La anterior afirmación no guarda relación con el acervo probatorio del proceso, pues en el anexo 7 de la demanda, se encuentran contenidos los mayores costos en que incurrió el contratista por el aumento en el IVA de los suministros. El restablecimiento, concluyó, se refiere a los mayores costos en que debió incurrir el contratista para poder cumplir a cabalidad con sus obligaciones contractuales y no al aumento del valor del IVA que se cobró sobre el contrato estatal como tal.

2.4.2. Consideraciones del recurrente relativas al contrato 3701 de 2005 (expediente 1999-2344)

Inicialmente, el consorcio reiteró los argumentos relativos a la nulidad de las resoluciones con las que la ETB terminó unilateralmente el contrato 3701, las cuales recaen también sobre las Resoluciones 11.113 del 4 de julio de 1997 y 11.284 del 18 de septiembre de 1997, debido a que –en su parecer– el Tribunal omitió el análisis de esta cuestión.

A continuación, la impugnante manifestó que las Resoluciones 11.113 y 11.284 de 1997, estaban viciadas por *"falsa motivación"*, debido a que las prórrogas del plazo

del contrato no fueron consentidas por el contratista. Con ello –sostiene– la ETB vulneró la normatividad civil, así como la Ley 80 de 1993. Si bien esta última permite la modificación unilateral de los contratos por parte de las entidades estatales, dicha decisión debió ser tomada *“para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él”*, mediante la expedición de un acto administrativo motivado. En el caso bajo estudio, protestó, no se dio ninguno de los dos supuestos bajo los cuales podría modificarse un contrato estatal, a saber: la voluntad de las partes o la expedición de un acto administrativo debidamente motivado. Bajo este entendido, el contrato 3701, contrario a lo señalado en la resolución mediante la cual se ordenó su liquidación unilateral, nunca fue prorrogado. Como consecuencia de lo anterior, la entidad no tenía competencia para, a través de una simple comunicación, entender que prorrogaba el contrato.

También se dolió el recurrente de que existió *“falsa motivación por no haberse aplicado el procedimiento contractual para efectos de establecer la responsabilidad de los daños incluidos en las actas de obra Nos. 006 y 007”*. Señaló que los daños descontados en la Resolución 11.133 de 1997, por un valor de trescientos treinta y un millones cuatrocientos cincuenta y seis mil novecientos ochenta y cuatro pesos (\$331'456.984), no estaban debidamente sustentados, ni se había comprobado debidamente la imputabilidad al contratista. En la Resolución 11.284 de 1997, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, la ETB afirmó que sí había dado cumplimiento al procedimiento, dando aviso inmediato de los daños al consorcio y a la interventoría. No obstante esta afirmación, el recurrente dice haber probado con los documentos aportados al expediente, que la información sobre los daños no se suministró de manera inmediata, ni se obtuvo el concepto de la interventoría, necesario para imputar los daños al contratista. Puso de presente, por otra parte, que cuando se daba aviso oportuno al contratista, se podían evaluar los daños ocasionados y determinar su responsabilidad, como se muestra en el acta de 31 de enero de 1996. Seguidamente, el apelante hizo una relación de los supuestos daños causados por el contratista en las distintas actas que se suscribieron para tal efecto, y terminó diciendo que no todos los daños atribuidos al contratista fueron causados por él y que se omitió el procedimiento previsto en el contrato.

Emprendió, tras ello, el análisis del punto referente a la *“falsa motivación por indebida aplicación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y de las cláusulas segunda, literal g y numeral 3) quinta y trigésima quinta del contrato 3701”*. Sobre este punto, puso de presente que la Resolución 11.133 de 1997 señaló que el plazo del contrato se había vencido el 25 de febrero de 1997, omitiendo así que, según la cláusula 8ª, este tenía un plazo de 150 días que había acaecido el 18 de mayo de 1996. Con fundamento en ello, la ETB liquidó los perjuicios por lucro cesante y *“levantó, con posterioridad a la fecha de terminación del contrato, carteras inconsultas para liquidar las obras llevadas a cabo por el contratista, sin tener en cuenta las actas aprobadas por la interventoría, las cuales fueron anexadas con la demanda”*. De esta forma –aduce– el acto de liquidación unilateral desconoció actuaciones previas del contratista y la interventoría, en la cuales se había seguido los procedimientos contractuales, lo que considera *“ilegal, desde todo punto de vista”*. Además, encontró reprochable que la ETB hubiera descontado el valor de la cláusula penal pecuniaria, *“abrogándose las facultades de juez contractual”*.

Consideró el recurrente que en el *sub examine* se incurrió en *“falsa motivación por aplicación indebida de los artículos 5º numeral 1º, 25º numeral 16 de la ley 80 de 1993 y al artículo 15 del decreto 679 de 1994”*, en atención a que la ETB afirmó en

la Resolución No. 11.284, haciendo referencia al oficio 031098 del 8 de abril de 1997, que los contratistas sólo podían solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, durante el plazo de ejecución contractual, lo cual, a juicio suyo no es cierto, pues las reclamaciones por rompimiento del equilibrio económico del contrato, podían efectuarse hasta su liquidación, como lo había argumentado anteriormente.

Más adelante, acometió un análisis referente a la *“infracción de las normas en que debía fundarse”*. Teniendo en cuenta que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, afirma el consorcio que la ETB debió seguir el procedimiento contractual previsto para el arreglo de daños²⁶. La empresa, sin embargo, procedió a la detección y cobro unilateral de daños, mediante las resoluciones controvertidas que *“infringen normas en las que deberían fundarse y en razón a ello deben ser declaradas nulas”*.

La parte apelante adujo, por otro lado, que en este caso se presentó una *“vulneración de los principios de la función administrativa y de la actuación contractual”*. La Resolución 11.284 citó los artículos 5.1 y 25.16 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, para negar la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico, aduciendo que las reclamaciones deberían haberse realizado durante el período de ejecución del contrato. De esta forma –sostiene el consorcio– la ETB incurrió en falsa motivación y transgredió el principio de buena fe, conforme a lo argumentado anteriormente. Adicionalmente, asevera que *“existen diversas comunicaciones que evidencian el requerimiento para el pago por parte del contratista”*.

Consideró asimismo vulnerado el principio de economía de las actuaciones administrativas, que conlleva una carga de seriedad de la administración en el periodo de formación del contrato, debido a la demora en la suscripción del contrato 3701.

En los apartes siguientes el apelante recabó nuevamente en el análisis del *“equilibrio de la ecuación económica del contrato”*, así como de las implicaciones de la condición del *“contratista como colaborador del Estado”*. A partir de ese marco, terminó estudiando las causas que dieron origen al rompimiento del equilibrio económico del contrato, comenzando por el *“no pago de la totalidad de las obras ejecutadas”*. Al respecto, manifestó que:

“Sumadas todas las actas, descontado el anticipo, se tiene que el Contratista ejecutó obras por valor de \$ 1.398.757.604, de los cuales estaban pendientes el valor del Acta No. 007 y el valor de la retención en garantía, es decir, la suma de \$ 137.782.075,06. No obstante lo anterior, en la Resolución 11133 de 1997 sólo se reconoció como ejecutada la suma de \$ 1.265.927.020; valor inferior a lo que realmente se había ejecutado”.

No procede afirmar, como lo hizo el a quo, que no hay lugar al restablecimiento del equilibrio del contrato, debido a que, tras la declaratoria de caducidad del contrato de interventoría, la ETB tuvo que asumir labores de la misma, encontrando diferencias entre las labores reportadas y las realmente realizadas, ya que esto –según el consorcio– contraviene las cláusulas 5ª y 12ª del contrato 3701, y los apartados 3.11.1.1, 3.11.2 y 3.11.3 del pliego de condiciones.

²⁶ “Se acuerda adoptar el proceso propuesto por la interventoría por medio del cual tan pronto la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá detecte la existencia de un daño, informe a la Interventoría para programar una visita inmediata al sitio y realizar el correspondiente peritaje. La interventoría y el contratista informan acerca de su disponibilidad de 24 horas para este tipo de eventos”.

Considera además la apelante que no es de recibo el argumento del Tribunal según el cual no quedó probado el detrimento patrimonial por el no pago de unas determinadas sumas de dinero, pues esta pretensión se encuentra basada en una negación indefinida que no requiere prueba. *“Siendo así la ETB tenía la carga de probar que dichas sumas sí fueron pagadas”*.

En lo que atañe a los *“descuentos unilaterales de la indemnización de perjuicios por lucro cesante y los exagerados valores correspondientes a supuestos e improbados daños causados a las redes de la Empresa”*, manifestó la parte recurrente que, con arreglo a lo establecido en el contrato 3701 y la cláusula 41^a de la minuta del pliego de condiciones, el contratista debía responder única y exclusivamente por aquellos daños que causara por su *“negligencia y mal trato de su personal”* y que, en tales casos, los daños debían ser objeto de un peritaje previo realizado por la empresa, la interventoría y el contratista, una vez la primera detectara el daño y les diera aviso. Sin embargo –afirma– de acuerdo con las pruebas aportadas en el proceso, la empresa nunca avisó al contratista ni a la interventoría la detección de daños, por lo que no fue posible hacer el peritaje acordado y levantar las actas pertinentes. Aparte estima que, teniendo en cuenta las afirmaciones de la ETB en los actos administrativos que hoy se demandan, la empresa simplemente *“deduce”* unilateralmente que estos daños fueron causados por el contratista por haberse presentado en su ruta de trabajo, sin determinar la causa del daño, es decir, la *“culpa”* como elemento subjetivo fundamental de la responsabilidad y, en este sentido, la supuesta *“negligencia o mal trato”* de su personal. En este orden de ideas, la recurrente asevera que no le correspondía al contratista probar que la ETB era la responsable del daño, ya que únicamente debía el costo por los daños derivado de su negligencia. Cualquier otro daño, así no fuera imputable a la ETB, debía ser asumido por ésta.

Por las anteriores consideraciones, la parte demandante encontró mérito en la solicitud de ordenar a la ETB devolver las sumas descontadas en la liquidación por concepto daños y lucro cesante, las cuales ascienden al monto de trescientos treinta y un millones cuatrocientos cincuenta y seis mil novecientos ochenta y cuatro pesos (\$331.456.984).

Protestó asimismo el apelante, la resolución del Tribunal en relación con el *“pago tardío del anticipo, de las obras y sus reajustes”*. Argumentó que sí hubo retardo por parte de la ETB en la cancelación de las obras construidas, con sus respectivos reajustes y del anticipo, por lo que hay lugar al cobro de intereses moratorios sobre los valores de cada una de las cuentas. En línea con lo argumentado con respecto a la terminación unilateral del contrato 3699, manifestó que *“el pago se debió hacer con base en cortes mensuales de la cantidad de obra ejecutada y no sobre la presentación de la cuenta”*. Teniendo asimismo en cuenta que la cláusula 7^a del contrato 3701 estableció unos intereses de mora equivalentes a la tasa DTF vigente a la fecha programada para el pago del saldo en mora, la actora calculó que suma de la mora en que incurrió la empresa ascendió a noventa y cuatro millones trescientos ochenta y un mil dieciocho pesos con cuatro centavos (\$94'381.018,04), los cuales corresponden a los seis (6) cortes mensuales de obra ejecutados entre el 6 de diciembre de 1995 y el 3 de mayo de 1996. En relación con el anticipo –señala– el monto de los intereses moratorios asciende a veinticinco millones setecientos noventa y dos mil setenta y un pesos con treinta y ocho centavos (\$25'792.071,38).

También insistió en la procedencia de la solicitud de condena al pago por la *“mayor permanencia en la obra”*, manifestando que *“debido a causas no imputables al Contratista, el término del contrato debió ser prorrogado, con el fin*

de cumplir con la adecuada prestación del servicio a la comunidad e impedir la suspensión del mismo". El consorcio puso de presente que, en sendas comunicaciones remitidas a la ETB, entre febrero y abril de 1996, informó a la empresa sobre los problemas de desabastecimiento de cable, que ponían en riesgo el equilibrio del contrato. Aparte, alega que la interventoría reconoció, en carta de 22 de marzo de 1996, que la demora en la entrega de cable por parte de la ETB trajo consigo un atraso "en las actividades de empalmería en la red secundaria", y que "la demora en la aprobación de la licencia de excavación y las mayores cantidades de obra conllevaron una demora en la terminación de las obras de canalización y por ende atraso para la iniciación de la construcción de redes primarias". Adicionalmente –dice– en los oficios de 14 de junio y 27 de agosto de 1996, la ETB aceptó que las demoras fueron imputables a ella, por lo que asumió la totalidad de costos generados por la interventoría. Debido a ello, considera que la ejecución del contrato finalizó ocho (8) meses después del plazo inicialmente previsto, generando unos sobrecostos cuya responsabilidad debe asumir la empresa contratante, los cuales fueron evaluados en doscientos setenta y cuatro millones ciento cincuenta y un mil setecientos cincuenta y un pesos con treinta y dos centavos (\$274'151.751,32).

Por último, el recurrente se refirió al "cambio de la tarifa del IVA del 14% al 16%", la cual –afirma– le ocasionó unos sobrecostos que se calculan en doce millones quinientos sesenta y ocho mil ciento cuarenta y dos pesos con treinta y tres centavos (\$12'568.142,33), los cuales deben ser reconocidos por la ETB, conforme a lo argumentado en el apartado relativo al equilibrio financiero del contrato 3699.

2.5. Trámite en segunda instancia

Admitido el recurso²⁷, el **consorcio demandante** presentó **alegatos de conclusión**, en los que reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso²⁸.

La **empresa demandada** presentó **alegatos**²⁹ en los que, *ab initio*, argumentó que era preciso solicitar la nulidad de los actos administrativos por los cuales se adoptó la liquidación unilateral y se decidió el recurso de reposición contra la misma. No hacerlo, implicaba que las presunciones de legalidad y veracidad que ostenta el acto administrativo de liquidación unilateral quedaran sin ser desvirtuadas, y, con ello, la realidad que esa liquidación refleja, por lo que no sería admisible ninguna prestación que la contraríe.

En la demanda que promovieron la sociedad RyL LTDA y Jorge Ariel Velosa Peñarete contra ETB, se deprecó la nulidad de las Resoluciones números 11037 y 11144 de 21 de mayo y 15 de julio de 1997, respectivamente, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. No obstante –aduce la empresa– el fundamento de esa nulidad se planteó como si se tratara de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto se afirma, porque la supuesta violación en que se fundó la nulidad se hizo consistir en que los mencionados actos administrativos adolecían de falsa motivación.

De otra parte, aduce la ETB, la demandada considera que el apoderado de los demandantes, al sustentar su recurso de apelación pretende que la súplica relativa

²⁷ Auto de 24 de noviembre de 2010. Folio 677 del cuaderno 2 de segunda instancia.

²⁸ Folio 681 a 771 del cuaderno 2 de segunda instancia.

²⁹ Folios 772 a 817 del cuaderno 2 de segunda instancia.

al restablecimiento económico del contrato, sea autónoma y principal. Sin embargo, esto no es así, porque, si así lo fuera, podría salir avante la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, aunque se desestimara la pretensión de nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, y esto –considera– no es posible, como quiera que ese acto administrativo de liquidación unilateral, que tiene efecto ejecutivo y ejecutorio, está amparado por las presunciones de veracidad y legalidad, las cuales no se desvirtúan mientras el acto no se declare nulo. Por lo tanto, no se podría pretender nada en contra de lo que ese acto de liquidación unilateral establece mientras éste no sea declarado nulo.

Por lo demás, la empresa demandada reiteró lo argumentado en las actuaciones previas.

El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito

3.1.1. Competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA) modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 –vigente para la fecha de la presentación de las demandas acumuladas en este proceso³⁰–, disponía que esta jurisdicción “[...] *está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado*”.

En el *sub lite*, interviene como parte demandada la ETB, que para la fecha de suscripción de los contratos objeto del litigio (13 de octubre de 1995), se encontraba constituida como establecimiento público³¹ y, en el momento en el que fueron presentadas las demandas (1999), había adoptado la forma de empresa de servicios públicos del orden distrital con la totalidad de aportes oficiales³². Interviene así en este asunto una entidad pública, como lo es la ETB.

Como lo ha señalado esta Corporación, el precitado artículo 82 del CCA establecía un criterio funcional o material de atribución competencial, el cual fue sustituido –mediante la Ley 1107 de 2006– por un criterio orgánico, en el que lo determinante pasó a ser la pertenencia de una de las partes procesales a la estructura del Estado, y no es ya la naturaleza de la función que se juzga³³.

³⁰ 12 de julio de 1999 y 14 de septiembre de 1999.

³¹ Acuerdo Distrital número 72 de 1967.

³² Acuerdo 21 de diciembre 6 de 1997, expedido por el Concejo Distrital. “Artículo 1º.- La Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá constituida mediante el Acuerdo 72 de 1967 como establecimiento público descentralizado y modificada en su razón social por medio del Acuerdo 01 de 1992, se transforma en Empresa de Servicios Públicos del Orden Distrital con la totalidad de aportes oficiales, bajo la forma jurídica de Sociedad por Acciones, la que se denominará EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ, D.C. E.S.P - S.A. pudiendo identificarse para todos los efectos con la sigla ETB. Artículo 2º.- Régimen. La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ D.C. E.S.P. - S.A. “ETB.” se someterá al régimen establecido en la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes”.

³³ «[...] con la entrada en vigencia de la ley 1.107, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CCA., la cual dispuso que esta jurisdicción conocerá de las controversias originadas en litigios de las “entidades públicas”. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las “entidades públicas”, sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el “criterio material o funcional”, como factor de distribución de competencias, al “criterio orgánico”, donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 1º de abril de 2009, exp. 34846.

En esta oportunidad, se sometió al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo un conflicto surgido en la ejecución de dos (2) contratos suscritos entre la ETB y el consorcio actor, que tenían por objeto la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en las ampliaciones generales de las centrales telefónicas de Yomasa (Grupo 1) y San Fernando (Grupo 2)³⁴. El objeto de estos contratos iba así dirigido a conseguir la prestación del servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada³⁵. Según el artículo 365 constitucional, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, correspondiéndole a éste asegurar su prestación eficiente³⁶. **Al versar así los contratos objeto de la litis sobre una función propia del Estado, desarrollada por una entidad pública, esta jurisdicción es competente para conocer de este asunto.**

Por otro lado, **esta Subsección del Consejo de Estado es competente** para conocer del presente asunto³⁷ iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en razón a la cuantía del asunto³⁸⁻³⁹.

3.1.2. Vigencia de la acción

La **acción de controversias contractuales se encontraba vigente** al momento de la presentación de la demanda, se interpuso dentro del término señalado en el artículo 136 numeral 10 literal d) del CCA, esto es, en los contratos que requieran liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.

«Como lo ha reiterado una y otra vez esta Corporación la sustitución de un criterio funcional por uno orgánico de la cláusula general de asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, tuvo lugar con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, por la cual se modifica el artículo 82 del código contencioso administrativo, a su vez modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, lo cual comportó un cambio radical en la asignación de competencias a esta jurisdicción. De la lectura del precepto transcrito [artículo 1º de la ley 1107], se tiene que en adelante la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al “juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 14 de enero de 2010, exp. 35278.

³⁴ Folios 75 a 87, del cuaderno de pruebas número 2 (expediente 1999-1988); y folios 80 a 92 del cuaderno 2A.

³⁵ LEY 142 DE 1994. Artículo 14.26. “Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptúase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen”.

³⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 365. “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

³⁷ Artículo 129, CCA. “Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

³⁸ Artículo 132, CCA. “Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales” (subrayado fuera del texto).

³⁹ La mayor pretensión al momento de la presentación de las demandas ascendía a \$675'651.530,94 (f. 15, C. 9), suma superior a los 500 SMMLV exigidos por el artículo 132.5 del CCA para que este proceso tuviera vocación de segunda instancia, que en el año 2000 equivalían a \$130'050.000.

En el sub judice, el consorcio demandante solicitó, de una parte, que se declarara la nulidad de la Resolución 11.037 del 21 de mayo de 1997, por medio de la cual la Empresa de Teléfonos de Santafé de Bogotá liquidó unilateralmente el contrato 3699 de 1995 y la Resolución 11.144 del 15 de julio de 1997, por medio de la cual se confirmó la decisión anterior (expediente 1999-1988); y, de otra parte, pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones 11.133 del 4 de julio de 1997 y 11.284 del 18 de septiembre de 1997, con las cuales se liquidó unilateralmente el contrato 3701 de 1996 y se resolvió el recurso de reposición confirmando la anterior, respectivamente (expediente 1999-02344). Como estamos en presencia 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 asunto.

En lo que compete a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 11.133 del 4 de julio de 1997 y 11.284 del 18 de septiembre de 1997, encuentra la Sala que la acción también se interpuso dentro del término legal establecido para el efecto, toda vez que los actos administrativos adquirieron firmeza a partir del 9 de febrero de 1998⁴⁰ y la demanda se presentó el 14 de septiembre de 1999⁴¹, esto es, antes del vencimiento del plazo relacionado en la disposición en cita.

3.1.3. Legitimación en la causa

El señor Jorge Ariel Velosa Peñarete y la sociedad R. y L. Ltda.⁴² se encuentran **legitimados en la causa por activa**, debido a que conformaban el Consorcio Jorge Ariel Velosa Peñarete y R.Y.L. Ltda., el cual participó en la licitación pública número 004 de 1995 y resultó favorecida con la adjudicación de los contratos que 3699 y 3701 de 1995, que dieron lugar a esta controversia, por lo que les asiste un interés directo para solicitar la nulidad de los actos administrativos con los que se ordenó su liquidación unilateral.

La Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá –ETB–, se encuentra **legitimada en la causa por pasiva**, al ser la entidad que expidió las resoluciones demandadas y ser parte en los contratos número 3699 y 3701 de 1995.

3.2. Sobre la prueba de los hechos dentro del proceso radicado con el No. 1999-1988

3.2.1. Documentales.

La Sala advierte, en primer lugar, que las pruebas documentales que aquí se estudiaran y valoraran son aquellas que fueron aportadas y allegadas dentro de las oportunidades procesales correspondientes, tal como lo establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil (CPC), el cual dispone que “[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Aquellos documentos que se hubiesen aportado en copia simple, y que hubieran sido firmados o elaborados por las partes, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, conforme al artículo 11 de la Ley 1395

⁴⁰ Ver: folio 146 del cuaderno 2 A de pruebas del expediente 1999-2344, es visible en copia simple la constancia de notificación personal de la resolución que modificó el artículo 1º de la Resolución No. 11284.

⁴¹ Reverso folio 80 del cuaderno 1 del expediente 1999-2344.

⁴² Inscrita en la Cámara de comercio de Bogotá bajo el número 108551, con matrícula número 162170 y NIT número 0860-504.371-1. Folios 1, 3 y 4 del cuaderno 1, expediente acumulado 1999-1988

de 2010 y la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴³.

De todo ese conjunto probatorio se tiene que:

3.2.1.1. El 13 de octubre de 1995, la ETB y el Consorcio conformado por Jorge Ariel Velosa Peñarete y la sociedad R. Y L. Limitada suscribieron el contrato de obra pública 3699⁴⁴, del cual se aportó copia auténtica, con el siguiente objeto:

“[...] la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en las ampliaciones generales de la central telefónica de Yomasa, Grupo 1, con el suministro de algunos materiales, incluyendo las canalizaciones obstruidas, copadas o faltantes ciñéndose en un todo a los planos, normas y especificaciones técnicas de las obras y demás documentación entregada por la Empresa y de acuerdo con los precios unitarios contenidos en el Anexo No. 1”.

Dentro de los documentos del contrato, en su cláusula 2ª se incluyeron, entre otros: (i) el pliego de condiciones de la licitación pública 004/95, de la cual se aportó copia auténtica al expediente⁴⁵; (ii) la oferta presentada por el contratista, en cuanto hace referencia a los puntos y términos establecidos y aceptados por la empresa; (iii) los programas de trabajo; (iv) el resumen de precios; y (v) las actas suscritas en desarrollo del contrato.

3.2.1.2. Copia auténtica de la cuenta de cobro número 079-95⁴⁶, correspondiente al anticipo del contrato 3699, suscrita por el representante legal del consorcio y dirigida a la ETB, sin que se especifique en dicho documento la fecha en que se suscribió, ni el día en que se radicó en la empresa.

3.2.1.3. Copia auténtica del acta de iniciación del contrato 3699 de 1995⁴⁷, en la que se señala, como fecha de inicio, el 13 de diciembre de 1995, y el 20 de mayo de 1995, como fecha de terminación.

3.2.1.4. Copia auténtica de la orden de pago 10558⁴⁸, expedida el 6 de diciembre de 1995 por el Director División Sur de la ETB, por medio de la cual se canceló al contratista el anticipo del 50% del contrato 3699.

⁴³ “El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. 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.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad” (subrayado añadido). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁴ Folios 75 a 87, del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁴⁵ Cuadernos de pruebas 3A, 4 y 5.

⁴⁶ Folio 88 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁴⁷ Folio 90 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 138 y 139 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁴⁸ Folio 91 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

3.2.1.5. Copia auténtica de la comunicación de la interventoría del contrato 3699, con fecha de 18 de diciembre de 1995, en la que esta indica las razones por las cuales las muestras bloques para cámaras no se ajustan a lo requerido, por lo que solicita al consorcio contratista facilitar la interventoría en fábrica y remitir al laboratorio de la Universidad Nacional *“el ensayo a comprensión sobre cilindro estándar”*⁴⁹.

3.2.1.6. Copia auténtica de la comunicación de la interventoría del contrato 3699, en la que solicita al consorcio contratista que le presente los programas parciales de avance de obra para su aprobación y para la firma del acta de iniciación⁵⁰.

3.2.1.7. Copia auténtica de la comunicación de 6 de febrero de 1996, con la cual la ETB puso en conocimiento de la interventoría del contrato 3699 que de la Ladrillera Santa Fe había presentado reclamaciones por los daños ocasionados a una vía de la urbanización La Fiscala, *“por rotura de un tubo de acueducto”*⁵¹.

3.2.1.8. Copia auténtica de la comunicación LAC-YOM-019/96 fechada el 7 de febrero de 1996, firmada por el Director de Interventoría, Ingeniero Luís Guillermo Suárez Avella, y dirigida al Director de la División de Operación Sur de ETB, Ingeniero Flavio José Reyes Rodríguez, con la referencia: *“CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 3699/95 || AMPLIACIÓN CENTRAL YOMASA || DAÑO VÍA ENTRADA A LA FISCALA”*⁵². En esta, la interventoría dijo que, como consecuencia de la rotura de un tubo del acueducto, se había deteriorado la vía de acceso a la urbanización La Fiscala.

3.2.1.9. Copia auténtica del acta de liquidación parcial 001 del 21 de febrero de 1996, con un valor neto a pagar de \$131'152.483⁵³.

3.2.1.10. Copia auténtica del acta parcial de liquidación de obra ejecutada número 001, firmada por representantes del consorcio, la interventoría y la ETB, con fecha de 21 de febrero de 1996, con un valor neto a pagar de \$131'152.483. La orden de pago No. 01576 de la referida liquidación se expidió el 7 de marzo del mismo año⁵⁴.

3.2.1.11. Copia auténtica del memorando de 19 de marzo de 1996, dirigido a la Sección de Redes e Interventoría de la ETB, en el que la División de Apoyo Operacional de la misma compañía especificó los cables para el contrato 3699 que habían llegado a las bodegas de la empresa⁵⁵.

3.2.1.12. Copia auténtica del acta parcial de obra número 002⁵⁶, rubricada por representantes del consorcio, la interventoría y la ETB, y fechada el 27 de marzo de 1996, por un valor de \$215.049.643,77. La orden de pago No. 02663 de la citada liquidación se emitió el 15 de abril del mismo año.

3.2.1.13. Copia auténtica del acta especial correspondiente al contrato 3699 de 1995, suscrita el 2 de abril de 1996 por delegados de la ETB, la interventoría y el contratista, en la que se consignó, entre otras consideraciones, que:

⁴⁹ Folio 43 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵⁰ Folios 44 y 45 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵¹ Folio 41 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵² Folios 29 y 30 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵³ Folios 136 y 137 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵⁴ Folios 100 y 101 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵⁵ Folio 51 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵⁶ Folios 102 y 103 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

“La Interventoría establece con precisión que la inestabilidad de la vía se presentaba con anterioridad al daño sobre la tubería de conducción. [...] 7. Las reparaciones cumplidas por el contratista valoradas a precios del Contrato 3699 – 95 tuvieron un valor de \$55'150.201. || CONCLUSIONES: 1. La responsabilidad determinada inicialmente sobre el contratista no se puede ratificar por parte de la interventoría, pues se establece con toda claridad que las socavaciones sobre la tubería de alcantarillado aguas arriba del sitio donde se rompió el tubo del acueducto se constituyen en causa real de la inestabilidad de la obra. 2. La Interventoría considera necesario se consulte a la Sociedad Colombia de Ingenieros, como ente consultor del Gobierno Nacional, y así tener un concepto probatorio adicional”⁵⁷.

3.2.1.14. Comunicación fechada el 22 de abril de 1996, dirigida por el representante legal del Consorcio Jorge Ariel Velosa P. – RYL LTDA al Interventor del Contrato ETB 3699 de 1995, en la que presenta unos hechos que “*no han permitido el avance normal de los trabajos*”⁵⁸.

3.2.1.15. En respuesta a la solicitud anterior, aparece la comunicación LAC-YOM-040/96 del 24 de abril de 1996⁵⁹, remitida por el interventor del contrato y el Director de Interventoría al Director de la División Operación Sur de la ETB. En esta, la interventoría le comunicó a la ETB que debería concederse una prórroga de 47 días, por causas no imputables al contratista, para lo cual debería elaborarse un otrosí.

3.2.1.17. Copia auténtica de la comunicación de la interventoría del contrato 3699 dirigida al Director de la División Operación Sur de la ETB, fechada el 29 de abril de 1996⁶⁰. En esta, le informó que “[...] *a pesar de ser contractuales los reajustes; la empresa no [sic] contemplo en el valor inicial los reajustes resultantes por lo que se hace imperiosa la solicitud de un certificado de [sic] Reserva Presupuesta*”.

3.2.1.18. Copia auténtica del acta de obras adicionales y suministros del 8 de mayo de 1996, rubricada por delegados de la interventoría y el contratista⁶¹. En esta, se relacionan algunos materiales, cuyo suministro se omitió en el pliego y la oferta del contratista, así como obras no previstas, que tuvieron que ejecutarse. El valor total de los suministros y las mencionadas obras se calculó que ascendía a \$99'848.414,50.

3.2.1.19. Copia auténtica del acta de mayores cantidades de obra suscrita el 10 de mayo de 1996 por la interventoría y el contratista, de acuerdo con la cual el monto de las mayores cantidades se calculó en \$316'753.197⁶².

3.2.1.20. Copia auténtica del memorando 613168 de 15 de mayo de 1996, remitido por el Director de División Operación Sur de la ETB, en el que recomendó otorgar una prórroga de 47 días para la ejecución del contrato 3699, “*en los términos expuestos por el interventor*”⁶³.

⁵⁷ Folios 104 y 105 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 117 y 118 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵⁸ Folios 108 y 109 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵⁹ Folios 110 a 112 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶⁰ Folios 113 y 114 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988

⁶¹ Folios 117 a 120 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 113 a 116 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶² Folios 123 a 130 del cuaderno de pruebas número 2. Folio 112 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶³ Folio 131 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

3.2.1.21. Copia auténtica de la comunicación de 17 de mayo de 1996, dirigida por el Subgerente de Operaciones I de la ETB al consorcio contratista⁶⁴. En esta, la empresa informó que autorizaba la prórroga del contrato 3699 por 47 días, entre el 21 de mayo y el 6 de julio de 1996.

3.2.1.22. Copia del comunicado LAC-YOM-058/96 de la interventoría del contrato 3699, dirigido al Director de la División de Operación Sur de la ETB, con fecha de 20 de junio de 1996, en la que se especifican unos ítems por mayores cantidades de obra, así como unas obras adicionales⁶⁵.

3.2.1.23. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 002 del 27 de junio de 1996, con un valor neto a pagar de \$215'049.643,77⁶⁶.

3.2.1.24. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 003 del 28 de junio de 1996, por un valor de \$166,019.362.78⁶⁷.

3.2.1.25. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 004 del 28 de junio de 1996, con un valor neto a pagar de \$56'053.614,22⁶⁸.

3.2.1.26. Copia auténtica de la comunicación suscrita por el Director de la División de Operación Sur de la ETB dirigida al Ingeniero Luís Alberto Cely Bernal, interventor del contrato 3699, fechada el 27 de mayo de 1996, en la que, con respecto al acta de liquidación número 03, le comunicó que: *“Con esta acta, la facturación llega al ciento por ciento del valor contractual y la ETB no ha recibido un solo distrito. No me es posible autorizar el pago del valor total contratado sin que la obra se haya concluido y haya sido recibida por la Interventoría y por el Coordinador de la ETB [...]”*⁶⁹.

3.2.1.27. Comunicado LAC-YOM-063/96 del la interventoría del contrato 3699 al consorcio contratista, con fecha de 3 de julio de 1996, en el que le manifestó que el contrato finalizaría el 6 de julio de la misma anualidad, y que las obras no se terminarían debido a la no entrega del cable de 600 pares por parte de la ETB⁷⁰.

3.2.1.28. Copia auténtica de la comunicación del 4 de julio de 1996 a través de la cual el contratista solicitó a la interventoría un plazo de 20 días de prórroga del contrato. El consorcio pide además *“agilizar el trámite de las cuentas pendientes de pago para, de la misma manera, posibilitar la liquidez del contrato”*⁷¹.

3.2.1.29. Copia del comunicado de la ETB del 5 de julio de 1996⁷², en el cual se informó al consorcio contratista que la empresa contratan no le había concedido la prórroga solicitada por 20 días.

3.2.1.30. Copia auténtica del acta de recibo parcial de red número 1, suscrita por funcionarios de la interventoría y del contratista el 10 de julio de 1996, en el que se reporta a la ETB que la interventoría dio por recibido los PRs allí especificados⁷³.

⁶⁴ Folio 132 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988. Folio 46 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶⁵ Folios 133 a 138 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶⁶ Folios 133 a 135 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶⁷ Folio 139 del cuaderno de pruebas número 2. Folio 129 a 133 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶⁸ Folios 125 a 128 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁶⁹ Folios 39 y 40 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷⁰ Folio 140 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷¹ Folio 143 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷² Folio 144 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988. Folio 47 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

3.2.1.31. Copia auténtica de la comunicación de 18 de julio de 1996, remitida por el Director de División de Operación Sur de la ETB al interventor del contrato 3699, con el objeto de ratificarle su intención de imponer multas por incumplimiento del contratista⁷⁴.

3.2.1.32. Comunicación del 22 de julio de 1996 remitida por la interventoría al Director de División Operación Sur de la ETB, en la cual dijo que había recibido a satisfacción el acta de liquidación número 4, y que *“las mayores cantidades de obra de canalización y obras adicionales de canalizaciones y redes fueron recibidas a satisfacción por la interventoría”*⁷⁵.

3.2.1.33. Copia auténtica del oficio LAC-YOM 08396 de 22 de julio de 1996, en el que la interventoría del contrato 3699 informa a la ETB el estado de avance de las obras a la fecha de terminación de la primera prórroga; y especifica los números de los cables y distritos que debieron entregarse, pero se encuentran pendientes por la falta de cable de 600 pares⁷⁶.

3.2.1.34. Comunicación de la interventoría del contrato 3699 fechada el 30 de julio de 1996 con destino al Subgerente de Operaciones I de la ETB, en la que manifestó que consideraba terminada la etapa de construcción de la interventoría y finalizado el último plazo del contrato de obra 3699 de 1995. Presentó además un resumen sobre el desarrollo del contrato y los factores que afectaron el proceso constructivo en la ampliación de canalizaciones y redes de la central telefónica Yomasa⁷⁷.

3.2.1.35 Copia del escrito de en el que el consorcio formula *derecho de petición* al ingeniero interventor del contrato 3699, con fecha de 6 de agosto de 1996. En este, manifiesta que se ha visto afectado por el impago de obras liquidadas y recibidas en el acta de liquidación parcial número 004, por lo que solicita información sobre el estado de dichos pagos, así como sobre las mayores cantidades y obras adicionales⁷⁸.

3.2.1.36. La interventoría dio respuesta a la anterior petición, mediante el oficio LAC-YOM11/96 –del que se allegó copia simple– en el cual señaló que el Director de Operaciones Sur de la ETB había solicitado que excluyera del acta 004 toda mayor cantidad, debido a que el pago de obras adicionales no había sido autorizado⁷⁹.

3.2.1.37. Copia auténtica de la comunicación de 9 de agosto de 1996 dirigida al interventor del contrato 3699, en la que el Director de División Operación Sur de la ETB transcribe apartados de los memorandos 638.632 y 638.395, relativos a la corrección de fallas por parte del contratista luego de vencido el término del contrato 3699 y solicita a la interventoría la presentación de un informe financiero del contrato. Pide además elaborar un acta que contenga únicamente las *“[...] mayores cantidades de obra, las cuales por lo menos en la parte correspondiente a obras civiles están perfectamente establecidas y en la parte de redes se debe tener una idea muy aproximada, en forma tal que esta [sic] Acta nos permita*

⁷³ Folio 145 del cuaderno 2. Folio 111 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷⁴ Folio 58 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷⁵ Folio 148 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷⁶ Folios 59 y 60 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷⁷ Folios 149 a 155 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷⁸ Folio 156 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁷⁹ Folio 157 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

*allanar cuanto antes el camino para el reconocimiento y pago de la mayores cantidades de obra*⁸⁰.

3.2.1.38. Copia auténtica del oficio LAC-YOM-111/96 de 23 de agosto de 1996, a través del cual la interventoría del contrato 3699 le comunica al consorcio contratista lo dicho por la ETB en la anterior comunicación de 9 de agosto de 1996⁸¹.

3.2.1.39. Copia auténtica de la petición dirigida por el consorcio contratista al Subgerente de Operaciones I de la ETB, radicada el 14 de agosto de 1996, en la que solicitó el pago correspondiente al acta de liquidación parcial número 004, por la suma de \$189'835.264, debido a los perjuicios que le estaba ocasionando⁸².

3.2.1.40. Copia auténtica de la comunicación de 20 de agosto de 1996, remitida por el Director de División Operación Sur de la ETB al interventor del contrato 3699⁸³. En esta, le manifiesta su preocupación, porque, transcurridos 15 días luego del vencimiento del plazo contractual, no se había producido reporte significativo de redes probadas y recibidas a satisfacción. Señala, por otra parte, que la verdadera causa de los retrasos en la entrega de las obras no está en los retrasos en los pagos, sino en la *“indeseable y evidente mala calidad de la mano de obra empleada en la labor de empalmería”*.

3.2.1.41. El Subgerente de Operaciones I de la ETB dio respuesta a la petición relacionada en el numeral 3.2.1.39, través del oficio 472.593 del 30 de agosto de 1996 –del cual se presentó copia simple– en el que manifestó que había dado instrucción al Coordinador de Presupuesto correspondiente, *“para el trámite de disponibilidad de reservas que respalden la orden de [sic] el pago de su contrato”*⁸⁴.

3.2.1.42. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 004 *“SIN MAYORES CANTIDADES DE OBRA”*, fechada el 15 de agosto de 1996, con un valor neto a pagar de \$29'912.843,49⁸⁵.

3.2.1.43. Copia auténtica de la orden de pago número 08188 de 13 de septiembre de 1996, correspondiente al acta de liquidación parcial número 004, por un monto de \$29'912.843,49⁸⁶.

3.2.1.44. Copia auténtica del acta de reajuste parcial de precios a las actas de liquidación número 01, 02, 03, y 04, sin mayores cantidades de obra, con un valor neto a pagar de \$81'580.691,02⁸⁷.

3.2.1.45. Copia auténtica de la orden de pago número 08667 de 16 de octubre de 1996, por concepto de acta de reajuste parcial de precios a las actas de liquidación número 01, 02, 03, y 04, sin mayores cantidades de obra, por la suma de \$81'580.691,02⁸⁸.

⁸⁰ Folios 37 y 38 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸¹ Folio 50 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸² Folios 158 y 159 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸³ Folio 35 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸⁴ Folio 166 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸⁵ Folio 160 del cuaderno 2. Folios 106 a 110 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸⁶ Folio 161 del cuaderno 2. Folio 106 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸⁷ Folio 162 del cuaderno 2 Folios 100 a 105 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁸⁸ Folio 163 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

3.2.1.46. Copia auténtica del oficio LAC-YM-088/96 de la interventoría del contrato 3699, fechado el 2 de agosto de 1996, en el que reitera al consorcio contratista que, antes de comunicar la entrega de los “cables primarios”, debe realizar las pruebas eléctricas correspondientes, que aseguren su correcto funcionamiento. Advierte además que están incumpliendo los plazos parciales y total del contrato, así como que “[...] *la no organización de su propio trabajo le conllevará altos costos a su [sic] Compañía y graves prejuicios de orden [sic] Contractual*”⁸⁹.

3.2.1.47. Copia auténtica del oficio LAC-YM-092/96 de la interventoría del contrato 3699, de 9 de agosto de 1996, por medio del cual este le comunica al consorcio contratista que el Director de División de Mantenimiento Sur de la ETB decidió concederle un mes de plazo, contado a partir del vencimiento del contrato, para que “[...] *dentro del mismo corrijan todas las fallas encontradas por la interventoría en el proceso de prueba de redes*”. Añade que este lapso está comprendido dentro del período de liquidación del contrato⁹⁰.

3.2.1.48. Copia auténtica del acta de mayores y menores cantidades de obra, suscrita el 22 de agosto de 1996 por representantes del consorcio contratista y la interventoría, en la que se especifica que, en el desarrollo del contrato 3699, fueron ejecutadas y recibidas a satisfacción unas mayores cantidades de obra cuyo valor total asciende a \$217'278.493,07⁹¹.

3.2.1.49. Copia de la orden de pago 09044 de 17 de septiembre de 1996, de 17 de septiembre de 1996, relativa al acta de liquidación 005 del contrato 3699, por un total de \$355'538.851,34⁹².

3.2.1.50. Copia auténtica de la “PRIMER ACTA DE REAJUSTE PARCIAL DE PRECIOS DE ACTAS DE LIQUIDACIÓN No. 1, No. 02, No. 03 y No. 04” con un valor neto a pagar de \$133'781.650,22. Esta fue firmada el 3 de julio de 1996 por representantes del consorcio contratista, mas no por la ETB⁹³.

3.2.1.51. Copia auténtica de la segunda acta de reajuste parcial de precios a las actas de liquidación número 01, 02, 03, 04 y 05, con un valor neto a pagar de \$97'840.175,28⁹⁴.

3.2.1.52. Copia auténtica de la orden de pago 09405 de 30 de septiembre de 1996, por concepto de la segunda acta de reajuste parcial de precios a las actas de liquidación número 01, 02, 03, 04 y 05, por la suma de \$96'861.773,28⁹⁵.

3.2.1.53. Copia auténtica del acta de determinación del valor correspondiente a las obras complementarias ejecutadas en desarrollo el contrato 3699, suscrita el 1º de octubre de 1996 por delegados del contratista, la ETB y la interventoría⁹⁶. En ésta consta que las obras objeto del contrato y las complementarias fueron recibidas a satisfacción por la interventoría, y que el valor de las obras complementarias, a la fecha, ascendía a \$350'000.000, monto por el cual debe expedirse un certificado de reserva presupuestal.

⁸⁹ Folio 48 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹⁰ Folio 49 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹¹ Folios 164 y 165 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 79 a 83, y 98 y 99 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹² Folio 169 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹³ Folios 119 a 124 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹⁴ Folio 170 del cuaderno 2. Folios 92 a 97 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹⁵ Folio 171 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹⁶ Folios 86 y 87 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

3.2.1.54. Copia auténtica del acta de determinación del valor de reajustes del contrato 3699, firmada el 1º de octubre de 1996 por delegados del contratista, la ETB y la interventoría⁹⁷. En esta consta, entre otros, que los ajustes cancelados se basaron en los índices de la Cámara Colombiana de la Construcción y que el valor total aproximado de los reajustes ascendía a \$190'000.000.

3.2.1.55. Copia auténtica del acta de recibo final de obra del contrato 3699, rubricada el 2 de octubre de 1996 por el contratista y el interventor⁹⁸, con la siguiente salvedad: *“El recibo de las obras a satisfacción por esta interventoría no exonera al contratista de corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer a consecuencia de instalaciones y materiales defectuosos o por mano de obra deficiente”*⁹⁹.

3.2.1.56. Copia auténtica del acta de liquidación del barrio La Fiscala, suscrita el 12 de noviembre de 1996 por un representante del consorcio contratista, en la que aparece un valor total de \$46'617.099,89. Esta no fue firmada por el interventor ni la ETB¹⁰⁰.

3.2.1.57. Copia auténtica del oficio LAC-YOM-146/96 del 18 de noviembre de 1996 relativo a los daños en la vía a La Fiscala, remitido por la interventoría al consorcio contratista. En este, le comunicó que en el desarrollo del contrato se ejecutaron obras contractuales y extracontractuales, siendo estas últimas: *“Todas aquellas obras no definidas en el objeto del Contrato que está en la responsabilidad del Contratista ejecutar, tal como la reparación de la vía a la Fiscala que se originó por rotura de un tubo a presión del acueducto. Dicha rotura fue ocasionada por uno de sus trabajadores”*. El daño en la vía al barrio la Fiscala es considerado un evento de responsabilidad, debido a accidentes en la ejecución del contrato, amparado por la póliza de responsabilidad civil extracontractual y cubierto dentro del rubro de imprevistos. Finalmente, la interventoría expresa, a modo de conclusión, que: *“La vía falló al día siguiente de la rotura del tubo de acueducto ocasionada por personal del Contratista originando un escape de agua a presión que lavó la base de la vía. [...] El Contratista manifestó y se dejó expresamente determinada su responsabilidad según Acta No. 07 de febrero 8 de 1996. Por lo anterior esta Interventoría no avala la cuenta presentada y su reajuste y la devolvemos con el presente oficio”*¹⁰¹.

3.2.1.58. Copia auténtica del acta de cuantificación de *muflas ventiladas tipo colquímicos*, suscrita el 19 de noviembre de 1996 por el interventor el contrato 3699 y un representante del consorcio contratista. En esta, manifiesta que la interventoría y la coordinación verificaron, en su momento, *“que era viable y más conveniente para la Empresa la utilización de esta tecnología y autorizaron su empleo”*. Sin embargo, el contratista no presentó análisis de precios unitarios para las *camisas ventiladas tipo colquímicos*, por lo que *“[...] el precio que está en la oferta corresponde a tecnología con camisas termocontráctiles según el pliego de condiciones”*. Por último, fueron identificadas las mangas ventiladas que se encontraban instaladas¹⁰².

3.2.1.59. Copia auténtica del acta de liquidación de daños del 20 de noviembre de 1996, en la cual se informó que el consorcio Jorge Ariel Velosa & R y L Ltda, no

⁹⁷ Folios 90 y 91 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹⁸ Folios 86 y 87 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁹⁹ Folios 88 y 89 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰⁰ Folios 84 a 85 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰¹ Folios 33 y 34 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰² Folio 77 y 78 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

ocasionó daños sobre las redes existentes y, por lo tanto, se encuentra a paz y salvo por este concepto¹⁰³.

3.2.1.60. Copia auténtica del acta de reintegro de materiales del 20 de noviembre de 1996, por un valor de \$374.737¹⁰⁴.

3.2.1.61. Copia auténtica del acta de devolución de carretes del 20 de noviembre de 1996, por la suma de \$100.000¹⁰⁵.

3.2.1.62. Copia auténtica del acta de devolución de retenciones del 20 de noviembre de 1996, por un monto \$ 80'627.894.30¹⁰⁶

3.2.1.63. Copia auténtica del acta del 20 de noviembre de 1996, en la que consta que, en cumplimiento del contrato 3699, se ejecutaron obras complementarias, por un valor de \$83'166.056. Se relaciona también el valor de cada uno de los suministros y la mano de obra requeridos para su ejecución¹⁰⁷.

3.2.1.64. Copia auténtica del acta del 20 de noviembre de 1996, de acuerdo con la cual, en el desarrollo del contrato 3699, se ejecutó una menor cantidad de obras con un costo de \$233'799.945,30 y una mayor cantidad que ascendió a 494'237.966,14, para un valor total neto de \$ 260.438.020,84¹⁰⁸.

3.2.1.65. Copia auténtica de las actas de alquiler de herramientas y descuento por multas, del 20 de noviembre de 1996, de acuerdo con la cual el contratista se encontraba a paz y salvo¹⁰⁹.

3.2.1.66. Copia auténtica del acta de liquidación contable del 20 de noviembre de 1996, de conformidad con la cual, las obras objeto del contrato 3699 fueron terminadas en su totalidad y recibidas a satisfacción y, habiéndose producido la liquidación contable, las partes procederían a la liquidación del contrato. El contratista manifiesta que solicitaría reconocimiento del desequilibrio económico del contrato por mayor permanencia, obras complementarias, reajustes y las obras ejecutadas para la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala¹¹⁰.

3.2.1.67. Copia auténtica del acta de liquidación final del contrato 3699, suscrita el 20 de noviembre de 1996 por representantes de la ETB y el interventor¹¹¹. En esta se consignaron, entre otros, los siguientes valores:

Valor inicial	\$1.267'012.789
Valor final sin reajustes	\$1.610'616.658,84
Valor reajustes mano de obra y suministros	\$177'138.940,67
Valor final con reajustes	\$1.787'755.806,51
Valores finales pendientes por pagar	\$4'697.682,97

El acta no fue firmada por el representante del consorcio contratista.

3.2.1.68. Copia auténtica de la solicitud de restablecimiento de la ecuación económica del contrato 3699, remitida el 19 febrero de 1997 por el consorcio

¹⁰³ Folio 173 del cuaderno 2. Folio 76 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰⁴ Folio 174 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰⁵ Folio 175 del cuaderno 2. Folio 67 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰⁶ Folio 176 del cuaderno 2. Folio 68 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰⁷ Folios 177 y 178 del cuaderno 2. Folios 69 y 70 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰⁸ Folios 179 a 184 del cuaderno 2. Folio 36 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹⁰⁹ Folios 185 y 186 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹¹⁰ Folios 187 a 190 del cuaderno 2. Folios 72 a 75 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

¹¹¹ Folios 62 a 65 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

contratista al Subgerente de Operaciones I de la ETB, en el cual el primero señaló que:

- No se cumplieron los plazos establecidos en el pliego de condiciones para suscribir el contrato, pagar el anticipo e iniciar las labores, generándose con esa mora perjuicios al contratista.
- Se presentó una mayor permanencia en obra, por hechos imputables a la ETB.
- Se produjo un incumplimiento pago oportuno de cuentas por parte de la ETB.
- El IVA fue incrementado del 14% al 16%, con lo que aumentaron los costos de los materiales y, con ello, los precios ofrecidos.
- Fue necesaria una tecnología diferente en la construcción de camisas aéreas, sin embargo la empresa y la contratista decidieron reducir el precio unitario.
- Atendiendo a lo ordenado por la Secretaría de Obras Públicas y a las licencias de excavación, fueron reconstruidas las vías en asfalto con espesores superiores a los contratados.
- Y que la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala no fue ocasionada por el consorcio, por lo que su reconocimiento y pago es procedente.

De acuerdo a lo anterior, se solicita el pago de \$419'551.397,72 a más tardar en la liquidación del contrato¹¹².

3.2.1.69. Copia auténtica de la comunicación LAC-YOM -159/96 del 7 de marzo de 1997, dirigida por la interventoría al Director de la División Operación Sur de la ETB, debido a la solicitud realizada por este último, en relación con la comunicación de 12 de febrero de 1997, enviada por la empresa contratista. En esta, le informaron que: **(i)** hubo deficiencias en los diseños y suministros inoportunos que la ETB estaba contractualmente obligada a realizar, lo que redundó en mayores tiempos de ejecución y mayores cantidades de obra; **(ii)** la interventoría procedió diligentemente en el trámite de cuentas; **(iii)** al término de la ejecución del contrato, la ETB había pagado el 91.5% del valor ejecutado; **(iv)** durante la ejecución del contrato, el consorcio no presentó reclamaciones por la mora en los pagos; **(v)** “[e]n cuanto hace referencia a la vía al Barrio La Fiscala el Contratista durante la ejecución de las obras de canalización en el sector mencionado, causó un daño a una tubería de acueducto, daño que por el escape de agua a alta presión causó alteraciones en la base de la vía. Tanto la Empresa como la Interventoría en su oportunidad solicitaron al Contratista la reparación de dichos daños ya que una vez efectuada las obras objeto del Contrato, las condiciones de los sitios deben restituirse en forma como se encontraban antes de la iniciación de las mismas como una obligación contractual del Contratista”; **(vi)** el contratista no fue exonerado de responsabilidad en el acta mencionada, y, pese a que se trató de una situación fortuita, consideran que no le corresponde a la empresa sufragar los costos para efectuar la reparación”¹¹³.

3.2.1.70. Copia de la comunicación del 8 de abril de 1997, con la cual el Subgerente de Redes dio respuesta a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico presentada por el consorcio. En esta, indicó –entre otros– que, conforme al artículo 15 del Decreto 679 de 1994 y el artículo 26.16 de la Ley 80 de 1993, la reclamación contractual ha debido hacerse en el “[...] lapso durante el

¹¹² Folios 191 a 205 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹¹³ Folios 31 y 32 del cuaderno de pruebas 8. Expediente acumulado 1999-1988.

*cual se ejecutó el contrato y no vencido [sic] éste término como se pretende con su reclamación de fecha febrero 21 de 1997, la cual es extemporánea y no puede considerarse legalmente por este motivo*¹¹⁴.

3.2.1.71. El consorcio contratista contestó a la anterior comunicación, mediante escrito radicado el 15 de abril de 1997 –el cual fue aportado en original– en el que manifestó que, ante la negativa, no le quedaba camino diferente a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para ello, solicitó unos documentos en ejercicio del derecho de petición¹¹⁵.

3.2.1.72. Copia de la comunicación LAC-YOM-161/97 de 20 de marzo de 1997, remitida por el ingeniero interventor del contrato 3699 al Director de la División Operación Sur (E) de la ETB, a la se adjuntó un documento titulado *“ANOTACIONES SOBRE LA SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA CONTRATO No. 3699/95 AMPLIACIÓN YOMASA*¹¹⁶. En este documento, entre otros, se indicó que:

- Durante el período de ejecución del contrato 3699, el consorcio contratista no presentó solicitud de reconocimientos por concepto de mayor permanencia, intereses de mora en los pagos, sobrecostos en la construcción de pavimentos asfálticos con espesor superior al contratado, ni cancelación inoportuna del anticipo e incremento del IVA.
- En oficio dirigido a la interventoría, radicado el 18 de agosto de 1996, el contratista manifestó que la respuesta a la solicitud de la Coordinación de no incluir mayores cantidades en el acta de liquidación parcial número 004 no podía entenderse como una renuncia al derecho legal y contractual al pago de intereses moratorios no causados.
- Que los precios de las camisas aéreas utilizadas eran inferiores a los inicialmente previstos.
- Que, si bien, los daños ocasionados en la vía de acceso al barrio la Fiscala se consideraron una *“situación fortuita”*, no le correspondía a la ETB asumir los gastos en los que había incurrido el contratista, y que se planteó al consorcio la responsabilidad directa que le correspondía a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, *“[...] por muy deficiente compactación de los rellenos de la vía una vez colocado el colector de aguas de ø 23”*. Además, advirtió la interventoría que *“[...] la rotura del tubo por parte del Contratista agilizó el proceso de degradación de la infraestructura de la vía, situación que se presentó en forma muy inmediata a su rotura”*.

3.2.1.73. Relación de los reajustes pendientes de cobro en la ejecución del contrato 3699 de 1995¹¹⁷.

3.2.1.74. Copia auténtica de la resolución 11.037 del 21 de mayo de 1997, por medio de la cual la ETB liquidó unilateralmente el contrato 3699¹¹⁸, con fundamento en las siguientes razones:

- El 13 de octubre de 1995, se suscribió el contrato 3699 para la construcción de canales y redes telefónicas primarias y secundarias, con un valor estimado de \$1.267'017.789 y un plazo de 160 días, contados a partir del 13 de diciembre de 1995.

¹¹⁴ Folios 206 a 207 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹¹⁵ Folios 219 a 222 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹¹⁶ Folios 208 a 218 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹¹⁷ Folios 223 a 238 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹¹⁸ Folios 239 a 247 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

- El término de ejecución se prorrogó en dos oportunidades, la primera por 47 días, del 21 de mayo al 6 de julio de 1996, y la segunda por 20 días, del 7 al 27 de julio de 1996.
- La Subgerencia de Operaciones, por memorando número 638.632 del 2 de agosto de 1996, autorizó el recibo extemporáneo de obras por ajuste de fallas, dentro del periodo de liquidación, sin que esto generara costos adicionales a la ETB, por deberse a situaciones imputables al contratista.
- El 9 de diciembre de 1996, el representante legal del consorcio contratista devolvió sin firma el acta de liquidación final del contrato, por considerar que se presentó un desequilibrio económico.
- El 21 de febrero de 1997, el consorcio contratista reclamó el restablecimiento del equilibrio económico por la suma de \$419'551.39,72; solicitud que no fue aceptada por presentarse extemporáneamente.
- Mediante memorando 25.064 del 15 de abril de 1997, la Jefe de Dirección de Redes señaló que los valores que aparecían en el Acta de liquidación final del 20 de noviembre de 1996 habían sido girados el 24 de diciembre de 1996 y cobrados por el contratista el 27 de diciembre del mismo año; todo lo anterior dentro de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.
- Se estableció como valor definitivo del contrato la suma de \$1.787'755.306, valor que fue cancelado totalmente.

3.2.1.75. Copia del recurso de reposición contra la anterior resolución, presentado del 5 de junio de 1997 por el consorcio contratista¹¹⁹.

3.2.1.76. Copia auténtica de la resolución número 11.144 del 15 de julio de 1997, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición que confirmó la Resolución 11.037 del 21 de mayo de 1997¹²⁰, en los siguientes términos:

- Mora en la entrega del anticipo del 50%: La cláusula Sexta del contrato 3699, establecía que el mismo se cancelaría 30 días calendario después de radicada la cuenta de cobro, junto con el programa de inversión. El programa de inversión del anticipo fue aprobado el 4 de noviembre de 1995, la cuenta de cobro fue radicada el 23 de noviembre de 1995 y su correspondiente pago se dio el 6 de diciembre del mismo año. Por lo tanto, no le asiste derecho al contratista para sostener que hubo mora en el pago del anticipo.
- Mayor permanencia en la obra como consecuencia de las prórrogas: Si bien el contrato tuvo dos prórrogas por mutuo acuerdo, ni durante la liquidación, ni durante la ejecución del contrato se recibió solicitud o reclamo sobre los costos.
- Incumplimiento en el pago oportuno de las obras: La interventoría tramitó las cuentas con la debida diligencia. Además, la contratista nunca pasó cuenta de cobro por intereses de mora.
- Incremento de la tarifa del IVA del 14% al 16%: El contratista en su momento debió manifestar a la ETB dicha circunstancia.
- Cambio de camisas termo contráctiles (Xaga) por ventiladas tipo Colquímicos: Si bien la ETB autorizó el cambio de tipo de camisa, no cabe solicitar pagos diferentes a lo realmente instalado, ya que esto implicaría un enriquecimiento sin justa causa, por parte del contratista.
- Por el daño en la vía de acceso al barrio la Fiscala: El contratista causó daño durante la canalización en el mencionado sector, daño que por el

¹¹⁹ Folios 248 a 264 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹²⁰ Folios 265 a 274 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

escape de agua a alta presión causó alteraciones en la base de la vía. En el acta especial suscrita el 2 de abril de 1996, no se exoneró al contratista por la responsabilidad del daño y, aunque a juicio de la ETB se trató de una situación fortuita, no le corresponde al contratante efectuar la reparación del mencionado daño.

3.2.1.77. Copia autentica de las actas que reflejan el desarrollo o “*Bitácora del contrato 3699/95*”, suscritas por delegados de la ETB, el consorcio contratista y la interventoría, de las cuales extractaremos los apartes más relevantes, que sirven para solucionar los problemas planteados, de las otras solo haremos relación, así:

- Acta No. 01 del 21 de diciembre de 1995.
- Acta No. 02 del 28 de diciembre 1995, en la que consta que “[e]l contratista acepta las objeciones de la Interventoría y está de acuerdo en efectuar las modificaciones que sean del caso [...]. La interventoría solicita que el Contratista envíe pruebas de los diferentes materiales que debe suministrar a fin de adelantar los trámites de homologación ante la Empresa”.
- Acta No. 03 del 4 de enero de 1996, de acuerdo con la cual “[l]a Interventoría aclara que al Programa de Redes se le deben hacer algunos ajustes y que en este momento se puede hacer reprogramación de plazos parciales. La Coordinación recuerda que en la firma del Acta de Iniciación se aceptó por el Contratista y la Interventoría que la NO entrega de cable por las condiciones actuales de la Empresa no afectarían el plazo final del Contrato”.
- Acta No. 04 del 18 de enero 1996, en la que se dejó nota de que “[l]a Interventoría requiere que para dar aprobación definitiva a los bloques para cámaras, se efectúen pruebas sobre las mezclas sobre las cuales se fabrican. Sin embargo debido a la forma artesanal como se elaboran estos bloques difícilmente se lograrían resistencias requeridas para cumplir con la norma. La Interventoría plantea que la resistencia de los 3.000 PSI solo se garantiza si proviene la mezcla de una Central de Mezclas, a lo cual el Contratista manifiesta que fabricaría los bloques en obra [...]. Debido a que la Empresa racionalizó la entrega de cables a los Contratistas, el Ing. Igor Acevedo solicita que las cantidades requeridas se puedan aproximar a la Unidad Carrete. APROBADO”.
- Acta No. 05 del 25 de enero de 1996.
- Acta No. 06 del 1º de febrero de 1996, en la que el manifestaron “[a]ldicionar al Acta No. 5 en el punto Normas ETB. ‘Homologación de cajas y minibloques: El Contratista debe suministrar muestras de estos elementos, para que la Interventoría adelante ante Laboratorio de Redes la respectiva homologación’. La Interventoría envió desde el 18 de enero de 1996 las muestras de cajas y minibloques a Laboratorio de Redes, sin que al momento haya recibido respuesta de su homologación o rechazo. El Contratista solicitó autorización para armar cajas y minibloques en la obra sabiendo que tiene póliza de estabilidad. Se le autoriza previa manifestación del Contratista en la que asume la responsabilidad de la calidad de estos elementos y en caso contrario remplazarlos a su costa [...]. Hay esfuerzos por parte del Contratista pero no los suficientes para alcanzar el programa. De nuevo se le insiste en cifras las cantidades de obra a ejecutar en las próximas 2 semanas restantes para cumplir con el compromiso adquirido de poner la obra al día en un término de 3 semanas. El Contratista manifiesta que su atraso en empalmería se debe al incumplimiento por parte de sus proveedores internacionales en el suministro de material de empalme y máquinas empalmadoras”. En esta se dejó constancia de que el contratista había solicitado que se hiciera

“valorización de la obra”, ya que había hecho “un esfuerzo económico mayor al programado”. La interventoría recordó que las mayores cantidades y obras complementarias no modificaban el plazo del contrato y que el contratista estaba en la “obligación de incrementar su capacidad operativa en los plazos inicialmente pactados”. El contratista manifestó que su atraso en empalmería se debía al incumplimiento de sus proveedores internacionales.

- Acta No. 07 del 8 febrero de 1996, de conformidad con la cual “[l]a Interventoría informa al comité sobre los daños ocurridos en la vía hacia el Barrio ‘La Fiscala’. El Contratista acepta la responsabilidad por los hechos e informa que se adelantan trabajos para habilitar la calzada”.
- Acta No. 08 del 15 de febrero de 1996, en la que se hizo constar que “[s]e pregunta al Contratista sobre que recurso humano y técnico [que] tiene disponible para esta actividad. El Contratista responde que tiene 6 empalmadores y 5 máquinas empalmadoras; a lo cual la Interventoría considera que no es suficiente para cumplir con el programa y solicita al Contratista incrementar tales recursos. El Contratista ha retirado el 50% de los cables y los avances de colocación son muy inferiores a estas cantidades. Se debe adelantar gestión ante el Laboratorio de la Empresa, para aclarar en forma inmediata la manera como se debe adelantar la homologación de materiales que suministra el Contratista”.
- Acta No. 09 del 22 de febrero de 1996.
- Acta No. 10 del 29 de febrero de 1996, en la cual manifestaron que “[e]l Contratista expresa que tiene problemas con el suministro de algunos calibres de cables por inexistencia en las bodegas de Engativá”.
- Acta No. 11 del 7 marzo de 1996, de acuerdo con la cual “[s]e aprecia un notorio avance en la construcción de cámaras por lo que se cree no habrá retrasos por esta actividad y se cumplirá dentro del término de las 16 semanas. La empalmería está atrasada y el Contratista explica que una de las causas fue la demora en la entrega del Proveedor de las máquinas MS2. Ante la preocupación de la Interventoría de acumular atrasos en [la] colocación de cable por falta de acabados y emboquillados en cámaras, el Contratista manifiesta que designó una brigada para esta labor [...]. El Contratista explica que también los atrasos en colocación y empalmería se deben al desabastecimiento de cables de algunos tipos y que esto afecta la asignación del recurso humano y solicita respuesta de la Empresa sobre entregas de cables para reasignar recursos”.
- Acta No. 12 del 14 de marzo de 1996, en la que se dejó constancia de que “[e]l contratista manifiesta que ya ejecutó los trabajos en esta vía [al barro la Fiscala] y plantea los problemas encontrados en las reparaciones. La Interventoría cree necesario que el Contratista debe adelantar gestiones ante otros entes a fin de que se puedan determinar responsabilidades”.
- Acta No. 13 del 21 de marzo de 1996, en la que se apuntó que “[l]a Interventoría solicita al Contratista, que con el fin de evaluar la cantidad de metros de cable requeridos para el proyecto cuantifique las necesidades reales del cable faltante y haga la solicitud de entrega mediante boletines de pedido. Al ser analizado el informe presentado por la Interventoría se encuentra que la ruta crítica del proyecto está en la empalmería. A este respecto el Comité considera que se debe evaluar la cantidad real de empalmes requeridos en el proyecto, para tener una idea más real de las condiciones de atrasos o adelantos de obra [...]. Daños a Redes existentes. La Coordinación reporta de un daño ocasionado por el Contratista en el Barrio el Virrey. El Contratista manifiesta tal responsabilidad y asume la reparación del mismo”.

- Acta No. 14 del 2 de abril de 1996, en la que se apuntó que el Coordinador del contrato por parte de la ETB y la interventoría solicitaron que fueran cuantificadas y valoradas las mayores cantidades de obra, para que se pudiera solicitar el certificado de reserva presupuestal, y valorar los reajustes de los contratos de construcción e interventoría.
- Acta No. 15 de 11 de abril de 1996, en la que se indicó que “[l]a Interventoría presenta al comité el Informe No. 16, y se tratan los siguientes puntos específicos: CABLES: El Contratista está tramitando boletines del cable faltante y requerido por el Proyecto así: [...] EMPALMERÍA. La disminución en pares por empalmar para la red Primaria se debió a la racionalización y eficiencia en la colocación de cables efectuados por el Contratista. El Contratista manifiesta tener el recurso humano y técnico para cumplir dentro del tiempo con la Empalmería Primaria y que por lo tanto no considera preocupante el atraso mostrado. Al respecto la Coordinación y la Interventoría manifiesta que sí es importante el atraso y esperan para el próximo informe obtener rendimientos significativos; para la Empalmería en Red Secundaria se debe incrementar el recurso humano. El Contratista acepta que ubicará una cuadrilla especial para el plomado de postes”.
- Acta No. 16 del 18 de abril de 1996, en la que se dejó nota de que “[d]ebido a que la Empresa ha confirmado la falta de cables de 300, 400 y 600 pares entre otros, se debe elevar por parte del Contratista solicitud de prórroga al Contrato de construcción, teniendo en cuenta la afectación de la obra por falta de cables. La ampliación de plazo será avalada por la Interventoría quien verificará dicho tiempo y a la vez determinará si hay atrasos en obra imputables al Contratista”.
- Acta No. 17 del 25 de abril de 1996, en la cual se indica que “[l]a Interventoría informa al Comité que recibió oficio del Contratista en donde solicita ampliación o prórroga al plazo contractual en 60 días calendario y que está estudiando tal solicitud para establecer con claridad el tiempo y los argumentos presentados [...]. Se recuerda que el compromiso del Contratista para levantar las observaciones de canalizaciones vence el próximo 30 de abril. Al respecto el contratista manifiesta que está trabajando con cuadrillas especiales en esta labor. Se solicita al Contratista agilizar el trabajo en empalmería primaria y secundaria para no presentar atrasos, ya que se tienen suficientes empalmes por ejecutar”.
- Acta No. 18 del 2 de mayo 1996, en la que se mencionó que no se le había dado curso a la cuenta de cobro presentada por el contratista la semana anterior, porque se estaba tramitando el certificado de reserva presupuestal, y que se había recibido carta del contratista solicitando que le liquidara la obra ejecutada.
- Acta No. 19 del 9 de mayo de 1996, según la cual “Interventoría y Contratista explican al Comité las razones y causas por las cuales se justifican los 47 días de prórroga al Contrato No. 3699/95. Sobre este tema ya se cursa correspondencia ante la ETB. El Contratista presenta el programa para la terminación de obra ampliado el plazo hasta julio 6 de 1996 [...]. INEXISTENCIA DE CABLE: ante algunos faltantes de cable se pueden optimizar la utilización de otros que se tengan en existencia, por ejemplo C-200 pares utilizar 150+150 o C-300 utilizar 150+150. Al respecto se solicita que se lleven registros de los cambios de denominación de cable [...]. VALOR DEL CONTRATO: La Interventoría manifiesta que el valor total del Contrato fue ejecutado dos semanas antes de la terminación del plazo contractual y el plazo adicional solicitado por el Contratista obedece a mayores cantidades de obra y obras adicionales de PRs no contemplados inicialmente”.

- Acta No. 20 del 16 de mayo de 1996, en la que expresaron que “[t]eniendo en cuenta que se vence el plazo contractual del Contrato, se procedió a la elaboración de documentación para la prórroga”.
- Acta No. 21 del 24 de mayo de 1996, en la que consta que “[l]a Interventoría presenta el Informe No. 22, en el cual se presenta básicamente la reprogramación de obras con el plazo ampliado en 47 días. El mencionado programa fue elaborado por el Contratista y será verificado para su cumplimiento estricto, a fin de hacer entregas de red a la ETB, en las fechas indicadas”.
- Acta No. 22 del 3 de junio de 1996.
- Acta No. 23 del 6 de junio de 1996, conforme a la cual “[s]e exige del Contratista que dé prioridad a la ejecución de las Coronas; por tanto debe mejorar su rendimiento en esta actividad. La Coordinación informa que le Cable de 600 pares se encuentra a la fecha en las Bodegas de Engativá, pero que no se ha efectuado la Interventoría [...]. Se exige al Contratista que termine y entregue distritos para que [la] Interventoría pruebe y los acepte, teniendo en cuenta que la Empresa requiere con urgencia dicha red. El Contratista debe iniciar de inmediato los reintegros de cables que no utilizará en el proyecto”.
- Acta No. 24 del 13 de junio de 1996, en la cual la interventoría manifestó que “se establece que el atraso en la colocación se debe básicamente a la falta de cable de 600 pares, el cual no ha sido suministrado por la Empresa. El Contratista manifiesta que fue a retirar el cable el día 12 de junio, pero aún no estaba disponible [...]. Responsabilidad de la Red: el Comité establece que la responsabilidad de la red es competencia del Contratista y cesa en el momento que la Empresa reciba a satisfacción el cable primario con su PR’s correspondientes”.
- Acta No. 25 del 27 de junio de 1996, en la que se anotó que “[e]l Contratista informa al Comité sobre el accidente que afectó el D31063. Se le solicita que evalúe los posibles daños causados a la red y proceda ante las autoridades si lo considera competente [...]. Teniendo en cuenta que la Empresa no ha entregado el cable de 600 pares y el próximo vencimiento del contrato de obra, es necesario definir si el Contratista debe terminar las obras afectadas por el cable faltante o se inicia la liquidación del contrato. Es urgente que el Contratista haga los reportes de red debidamente aceptada por la Interventoría ya que está en mora de hacerlo y la Empresa requiere esta información para asignaciones”.
- Acta No. 26 del 4 de julio de 1996, en la cual se hizo constar que “[l]a Coordinación le entrega al Comité el memorando 627443 fechado en junio 28 de 1996 el cual la ETB, acusa recibo del cable de 600 pares y que puede ser utilizado teniendo en cuenta la diferencia del código de colores. Al respecto el Contratista y la Interventoría cuestionan el tipo de material para empalmar, teniendo en cuenta que los grupos tienen diferentes subunidades. Analizando las diferentes posibilidades de empalmes se concluye que es viable utilizar la regleta de 25 pares”. El contratista sujetó la prórroga a la información sobre la forma de empalmar el cable de 600, la tramitación de las cuentas de cobro y el trámite de certificados de reserva presupuestal para mayores cantidades de obra y obras adicionales. La interventoría informó que había recibido del contratista las actas 3 y 4 de liquidación parcial y que procedería al trámite respectivo.
- Acta No. 27 del 11 de julio de 1996, en la que “[s]e informa que los cables Primarios presentan problemas de bajo aislamiento. Interventoría solicita al Contratista que elabore y presente protocolos totales de pruebas de cables y/o distritos terminados”.

- Acta No. 28 del 18 de julio de 1996, de acuerdo con la cual “[e]l Director de Interventoría informa a la Coordinación la situación real en la que se encuentran los Cables Primarios respecto a pruebas de aislamiento. Dado que el tiempo es corto y que las pruebas deben quedar concluidas a satisfacción y en la etapa de construcción se exige al Contratista que levante las observaciones en forma inmediata. El Contratista explica que es conocedor del problema y que por lo tanto ya tomó los correctivos del caso, colocando brigadas especiales para levantar observaciones y corregir las bajas resistencias de aislamiento de los cables. Sin embargo los trabajos se han venido afectando por factores climáticos”.
- Acta No. 29 del 25 de julio de 1996, en la que se hizo constar lo siguiente “INFORME DE INTERVENTORIA. Por el contenido del informe se puede apreciar que los cables Primarios presentan una gran cantidad de daños; lo cual hace que el levantamiento de observaciones en concepto de la misma se demore por lo menos un mes. ASUNTOS TRATADOS: La Empresa afirma que es la primera vez que se precisa un atraso de esta magnitud y no cree que faltando dos (2) días para terminar el Contrato sea el momento adecuado para tal afirmación a pesar de que el Contratista manifieste que el próximo 31 de julio tendrá todos los daños reparados. La Interventoría precisa con toda claridad que ha cumplido con la obligación contractual de pruebas eléctricas [...] obteniendo resultados de ellas que permiten determinar con toda certeza que la reparación de las observaciones eléctricas en su criterio, pueden tomar alrededor de un mes y que esto involucra atraso con respecto al programa y plazos contractuales y de prórrogas en la etapa constructiva o de pruebas mostradas a los largo de los 29 informes en el cuadro de Programaciones Gantt diseñados para tal efecto. En conclusión, el resultado de pruebas, última actividad de la etapa Constructiva, es la razón clara y específica de la aseveración de 30 días para sacar fallas encontradas en la Red y por ende corresponderían a un incumplimiento en el plazo contractual. La Empresa deja constancia de que las obras deben quedar terminadas y recibidas el 26 de julio, incluyendo corrección de fallas. El Contratista aclara que el incumplimiento por parte de la ETB, en sus obligaciones contractuales como la entrega oportuna de cables y el trámite ha desequilibrado económicamente el Contrato y que para evitar la paralización del mismo, este ha tenido que hacer esfuerzos de toda consideración como le consta a la Empresa y a la Interventoría [...]. La Empresa deja constancia de que si bien hubo retraso en la entrega de algunos cables, en su oportunidad concedió las prórrogas contractuales de 47 y 20 días respectivamente, determinadas por las solicitudes derivadas del Contratista y avaladas por la Interventoría [...]. La Empresa considera que no hay lugar a desequilibrio económico en virtud a que las sumas que se le han pagado al Contratista en las Actas 001, 002 y 003 copan casi el 99% del valor inicial del Contrato”¹²¹.

3.3. Sobre la prueba de los hechos dentro del proceso radicado bajo el No. 1999-2344.

3.3.1. Documentales

3.3.1.1. Copia auténtica del contrato de obra pública 3701 suscrito el 13 de octubre de 1995 entre la ETB y el consorcio JAVP y RYL¹²², el cual tiene por objeto “[...] la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y

¹²¹ Folios 140 a 196 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

¹²² Folios 80 a 92 del cuaderno 2A.

secundarias en las ampliaciones generales de la central telefónica de San Fernando, Grupo 2, con el suministro de algunos materiales, incluyendo las canalizaciones obstruidas, copadas o faltantes ciñéndose en un todo a los planos, normas y especificaciones técnicas de las obras y demás documentación entregada por la Empresa y de acuerdo con los precios unitarios contenidos en el Anexo No. 1" (cláusula 1ª).

En la cláusula 2ª del contrato 3701 se especificaron los "*DOCUMENTOS DEL CONTRATO*", dentro de los que, entre otros, figuran: "[e]l *pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 004/95*"; la oferta presentada por el consorcio; los programas de trabajo exigidos al contratista para la iniciación de las obras; el resumen de precios que se encuentra en el Anexo I; y las actas suscritas en el desarrollo del contrato, las cuales son definidas en el parágrafo de la cláusula 2ª, en cuanto sean suscritas con sujeción a las disposiciones legales. En esta cláusula se estipuló, además, que: "*Es entendido que los planos, especificaciones y cantidades de obra se complementen de tal manera que cualquier información que se demuestre en los planos y no se mencione en las especificaciones, se tomará como especificado y demostrado y viceversa*".

El valor estimado del contrato, fijado en la cláusula 3ª, es de mil doscientos setenta y cuatro millones doscientos diez y nueve mil novecientos treinta y cuatro pesos (\$1.274'219.934). En este "*quedan incluidos todos los gastos que deberá hacer EL CONTRATISTA para entregar las obras totalmente terminadas a satisfacción*". Aparte, la cláusula 4ª establece que los precios unitarios pactados estarán sujetos a reajuste, conforme a lo establecido en los numerales 3.8.1.1 a 3.8.1.6 del pliego de condiciones.

En la cláusula 5ª del contrato se acordó que los pagos se realizarían de la siguiente manera:

"La EMPRESA pagará a EL CONTRATISTA, el valor del presente contrato así: a) El 95% con base en cortes mensuales sobre la medición y cómputo por obra ejecutada sobre cada cuenta que presente EL CONTRATISTA de tramos de canalización y cámaras asociadas totalmente terminados que estén contemplados en las obras de canalización y cables y distritos totalmente terminados, lo cual deberá comprobar y aprobar el interventor, obra que deberá cumplir con las especificaciones y medidas prescritas y contar con la aceptación del Interventor, todo lo cual deberá constar en un Acta de Recibo Parcial suscrita por el Interventor y EL CONTRATISTA, documento que se acompañará a la cuenta de cobro, o sobre canalizaciones, distritos y/o cables parcialmente ejecutados que no se hayan terminado por causas imputables a la Empresa y aceptadas por la Interventoría en la respectiva Acta de recibo Parcial. Las cuentas se cancelarán dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a su radicación en la Tesorería de la Empresa, acompañadas del Acta de Recibo parcial correspondiente. b) El cinco por ciento (5%) restante, dentro de los treinta (30) días siguientes a la radicación de la cuenta de cobro en la Tesorería de la Empresa, acompañada del Acta de Recibo Final de las obras a entera satisfacción de la Empresa y de la aprobación del manejo del anticipo. PARÁGRAFO PRIMERO: Para el pago de las obras del presente contrato también se tendrán en cuenta los valores que por concepto de reajustes se causen de acuerdo con las fórmulas de reajuste estipuladas en el Pliego de Condiciones. PARÁGRAFO SEGUNDO: Si al recibo de las obras se encontraren observaciones, la Empresa no tramitará las respectivas cuentas de cobro hasta tanto las circunstancias o errores que dieron origen a las mismas no sean corregidas por el Contratista y recibidas a satisfacción de la Empresa, sin que haya lugar a reclamación por parte del Contratista".

En caso de que los pagos no se realizaran oportunamente, por razones que no fueran imputables al contratista, la ETB pagará intereses de mora *“equivalentes a la tasa DTF vigente en la fecha programada para dicho pago, sobre el saldo en mora”*.

En la cláusula 6ª se pactó que la ETB pagaría al contratista un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato *“[...] dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la radicación de la cuenta, previa aprobación de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo”*. El acta de iniciación sería suscrita –según lo establecido en la cláusula mencionada– el mismo día en que el contratista recibiera el anticipo. No obstante, si el contratista manifestara por escrito su intención de iniciar las obras antes de la entrega del anticipo, podría levantarse acta de iniciación anticipadamente (cláusula 8ª).

Según la cláusula 8ª, el plazo de ejecución de las obras es de *“ciento cincuenta (150) días calendario, contados a partir de la fecha de entrega del anticipo y suscrita el acta de iniciación de obras”*. En esta cláusula se acordó además que:

“Cuando se presenten circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobadas por el CONTRATISTA, éste podrá solicitar a la Interventoría, antes de su vencimiento, la ampliación del plazo, quien la someterá a consideración del Coordinador de la Interventoría y de la Subgerencia respectiva y se definirá si es o no aceptable y por cuanto tiempo, indicándose así a EL CONTRATISTA. En el evento de concederse la adición al plazo, ésta se legalizará a través de contrato adicional y causará la ampliación de la Garantía única por parte del CONTRATISTA por el término de la prórroga que se llegue a conceder. Así mismo el plazo aludido se podrá prorrogar cuando se presenten demoras en la ejecución de las obligaciones a cargo de LA EMPRESA o por causa no imputables a EL CONTRATISTA”.

En la cláusula 9ª del contrato 3701 se dejó constancia de que el contratista había estudiado el proyecto de obras, su naturaleza, localización, las condiciones del terreno y del clima, la cantidad y calidad de los materiales, así como las condiciones del tráfico, equipos y herramientas requeridos. La influencia de estos factores –se especificó– *“[...] no podrá aducirse como causal de incumplimiento de ninguna de las cláusulas del presente contrato, ni como motivo para reclamar compensación adicional o extensión del plazo fijado en el presente documento para las entregas de las obras”*. De conformidad con lo anterior, el consorcio se comprometió, entre otros, a: reconocer previamente los sitios de trabajo; utilizar apropiadamente los ductos telefónicos; reintegrar los cables y las colas sobrantes; *“[o]bservar todas las precauciones que sean necesarias para evitar daños en cables existentes y ya colocados que se encuentren en servicio”*; responder por los daños a dichos cables, que le sean imputables; *“efectuar las pruebas de laboratorio a los materiales que considere el Interventor y serán a cargo del Contratista los costos provenientes de la práctica de las mismas”*; *“[o]btener los permisos y licencias necesarios para efectuar el trabajo contemplado en el contrato”*; cumplir las especificaciones técnicas dadas por la interventoría sobre ejecución de la obra; y hacer un chequeo previo a los cables existentes en las cámaras en las que se van a desarrollar trabajos y, en caso de detectar daños, informar al interventor.

Con respecto a los daños ocasionados por el contratista a los cables colocados que se encuentren en servicio, en la cláusula 9ª se convino que:

“En el evento de que por causa del desarrollo del trabajo objeto del presente contrato y por motivos imputables al CONTRATISTA, se produzcan daños a los

cables, estos serán evaluados por la División de Operaciones correspondiente de LA EMPRESA y descontados de las cuentas de cobro que la EMPRESA adeude al CONTRATISTA. [...] Cuando se ocasionen daños a redes existentes o desconexión a abonados por razón de la ejecución de obras, deberá pagar a la EMPRESA una multa equivalente a % 50.00 diarios por cada línea de abonado o por cada par de cable que dañe en los trabajos de la primera semana”.

En la cláusula 11ª se convino que la ETB realizaría la supervigilancia de la obra a través de la interventoría, conformada por personal de su libre nombramiento y remisión, y que esta actuaría como representante de la empresa “[...] y por su conducto se tramitarán todas las cuestiones relativas al desarrollo del presente contrato”. En esta cláusula se especificaron las funciones de la interventoría.

En la cláusula 12ª se pactó que el contratista y el interventor deberían realizar pruebas físicas y eléctricas, tanto rutinarias, como finales, las cuales fueron definidas en esta disposición.

Conforme a lo acordado en la cláusula 13ª, las cantidades de obra son estimativas y podrán cambiar, “[...] obteniéndose como cantidades finales las que se midan sobre la obra ejecutada, sin que el contratista tenga derecho a reclamación alguna por la variación de las mismas”. La empresa podrá ordenar la modificación de las cantidades de obra, las cuales se pagarán al valor unitario fijado en el Anexo 1.

En la cláusula 14ª se estipuló un procedimiento para la aprobación de obras adicionales o suministros no previstos, análogo al establecido en el contrato 3699, antes mencionado.

Según la cláusula 16ª:

“EL CONTRATISTA se ceñirá a las especificaciones suministradas, esquemas que hacen parte de ellas y a los planos que constituyen la canalización y la red telefónica pactada, así como también a los planos adicionales de detalles y modificaciones que se suministren durante el desarrollo de las obras”.

Se establecieron multas en caso de mora o incumplimiento parcial del contratista, equivalente al 1% del valor del contrato por cada semana de atraso (cláusula 29ª), además de una cláusula penal del 10% del precio total del contrato, en caso de que se declare la caducidad o el incumplimiento parcial o total del contrato (cláusula 30ª).

La ETB se reservó la facultad de declarar la caducidad del contrato, así como su terminación, modificación en interpretación unilateral, conforme a los 15, 16 y 17 de la ley 80 de 1993 (cl. 31ª y 32ª). Se acordó además que el contrato sería liquidado dentro de los cuatro meses siguientes a la firma del acta de recibo de obras (cláusula 35ª).

3.3.1.2. Copia auténtica del acta de iniciación de obra suscrita el 6 de diciembre de 1995, en la que se fijó el 3 de mayo de 1996 como fecha de terminación¹²³.

3.3.1.3. Copia auténtica de los informes de “Control Diario de Daños”. En el informe del 4 de diciembre de 1995 aparecen 94 daños sin reparar; en el del 12 de marzo de 1996 se reportaron 7793 daños sin reparar; el 16 de marzo de 1996

¹²³ Folio 93 del cuaderno 2A.

aparecen 8547 daños reportados sin reparar; el 17 de junio de 1996 se presentan 4466; y el 30 de septiembre 2565¹²⁴.

3.3.1.4. Copia auténtica del acta 001 del contrato 3701, firmada el 15 de diciembre de 1995 por representantes de la ETB, el consorcio y la interventoría. En esta se mencionó, entre otros: (i) que la interventoría y el contratista deberían replantear la canalización, para lo cual la primera debía presentar un informe, a más tardar el 15 de enero; y (ii) que debía unificarse los cronogramas del proyecto en materia de canalización, red primaria y secundaria¹²⁵.

3.3.1.5. Copia auténtica del acta de avance de obra número 2, de 29 de diciembre de 1995. Se dejó constancia, entre otros, de que la interventoría debía hacer cumplir las especificaciones técnicas para la construcción de canalizaciones telefónicas, y que la ETB solicitó *“que la primera cuenta de cobro por parte del contratista sea firmada por esta”*¹²⁶.

3.3.1.6. Copia auténtica del acta de avance de obra número 3, de 5 de enero de 1996. En esta se informó sobre un daño en el acueducto, que se presentaba en la calle 66 # 60-13 y el representante de la ETB solicitó nuevamente que la primera cuenta de cobro fuera tramitada a través de la División Operación Oriente. Por otro lado, los suscribientes manifestaron que la interventoría debía hacer un balance de adición o recorte de obras, para determinar si era necesario ampliar la reserva presupuestal, y recordaron que, en caso de que no se hubieran previsto precios unitarios, debía firmarse un contrato adicional¹²⁷.

3.3.1.7. Copia auténtica de la comunicación del 11 de enero de 1996, mediante la cual el interventor informó al consorcio que la licencia de excavación en calzadas de vía fue aprobada por la Secretaría de Obras públicas el 10 de enero de 1996. Además, teniendo en cuenta *“que parte del atraso en las obras se debe a lo anterior”*, el interventor solicita que *“se informe a diario y por escrito los cruces a realizar”*, para que disponga del personal necesario¹²⁸.

3.3.1.8. Copia auténtica del acta de avance de obra número 004, de 12 de enero de 1996¹²⁹. Ante el aumento en cantidad de obra y la demora en la expedición de la licencia de excavación, el contratista presentó un nuevo cronograma que fue aprobado por la interventoría y la ETB.

3.3.1.9. Comunicación de la Interventoría a la ETB del 12 de enero de 1996, en la cual señaló que el atraso presentado se debió al replanteo consignado en el acta 01 respecto a la mayor cantidad de obra y a la tardanza en la aprobación de la licencia de excavación por parte de la Secretaría de Obras, razón por la cual el contratista con oficio CSF-014 presentó un programa modificando, que fue analizado y aprobado por la Interventoría puesto que no hay desfase en el tiempo de 150 días¹³⁰.

3.9.10.- Copia auténtica de la comunicación fechada el 18 de enero de 1996, remitida por el Director de la División Operación Oriente de la ETB al ingeniero interventor del contrato 3701, con el propósito de que este último le comunicara al consorcio que

¹²⁴ Folios 353 a 358 del cuaderno 9.

¹²⁵ Folios 359 a 361 del cuaderno 9.

¹²⁶ Folio 416 del cuaderno 9.

¹²⁷ Folios 364 a 366 del cuaderno 9.

¹²⁸ Folios 362 a 363 del cuaderno 9.

¹²⁹ Folios 367 a 368 del cuaderno 9.

¹³⁰ Folio 417 del cuaderno 9

los ajustes de los cables multipares no debían, “*de ninguna manera*”, adelantarse al final de las obras del contrato 3701. Indica además que le solicite al contratista disponer de personal en el Distribuidor General de San Fernando, “*para que participe en la actividad de ajustes*”¹³¹.

3.3.1.11. Copia auténtica del acta de avance de obra número 05, del 25 de enero de 1996. Se acordó seguir un procedimiento para la reparación de daños, consistente en informar a la interventoría tan pronto se detecte la existencia de un daño para realizar una visita al sitio y realizar inmediatamente el peritaje, para establecer responsabilidades, teniendo en cuenta que: el consorcio había detectado cuatro (4) daños en cable en el desarrollo de las obras; la ETB consideraba que estos eran imputables al contratista; la interventoría consideraba que –“*según los indicios presentados*” – dos (2) de tales daños eran imputables al consorcio; y que este último afirmó que no podía “*avaluar los daños porque la empresa los intervino y por lo tanto él no constató la causa real de la anomalía*”, poniendo de presente asimismo que personal de la ETB había ingresado y utilizado como peldaño los cables telefónicos averiados¹³².

3.3.1.12. Acta de avance de obra N° 6, del 26 de enero de 1996, mediante la cual la ETB reiteró su intención de cobrar al consorcio los costos por daños, con fundamento en “*la estabilidad que presentaban las redes telefónicas de esta central antes que el Consorcio las interviniera por trabajos de canalización*”. El delegado de la ETB manifestó además que procedería al cobro de la multa respectiva, “*por el incumplimiento de la mitigación del impacto urbano*”¹³³.

3.3.1.13. Acta de evaluación de daños del 31 de enero de 1996, firmada por representantes de la ETB, el consorcio y la interventoría, en la cual se reunieron “*para evaluarlos daños a la red ocasionado por el contratista*” en los cables 1108 (distritos 1101, 1102, 1108) y 1109 (distrito 1123)¹³⁴.

3.3.1.14. Copia auténtica del acta de avance de obra N° 7, del 1° de febrero de 1996¹³⁵. La ETB solicitó al contratista un programa de prevención de daños y le recordó tener en cuenta el uso de escaleras. Ante ello, el consorcio se comprometió a poner un empalmador por cada frente. Fue aprobada la obra para la reparación del “*daño de 1200 pares*”. Aparte, la interventoría presentó mayores cantidades de obra “*de los ítems más significativos para redes secundarias*”, lo que fue aprobado por el representante de la ETB.

3.3.1.15. Copia simple del oficio P.L. -12-172 del 7 de febrero de 1996, por medio del cual la Personería Local de Barrios Unidos pone en conocimiento de la ETB el deterioro vial que, como consecuencia de los trabajos de instalación de redes telefónicas, lo que “*ha ocasionado un sin número de accidentes de tránsito con las correspondientes quejas de la comunidad*”¹³⁶.

3.3.1.16. Copia auténtica del informe del 14 de febrero de 1996, presentado por el interventor a la ETB¹³⁷, en el que se enumeran los daños ocasionados por el contratista, algunos de los cuales –se informa– habían sido reparados. Sin embargo, no se había cumplido lo acordado en el acta número 5 sobre la

¹³¹ Folio 200 del cuaderno 8.

¹³² Folios 369 a 372 del cuaderno 9, y 157 a 158 del cuaderno 2A.

¹³³ Folios 373 y 374 del cuaderno 9.

¹³⁴ Folio 159 del cuaderno 2A.

¹³⁵ Folios 375 a 377 del cuaderno 9.

¹³⁶ Folio 672 del cuaderno 2ª.

¹³⁷ Folios 424 a 427 del cuaderno 9

reparación de daño en redes. Así mismo, se indicó que en la “calle 66 × Cra 60/65” se había accidentado una pequeña, *“al caer a la canalización como consecuencia de la falta de mitigación del impacto urbano”*. La interventoría afirmó que había cuantificado el déficit en el ítem correspondiente al impacto urbano y que, de seguir faltando, se rebajaría aún más el porcentaje para su liquidación.

3.3.1.17. Copia simple de la comunicación del 15 de febrero de 1996, por medio de la cual el consorcio contratista solicitó que se declarara la suspensión del contrato por un término de 15 días, *“dado el grado de dificultad que se ha presentado para acceder a las cajas y maniobrar los cables existentes”*, con el objeto de realizar una evaluación minuciosa y detallada del estado actual, organización y empalme de los cables existentes en las diferentes cámaras¹³⁸.

3.3.1.18. Copia auténtica del acta de reunión de avance de obra número 008, del 16 de febrero de 1996¹³⁹. Se estudió la solicitud de prórroga presentada por el contratista y, tras un análisis de los términos de referencia del contrato, *“se acordó que el contratista conformará cuadrillas de mantenimiento preventivo referidas a la colocación de consolas y peldaños para el anclaje de la red plomada y rellana. Para esto el Consorcio tendrá que efectuar el respectivo análisis de precios unitarios”*. Las cuadrillas que habían sido dispuestas para el tendido de cable se dedicarían al mantenimiento preventivo.

3.3.1.19. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 01, del 17 de febrero de 1996, con una amortización del anticipo de \$257'219.569,29 una retención de \$21'434.964.11, y un valor neto a pagar de saldo \$150'044.748,75¹⁴⁰.

3.3.1.20. Copia auténtica de la comunicación del 26 de febrero de 1996, en la que el Personero Local de Barrios Unidos solicitó a la ETB culminar con la ejecución de la obra de telefonía adelantada en la calle 71 con carrera 47 (localidad 12), por considerar que las perforaciones para colocar postes se encontraban sin recubrimiento y los menores de edad habían sufrido accidentes, *“hasta el momento sin consecuencias que lamentar”*¹⁴¹.

3.3.1.21. Copia auténtica de la comunicación del interventor al consorcio contratista, del 27 de febrero de 1996, mediante la cual puso en su conocimiento las veintitrés (23) deficiencias que fueron encontradas al revisar los pagos realizados con el anticipo del 50% del valor del contrato. De estas, cabe resaltar que *“[s]e retiró de la Cuenta Corriente del anticipo la suma de \$141.000.000 el 27 de diciembre, y no se elaboró ningún documento contable como soporte, ni se registró el movimiento en el libro auxiliar de bancos”*. Además, se pagaron honorarios a socios de la firma, se realizaron pagos a nombre de las firmas consorciadas, y se compraron computadores e impresoras, que no forman parte de los gastos de la obra¹⁴².

3.3.1.22. Copia simple del acta de evaluación de daños número 4, del 15 de marzo de 1996¹⁴³. Fueron evaluados los daños que se presentaron en cinco (5) direcciones, dos (2) de los cuales la ETB consideró que eran imputables al consorcio contratista. Aparte, se hizo constar que *“se efectuó visita a la Cra. 58 x*

¹³⁸ Folio 166 del cuaderno 2A.

¹³⁹ Folios 378 a 379 del cuaderno 8.

¹⁴⁰ Folios 393 a 395 del cuaderno 2A.

¹⁴¹ Folio 347 del cuaderno 9 y 673 del cuaderno 2A.

¹⁴² Folios 655 a 671 del cuaderno 9.

¹⁴³ Folios 172 y 173 del cuaderno 2A.

67 para determinar si la canalización presentaba aplastamiento y en la inspección se encontró la tubería en perfecto estado”.

3.3.1.23. Copia simple del oficio 510 de 18 de marzo de 1996 de la Personería Delgada para la Vigilancia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el que solicita a la ETB darle solución a los usuarios de varios sectores, dentro de los que figura Barrios Unidos, debido a que *“manifestaron que llevan aproximadamente dos (2) meses con el servicio [de teléfono] muy regular, además manifestaron que no hay control en los contratos 33701/95 [...]”*¹⁴⁴.

3.3.1.24. Copia auténtica de la comunicación CORINT-108-96, fechada el 18 de marzo de 1996, remitida por la interventoría al consorcio contratista. En esta, le manifiesta que no sería aprobada la petición de suministro de cable requerida, ya que se le había hecho entrega del 51,51% del cable que se necesitaba para la obra, y sus avances en redes primarias y secundarias estaban en el 6% y el 19% respectivamente¹⁴⁵.

3.3.1.25. Copia auténtica del acta de suspensión parcial del contrato 3701, suscrita el 18 de marzo de 1996 por el Subgerente de Operaciones, el Director de la Operación Oriente de la ETB, el contratista y el interventor. En esta se acordó, entre otros, lo siguiente: (i) suspender parcialmente las labores concernientes a trabajos en cámaras telefónicas existentes, y tendido de cables existentes y canalizados por un término de 15 días, dado el alto volumen de daños sobre la red en funcionamiento, cuya causa no había podido determinarse; (ii) que la responsabilidad por los daños se determinaría una vez se hicieran las reparaciones, ya que *“[e]l resultado de las mismas determinará la responsabilidad que le compete a cada una de las partes”*; (iii) que el resto de actividades debía continuar ejecutándose; y que (iv) durante la suspensión, la ETB realizaría las reparaciones con recursos propios, pero *“[p]osteriormente el contratista asumirá los [sic] costas de la reparación efectuadas por la empresa y que concluya que fueron causadas por el persona del contratista”*¹⁴⁶.

3.3.1.26. Copia auténtica de la comunicación del 22 de marzo de 1996, por medio de la cual el interventor informó a la ETB que las irregularidades en la entrega de cable de bajo pareado por parte de la empresa habían generado un atraso de 45 días en las labores de empalmes en red secundaria, por lo que solicitó las obras fueran prorrogadas por este término¹⁴⁷.

3.3.1.27. Copia auténtica de la comunicación del 27 de marzo de 1996, en la que la interventoría dio respuesta a una solicitud de cobro al consorcio por los daños a redes, formulada por la ETB¹⁴⁸. En esta, hizo referencia a diecisiete (17) daños, cuatro (4) de los cuales eran imputables al contratista; uno (1) de estos era imputable a la ETB; otro se encontraba fuera del área del proyecto; y, de los demás, la interventoría no tuvo conocimiento, o no se le suministraron los cálculos requeridos, o no participó en la determinación de causas y responsabilidades. En atención a lo anterior, la interventoría manifestó que:

“[...] ve con preocupación esto ya que se desconoció el procedimiento propuesto por ésta en la Reunión de avance de Obra No 005 de [sic] Enero 25 de 1996 en la cual se aprobó conjuntamente por la Empresa, el Contratista y la Interventoría que

¹⁴⁴ Folio 674 del cuaderno 9.

¹⁴⁵ Folios 702 y 703 del cuaderno 9.

¹⁴⁶ Folios 129 y 130 del cuaderno 2A, y 396 y 397 del cuaderno 9.

¹⁴⁷ Folios 191 y 192 del cuaderno 2A.

¹⁴⁸ Folios 178 y 179 del cuaderno 2A.

tan pronto la empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá detectara la existencia de un daño informaría a la interventoría para programar una visita inmediata al sitio y realizar el correspondiente peritaje. [...] Estima no conveniente el cobro de la cuenta por \$145'948.346,00 sin haber llenado los requisitos anteriormente mencionados y sin los soportes suficientes acordados conjuntamente”.

3.3.1.28. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 02, del 17 de febrero de 1996, con una amortización del anticipo de \$162'186.877,30, una retención de \$13'515.573,11 y un valor neto a pagar de saldo \$94'609.011,76¹⁴⁹.

3.3.1.29. Copia simple de la comunicación del 23 de abril de 1996, mediante la cual el consorcio solicitó el pago correspondiente al acta de liquidación parcial número 02, que –afirma– fue radicada el 21 de marzo de 1996¹⁵⁰.

3.3.1.30. Copia auténtica de la comunicación de la interventoría del contrato 3701 dirigida a la Asesora Jurídica de la Subgerencia de Operaciones I de la ETB, Julia Gladis Rodríguez, de 25 de abril de 1996, con la cual la primera le solicitó pronta respuesta al concepto solicitado mediante oficio 196.069 del 27 de marzo de 1996, dada la necesidad de firmar el acta de liquidación número 02 del 16 de abril de 1996¹⁵¹.

3.3.1.31. Copia auténtica del acta de avance de obra número 10, de 29 de abril de 1996¹⁵², en la cual se trató la petición del contratista de prorrogar el contrato 3701 en 60 días. La ETB consideró que el contrato debía ser prorrogado en 30 días, mientras la interventoría estimó que debía serlo en 45 días. El consorcio contratista manifestó “[...] *que es imposible terminar las obras pendientes en 30 días por lo cual [...] no acepta esta ampliación del plazo y que en estas condiciones el contrato debe liquidarse en el estado de ejecución al vencimiento del plazo contractual*”. La ETB pidió que se dejara constancia de que el Interventor no debió aceptar la prórroga por faltar pocos días para terminar el contrato. El representante del consorcio solicitó que “[...] *la empresa le informe en definitiva [sic] cuando se termina el contrato, en atención al concepto expresado por la misma en cuanto al acta de suspensión*”.

Aparte, se dejó nota de que el trámite del acta de liquidación número 02 se encontraba a la espera del concepto de la Asesora Jurídica de la Subgerencia de Operaciones I de la ETB, Julia Gladis Rodríguez, ante lo cual la interventoría había realizado gestiones con el fin de agilizar el trámite.

3.3.1.32. Copia auténtica de la orden de pago número 3877 del 6 de mayo de 1996, correspondiente al acta de liquidación parcial número 02¹⁵³.

3.3.1.33. Copia simple del acta de descuento de daños, firmada el 7 de mayo de 1996 por la ETB y la interventoría del contrato 3701. El acta no fue suscrita por el contratista. En esta se enuncia que, durante 1995, la Central de San Fernando no presentaba daños considerables y no superaba los 1000 pares fuera de servicio; pero, durante la ejecución del contrato referido, se presentó “*un volumen diario promedio de 1.000 pares fuera de servicio*”. Habiéndose “*establecido*” que “*los daños se presentaron en la ruta de trabajo de EL CONTRATISTA de obra [...] se*

¹⁴⁹ Folios 396 a 398 del cuaderno 2A

¹⁵⁰ Folio 183 del cuaderno 2A.

¹⁵¹ Folio 389 del cuaderno 9.

¹⁵² Folios 380 a 383 del cuaderno 9.

¹⁵³ Folio 399 del cuaderno 2A.

deduce que fue su personal quien causó los daños". El valor total de los daños se avalúa en \$203'370,877, "[...] según cálculo hecho por la Sección Diseño de Redes de la División Operación Oriente de la empresa, en relación que se anexa, en la cual se visualiza da uno de los informes de daños y sus direcciones"¹⁵⁴.

3.3.1.34. Copia simple de la comunicación del 17 de mayo de 1996, remitida por el Subgerente de Operaciones de la ETB al representante legal del consorcio contratista. En esta, le hizo saber que "[...] *la Empresa no está de acuerdo ni con los argumentos expuestos ni con el total de días solicitados. Hemos analizado que para concluir las obras realmente se necesitan 73 días calendario, por esta razón se accede a su solicitud de prórroga del citado contrato -3701/95 – en 73 días calendario contados a partir del 19 de mayo del presente año [...]*".

Por otro lado, la ETB asevera que "[...] *se estableció que si bien es cierto [sic] existen causas imputables a la Empresa que ameritan la prórroga, también es cierto que en su mayoría las causas son imputables al contratista [...]*". En consideración a ello, afirma que los costos financieros que genera la interventoría durante el tiempo de la prórroga se distribuirán en un 60% a cargo del contratista y un 40% a cargo de la ETB¹⁵⁵.

3.3.1.35. Copia auténtica de la comunicación de la ETB al contratista, del 27 de mayo de 1996, en la cual le manifiesta que: (i) en los términos del contrato, se entiende que las condiciones climáticas y el estado físico del sector eran conocidos por el consorcio, por lo que deberían haber sido tenidos en cuenta al momento de realizar la oferta; y, (ii) el personal contratado en la etapa de canalización despertaba "[...] *dudas en cuanto a su calidad y conocimiento de los procedimientos para intervenir en las [sic] en las redes existentes*"¹⁵⁶.

3.3.1.36. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 03, del 3 de junio de 1996, en la que aparece que el total de obra liquidada asciende a la suma de \$781'881.291,11¹⁵⁷.

3.3.1.37. Copia simple de la comunicación del 13 de junio de 1996, por medio de la cual el interventor del contrato 3701 solicitó al consorcio contratista instrucciones, para evitar que más usuarios quedaran sin servicio telefónico por largo tiempo como había sucedió en los distritos 1199 y 1165¹⁵⁸.

3.3.1.38. Copia auténtica de la primera acta de reajuste parcial de precios de las actas de liquidación número 1 y 2, firmada el 13 de junio de 1996 por delegados de la ETB, el consorcio contratista y la interventoría. Se afirma que, de acuerdo a las fórmulas establecidas en los numerales 3.8.1.1 y 3.8.1.7 del pliego de condiciones, el valor de reajuste parcial de las actas de liquidación número 1 y 2 asciende a la suma de \$52'533.959,49¹⁵⁹.

3.3.1.39. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 04, del 21 de junio de 1996, con una amortización del anticipo de \$133'062.488,40, una retención de \$11'088.540,70, y un valor neto a pagar de \$77'619.784,90. Como valor total de obra liquidada a la fecha figura la suma de \$1.003'652.105,11¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Folios 193 y 194 del cuaderno 2A.

¹⁵⁵ Folios 132 y 133 del cuaderno 2A.

¹⁵⁶ Folios 431 y 432 del cuaderno 9.

¹⁵⁷ Folio 402 del cuaderno 2A.

¹⁵⁸ Folio 204 del cuaderno 2A.

¹⁵⁹ Folios 423 a 427 del cuaderno 2A.

¹⁶⁰ Folios 403 a 407 del cuaderno 2A.

3.3.1.40. Copia auténtica de la orden de pago número 5653 del 26 de junio de 1996, mediante la cual se canceló la suma de \$ 52'008.819,49, correspondiente a la primera acta de reajuste de precios unitarios de las actas número 01 y 02¹⁶¹.

3.3.1.41. Copia auténtica de la comunicación remitida por Nelson Molano Barbosa supervisor de redes de la interventoría a la ETB, fechada el 3 de julio de 1996¹⁶², en la que manifestó que había presentado renuncia irrevocable a su cargo, debido a que, en el desarrollo del contrato, se produjeron anomalías como:

“Trabajos mal realizados por el Contratista y recibidos por el supervisor de Canalizaciones e Interventoría el Sr. FERNANDO MÉNDEZ, tales como Canalizaciones de cámara, cruces de canalización, en una ocasión él me comento personalmente que no molestara a los Contratistas porque era socio de ellos (el Sr. GUSTAVO VALDERRAMA)”¹⁶³.

3.3.1.42. Copia auténtica de la comunicación de Nelson Molano Barbosa, con fecha de 5 de julio de 1996, dirigida a la ETB, en la que especifica las direcciones de los trabajos mal realizados que fueron recibidos por el supervisor de canalizaciones y la interventoría. Señala, además, que la ausencia permanente del interventor, Hans H. Varela, acarreaba traumatismos, y que se había falsificado su firma, así como documentos en nombre suyo¹⁶⁴.

3.3.1.43. Copia auténtica de la orden de pago número 5862 del 9 de julio de 1996, por medio de la cual se canceló el valor respectivo al acta número 4, por un monto de \$75'402,076,90¹⁶⁵.

3.3.1.44. Copia simple de la comunicación del 18 de junio de 1996, suscrita por el Ingeniero Marco A. León, director contratos del consorcio contratista, y dirigida al Interventor del contrato 3701, en respuesta a la comunicación CORINT – 210/96, en la que afirmó que: “[...] *nuestra labor se circunscribió al tendido y empalmería de redes nuevas completamente independientes de la red existente. Nuestros trabajos no incluían movimientos sobre la red existente, por lo cual en ningún momento la intervenimos y por supuesto no ocasionamos suspensión alguna del servicio telefónico [...]*”¹⁶⁶.

3.3.1.45. Comunicado del 30 de julio de 1996¹⁶⁷, a través del cual la ETB le informó al contratista que faltaba ejecutar 19.700 ajustes de pares en el distribuidor general. Agregó que, si se ejecutaban 250 ajustes diarios, se requerirían 100 días para terminar el trabajo. Por esta razón se prorrogó el contrato desde el 31 de julio hasta el 7 de noviembre de 1996.

Por otro lado, el Subgerente de Operaciones I de la ETB manifestó:

“Que ante la declaratoria de caducidad de la interventoría del contrato, a partir de la presente prórroga será ejercida directamente por la División de Operación Oriente, para lo cual se levantará por día y semana un record de los ajustes hechos a fin de verificar el cumplimiento de meta propuesta”.

¹⁶¹ Folio 428 del cuaderno 2A.

¹⁶² Folio 350 del cuaderno 9.

¹⁶³ Esta es una transcripción literal, los errores, erratas, énfasis y mayúsculas hacen parte del texto original.

¹⁶⁴ Folios 351 y 352 del cuaderno 9.

¹⁶⁵ Folio 412 del cuaderno 2A.

¹⁶⁶ Folio 205 del cuaderno 2A.

¹⁶⁷ Folios 137 y 138 del cuaderno 2A.

3.3.1.46. Copia auténtica del oficio de la Personería Distrital de Bogotá, de 23 de agosto de 1996. En este, dicha entidad puso en conocimiento de la ETB, que profesionales adscritos a la Unidad de Investigaciones se habían desplazado al lugar de ejecución del contrato 3701/95, debido a los inconvenientes que se habían presentado con la comunidad, y habían encontrado algunas irregularidades, como: (i) escombros de pavimento por la Avenida calle 68 con carrera 58; (ii) jardinera rota; (iii) remates defectuosos de pavimento; (iv) “[h]undimiento en las capas del pavimento y fisuramiento en la Avenida calle 68 por carrera 42”; (v) cámaras telefónicas construidas a desnivel; (vi) “[e]scombros de pavimento sobre la carrera 29 por calle 70, así como canalización del poste a la cámara sin rematar en asfalto”; y (vii) conexiones a la vista¹⁶⁸. Este oficio fue remitido al consorcio contratista, mediante comunicación de 13 de septiembre de 1996, en la que la ETB solicitó “proceder a la atención urgente de estas anomalías e informar a esta división de las soluciones adoptadas y de su cumplimiento”¹⁶⁹.

3.3.1.47. Comunicado del 1º de agosto de 1996, remitido por el representante del contratista al Subgerente de Operaciones I de la ETB¹⁷⁰. En este, el consorcio JAVP y RYL manifestó su desacuerdo con la “*decisión unilateral*” de prorrogar el término de ejecución del contrato 3701 por 100 días, por considerar que fue una determinación “*unilateral, inconsulta y bajo premisas insuficientes, equivocadas, que aparentaron lo que no es*”. Adicionalmente, dice que la prórroga requiere un “*contrato adicional*”, el cual no ha sido suscrito, por lo que el término contrato venció el 18 de mayo de 1996.

El contratista expresó, además, su “*profunda preocupación por el anunciado cambio de interventoría*”. Al respecto, solicitó que se le informara “[...] *el momento en que operará [...] por haber quedado en firme la resolución que decretó la caducidad [...] y si tal efecto su produce antes del pago total de las obras ejecutadas y de la liquidación final del contrato, que se impartan por usted las instrucciones necesarias para que esa modificación no nos afecte*”.

3.3.1.48. Comunicación 471.037 de la ETB al consorcio contratista, en respuesta a la carta relacionada en el numeral precedente. La ETB expresó su extrañeza ante lo manifestado por el consorcio, debido a que –afirma– la decisión de la prórroga fue producto del acuerdo de voluntades, que se produjo en la reunión celebrada el 29 de julio, a la que asistió el representante el consorcio, el Jefe de la División Oriente de la ETB, el Coordinador del Contrato de la ETB, y la asesora jurídica de la Subgerencia de Operaciones I.

Aparte, la ETB afirmó que la comunicación en la que le había informado al consorcio que el contrato se prorrogaría por 100 días era un “[...] *acto administrativo que produce los efectos jurídicos queridos por las partes*” y que, según el literal j) de la cláusula 2ª del contrato, esta formaba “*parte integrante del contrato*”.

También se mostró sorprendida la empresa ante lo manifestado por JAVP y RYL en relación al cambio de interventoría, ya que –afirma– el consorcio fue “[...] *el primero en informar [sic] verbal y por escrito [sic] la irregularidades con que venía trabajando el interventor del contrato*”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Folio 675 del cuaderno 2A.

¹⁶⁹ Folio 676 del cuaderno 2A.

¹⁷⁰ Folios 231 a 234 del cuaderno 2A.

¹⁷¹ Folios 259 a 261 del cuaderno 2A.

3.3.1.49. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 05, suscrita por representantes de la ETB, el consorcio y el interventor Hans Humberto Varela Ruiz el 29 de agosto de 1996, con una amortización del anticipo de \$34'918.703,94, una retención de \$9'836,363,50, y un valor neto a pagar de \$152'010.202,56¹⁷².

3.3.1.50. Copia simple del acta de evaluación de daños del 12 de septiembre de 1996, suscrita únicamente por un representante de la ETB y el interventor del contrato 3701, Hans Humberto Varela Ruiz, en la que se consignó que:

“[...] se reunieron en el distrito 1162 [...] por parte de la ETB el señor Ricardo Gómez jefe de grupo, por el Consorcio Jorge A. Velosa y RYL Ltda., el supervisor Jorge Moreno y por la Interventoría el Ing. Hans Humberto Varela, con el objeto de evaluar y determinar las causas y responsabilidades de los daños al cable 1114 listones 251 al 256 que se presentaron porque el Contratista en el cambio de bloques plomados a rellenos dejó protegido el empalme por varios días en los cuales por efecto de lluvias le entró humedad; mientras se hacía el ajuste al nuevo cable 1110. Se determinó que el Consorcio contratista haría los trabajos respectivos de ajuste del cable 1114 a 1110 en el menor tiempo posible y poder restablecer el servicio. También se localizó daño en el cable 1127 de 300 pares, este daño fue reparado por personal de la ETB”¹⁷³.

3.3.1.51. Copia auténtica de la comunicación del Director de la División Oriente de la ETB, del 20 de septiembre de 1996¹⁷⁴, en la que le informó al interventor del contrato 3701 que:

“Como complemento al oficio 475381 del 5 de septiembre de 1996, emanado de esta División, hemos recopilado el resultado de chequeos posteriores al 4 de los corrientes efectuado por nuestro personal, de los cuales anexo fotocopias, para su conocimiento y que sirva de base, para saber el estado tan deplorable que presenta la obra a la fecha. Siguen las inconsistencias, de las que anexo fotocopias, como lo demuestran los chequeos de los listados efectuado los días 5 y 6 de septiembre de 1996, correspondiente a los distritos 1108, 1131 y 1143 del Cable 1104 de la central de San Fernando, con el objeto de que el contratista de obra se sirva corregir esos problemas. También en el presente usted encontrará fotocopia de los oficios – informa, en los que detallamos las falencias que presentan los [sic] Cables en el distribuidor de la central, tales como: coronas con cierres provisionales, carecen de conexión a tierra, sin asegurar en el bastidor, sin placa de identificación o con información equivocada [...]”.

3.3.1.52. Copia auténtica de la segunda acta de reajuste parcial de precios de las actas de liquidación número 01, 02, 03, 04 y 05, del 2 de octubre de 1996, la cual arrojó un valor neto a pagar de \$57'164.284,92¹⁷⁵.

3.3.1.53. Copia auténtica de la orden de pago número 9718, del 9 de octubre de 1996, por la suma de \$152'010.202,56, por concepto del acta número 05 del contrato 3701¹⁷⁶.

3.3.1.54. Copia auténtica del acta de liquidación parcial número 006, suscrita por representantes de la ETB, el consorcio y el interventor Hans Humberto Varela Ruiz el 24 de octubre de 1996, con una amortización del anticipo de \$0,00, una retención de \$6'346.164,29, y un valor neto a pagar de \$120'577.121,46. El Director de Operaciones Oriente de la ETB anotó: *“Me reservo el derecho a*

¹⁷² Folios 413 a 420 del cuaderno 2A.

¹⁷³ Folio 256 del cuaderno 2A.

¹⁷⁴ Folio 433 del cuaderno 9.

¹⁷⁵ Folios 429 a 432 del cuaderno 2A.

¹⁷⁶ Folio 421 del cuaderno 2A.

verificar las cantidades de obra correspondientes a esta acta"¹⁷⁷. Aparece además un total de obra liquidada y acumulada de \$1.327'342.660,86¹⁷⁸.

3.3.1.55. Informe número 472.153, del 29 de agosto de 1999, remitido por el Director de la División Operación Oriente de la ETB al consorcio contratista. Con este, le envió "[...] copia de un grupo de daños, conformado por catorce (14) REPORTES DE DAÑOS EN REDES DE LA ETB, para que se proceda a su reconocimiento y pago por ustedes a la Empresa"¹⁷⁹.

3.3.1.56. Copia auténtica del oficio 491.283 de 15 de octubre de 1996, con el cual el Director de la División Operación Oriente de la ETB remitió al interventor del contrato 3701 de 1995 copia de la valoración del daño que se había presentado en la carrera 64 con calle 67, avaluado en \$5'036.217, con el propósito de que fuera cobrado, junto con el lucro cesante causado¹⁸⁰.

3.3.1.57. Copia auténtica de la comunicación del 1º de noviembre de 1996, mediante la cual el Director de la División de Operación de la ETB le informó al Interventor que consideraba inaceptable que a la fecha se estuviera construyendo red telefónica en la ampliación de la central de San Fernando, debido a que dicha obra debió ser ejecutada en la primera prórroga del contrato 3701¹⁸¹.

3.3.1.58. Copia auténtica de la comunicación del Jefe de la Dirección de Operaciones Oriente de la ETB remitida a la Abogada de la Subgerencia de Operaciones I de la empresa, con la cual puso en su conocimiento que, con ocasión de las inspecciones realizadas: (i) se encontraron anomalías en algunas cámaras; (ii) los minibloques de 100 pares utilizados, fueron los rechazados por la ETB, a través del laboratorio de redes; y que (iii) el contratista continuó laborando después de la fecha final de terminación del contrato y entrega de obras¹⁸².

3.3.1.59. Acta de terminación de obra del contrato 3701, suscrita el 6 de noviembre de 1996 por el representante del consorcio JAVP y RYL y el interventor, Hans Humberto Varela Ruiz, los cuales "[...] declararon que los trabajos de canalizaciones, redes secundarias, redes primarias y ajustes de red han [sic] terminados a satisfacción y el contrato entra en etapa de liquidación final"¹⁸³.

3.3.1.60. Copia auténtica del acta de recibo final de obra del 6 de noviembre de 1996, suscrita entre el representante legal del consorcio contratista y el interventor del contrato 3701, en la que, tras especificar las obras recibidas, consignaron que: "El recibo de las obras a satisfacción por la Interventoría no exonera a el contratista de corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer a consecuencia de instalaciones y materiales defectuosos o por mano de obra deficiente"¹⁸⁴.

3.3.1.61. Copia simple de la comunicación número 513.338 del 6 de diciembre de 1996, remitida por el Subgerente de Operaciones I de la ETB al representante legal del consorcio. En ésta, le manifestó que:

¹⁷⁷ Folio 433 del cuaderno 2A.

¹⁷⁸ Folios 434 a 437 del cuaderno 2A.

¹⁷⁹ Folios 244 a 258 del cuaderno 2A.

¹⁸⁰ Folio 831 del cuaderno 9.

¹⁸¹ Folio 434 del cuaderno 9.

¹⁸² Folios 479 a 781 del cuaderno 9.

¹⁸³ Folio 494 del cuaderno 9.

¹⁸⁴ Folios 492 y 493 del cuaderno 9.

“[...] terminada la última prórroga del contrato No. 3701-95, se programó una inspección con personal de ETB tomando al azar algunos cables primarios y las redes de una partición de distrito a nivel secundario, tomando nota de las anomalías en su recorrido del cual adjunto fotocopia. Sobre el informe se establece que el contratista de obra continuó trabajando luego del último plazo contractual, que utilizó elementos rechazados por la Empresa, razones suficientes para dejar constancia de tales hechos y solicitarle: [...] 2. Al quedar ejecutoriada la caducidad del contrato de interventoría (3711) la empresa asume directamente la liquidación del contrato de obra razón por la cual deben coordinar directamente con la División de Operación Oriente”¹⁸⁵.

3.3.1.62. Comunicación del Director de Operaciones de Oriente de la ETB número 011615 del 3 de febrero de 1997, a través de la cual le hizo saber al representante del consorcio contratista que:

“En este momento con personal técnico de la Empresa, nos encontramos realizando un chequeo en terreno de las carteras secundarias presentadas por la Interventoría contratada a cargo del ingeniero Hans Humberto Varela Ruíz. Hemos encontrado que en sitios marcados con cola de cable telefónico de 4 Mts., en la cartera, no existe en terreno tal cantidad de cable. Se ha constatado la colocación de bloques de armario que fueron rechazados por el Laboratorio de Redes de la Empresa. Han colocado como cable mensajero nuevo, tramos de cable existente. [...] En razón a que se ha encontrado obra no ejecutada y sí liquidada por la Interventoría, le expreso que ésta División se abstiene de aprobar las carteras que fueron elaboradas para fines de pago”¹⁸⁶.

3.3.1.63. Comunicación del 4 de febrero de 1997, mediante la cual el consorcio JAVP y RYL le dio respuesta a la ETB sobre al listado de fallas y anomalías enumeradas en el oficio 005219 de la ETB. El contratista señaló que conformó un grupo cualificado para realizar una verificación conjunta y que, una vez esta se efectuó, se obtuvieron unos resultados que reflejan una “*situación completamente distinta a la sugerida*”. Además, expresó que su posición como Director de la División afectó el desarrollo de la obra¹⁸⁷.

3.3.1.64. Comunicación del 7 de febrero de 1997, mediante el cual la ETB le solicitó al contratista que le indicara el funcionario delegado por esta última firmara a diario las carteras que se iban realizando y las que se continuaran levantando, “[...] con el fin de legalizar las mismas para efectos de la liquidación del contrato 3701/952”¹⁸⁸.

3.3.1.65. Copia auténtica del memorando 9454 del 12 de febrero de 1997, con el cual el Subgerente de operaciones de la ETB solicitó al ingeniero Eslava que descontara del valor total que se adeudaba al consorcio contratista, la suma de \$127'421.993,40 correspondiente a la cláusula penal ordenada mediante Resolución 10661 del 25 de octubre de 1996¹⁸⁹.

3.3.1.66. Copia auténtica de la comunicación del 4 de marzo de 1997, remitida por el Director de la División de Operación Oriente a la Sección de Radicación Cuentas. Por este medio, ordenó que, según Resolución 10661 del 25 de octubre de 1996, se hiciera efectivo el descuento por cláusula penal del contrato 3701, por

¹⁸⁵ Folio 142 del cuaderno 2A.

¹⁸⁶ Folio 311 del cuaderno 2A.

¹⁸⁷ Folios 161 a 165 del cuaderno 2A.

¹⁸⁸ Folio 312 del cuaderno 2A.

¹⁸⁹ Folio 348 del cuaderno 9.

un monto de \$127'421.993,40, con lo cual, el saldo final a pagar equivaldría a \$50'319.412,97¹⁹⁰.

3.3.1.67. Acta de liquidación contable del contrato 3701, firmada el 23 de junio de 1997 únicamente por la ETB. En esta, se dejó constancia, entre otros, de: (i) las prórrogas suscritas; (ii) las actas canceladas; (iii) que se declaró la caducidad del contrato mediante resolución número 10.661 de 25 de octubre de 1996, la cual fue confirmada con la resolución número 10.838 de 2 de febrero de 1997; (iv) que el monto de la cláusula penal por caducidad es de \$127'421.993,40, el cual fue descontado en la orden de pago 002256, con la que se canceló el acta número 6; (v) que el consorcio presentó el acta número 7, por un valor de \$71'414.942, y la tercera acta de reajustes, por un monto \$40.485.571.44, la cuales no fueron convalidadas por el interventor; (vi) que, por disposición contractual, la empresa estaba autorizada para descontar el valor de los daños establecidos por la división de operaciones correspondiente; y que, (vii) realizado un balance final de los valores del contrato, se encontraba un saldo final de \$270'348.36,54 a favor del contratista¹⁹¹.

3.3.1.68. Copia auténtica de la resolución 11.133 del 4 de julio de 1997¹⁹², por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato 3701, con fundamento en las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- Que el plazo inicial fue de ciento cincuenta días (150), desde el 6 de diciembre de 1995 hasta el 3 de mayo de 1996.
- Que, por acta del 18 de marzo de 1996, se suspendió parcialmente la ejecución del contrato, en lo atinente al trabajo en cámaras telefónicas, por un término de 15 días, que transcurrieron entre el 18 de marzo de 1996 y el 1 ° de abril de 1996.
- Que mediante oficio del 17 de mayo de 1996, la ETB autorizó una prórroga por 73 días, desde el 19 de mayo de 1996, hasta el 30 de julio del mismo año.
- Que, a través de oficio del 30 de julio de 1996, el contrato 3701 se prorrogó por 100 días más.
- Que, se declaró la caducidad del contrato de interventoría 3711/95 con la Resolución 10502 del 26 de julio de 1996, que fue confirmada con la Resolución 10.648 del 18 de octubre de 1996, y que “[...] como consecuencia de lo anterior, la Interventoría del contrato la asumió la Empresa por conducto de [sic] la División de Operación Oriente”.
- Que, por medio de la Resolución 10.661 del 25 de octubre de 1996, confirmada por la Resolución 10.838 del 3 de febrero de 1997, se declaró la caducidad del contrato 3701, decisión que –según constancia de la Secretaria General de la ETB– quedó ejecutoriada el 25 de febrero de 1997.
- Que, el 24 de junio de 1997, la ETB dio respuesta al derecho de petición presentado por el consorcio, informándole que, pese a las reticencias del consorcio, la empresa procedería a liquidar el contrato una vez contara con la información recogida a través del procedimiento de verificación.
- Que la ETB le envió oportunamente al consorcio contratista el acta de liquidación final, la cual fue devuelta sin firma, debido a que este último no estaba de acuerdo con el contenido y el resultado de la misma.

¹⁹⁰ Folio 349 del cuaderno 2A.

¹⁹¹ Folios 327 a 334 del cuaderno 2A.

¹⁹² Folios 97 a 108 del cuaderno 2A.

- Que el valor final del contrato ascendió a la suma de \$1.431'782.392,67, del cual se descontó 10% del valor inicial del contrato, por concepto de cláusula penal.
- Que el contratista amortizó el anticipo del 50% por descuentos realizados a las actas 1, 2, 3, 4 y 5; y que se le retuvo el 5% correspondiente a la garantía en las actas 1, 2, 3, 4, 5, 6, por un total de \$66'0367.133,06, el cual fue devuelto con la liquidación.
- Que el contratista presentó el acta 07, por un valor de \$71.414.942, así como la tercera acta de reajustes, por \$40'485.571,44, sin la convalidación de la interventoría.
- Que la ETB revisó completamente las carteras de los cables primarios y concluyó que el contratista le adeudaba un saldo de \$270'348.363.54.

3.3.1.69. Recurso de reposición, con el que el consorcio contratista solicitó que se revocara la Resolución 11.133, del 4 de julio de 1996, que liquidó unilateralmente el contrato 3701 de 1995¹⁹³.

3.3.1.70. Copia auténtica de la resolución 11.284 del 18 de septiembre de 1997, a través de la cual la ETB resolvió el anterior recurso de reposición y decidió: (i) modificar el artículo 2° de la Resolución 11.133 del 4 de julio de 1997, en el sentido de indicar que el valor final que adeudaba el consorcio a la ETB ascendía a \$277'383.529,68; y (ii) confirmar las demás disposiciones¹⁹⁴.

3.3.1.71. Copia auténtica de la resolución 11.552 del 4 de febrero de 1998, por medio del cual se informó que, tras la liquidación unilateral del contrato, se realizó un cruce de información y se dejó constancia de que no habían sido tenidos en cuenta algunos boletines de reintegro de cable por un valor de \$73'487.818. Por tal razón, se modificó el numeral 1° de la Resolución 11.284 del 18 de septiembre de 1997 y se estableció que el valor real que adeuda por el consorcio a la ETB era de \$203'895.71,68¹⁹⁵.

3.4.2. Interrogatorios de parte

Por auto de 23 de febrero de 2005¹⁹⁶, se decretaron los interrogatorios de parte de los señores Jorge Ariel Velosa Peñarete y Javier Orlando Lemus.

3.4.2.1. Interrogatorio de parte del señor Jorge Ariel Velosa Peñarete Integrante del consorcio demandante.

En audiencia celebrada el 27 de mayo de 2005, rindió declaración de parte¹⁹⁷ Jorge Ariel Velosa Peñarete, ingeniero electrónico de profesión, en su condición de integrante del Consorcio demandante. En síntesis, el ingeniero Velosa Peñarete dijo, entre otros, que: **(i)** en los contratos 3701 y 3699, la ETB se comprometió a suministrar el cable y este se iba *“pidiendo programadamente, de acuerdo con los trabajos a realizar en el terreno”*, notándose, desde el comienzo, *“la falta de algunos cables de diferentes calibres, entre ellos, el de 600 pares, que llegó hasta julio o agosto del año 96, casi a los 7 meses de iniciado el trabajo”*; **(ii)** que el cable de 600 pares para los contratos de Yomasa y San Fernando fue entregado entre julio y agosto de 1996, pese a haber sido solicitado mediante memorando, de lo que la interventoría es “fiel testigo”, lo que le ocasionó

¹⁹³ Folios 364 a 379 del cuaderno 2A.

¹⁹⁴ Folios 109 a 122 del cuaderno 2A.

¹⁹⁵ Folios 143 a 147 del cuaderno 2A.

¹⁹⁶ Folios 322 a 324 del cuaderno 1. Exp. 1998-1988.

¹⁹⁷ Folios 332 a 335 del cuaderno 1.

“múltiples problemas al consorcio”; (iii) no creía que, en la ejecución del contrato 3701, el consorcio hubiera iniciado obras sin contar con la licencia de excavación, “por una sencilla razón: la licencia llegó 35 días después de iniciado el contrato”; (iv) no es cierto que, durante la ejecución de las obras, los daños en la central telefónica de San Fernando llegó a ser del orden de los 13.000 pares, lo que representaba el 33% del servicio de esa central; (v) no se comprobó, mediante el trámite establecido, que los daños que reportaba la división de redes de oriente hubieran sido ocasionados por “por mal manejo o mal trato de la red al contratista”; (vi) los daños en la central de San Fernando se debieron a la antigüedad de las cámaras, y a que las cámaras estaban mal colocadas, lo que era “poco favorable para trabajar”; (vii) se elaboraron cronogramas de trabajo para todas las obras, los cuales “se fueron atrasando sistemáticamente por culpa de la ETB, y el mismo interventor, inclusive creo que tiene una comunicación que dice que los empalmes se demoraron 45 días por falta de cable”; y, (viii) “[...] que cuando se terminaban las obras de canalizaciones [del contrato 3701], tan solo faltaban 19.700 pares de ajustes”.

3.4.1.2. Interrogatorio de parte del señor Javier Orlando Lemus Lanziano integrante del consorcio demandante.

En audiencia celebrada en la misma fecha, rindió declaración de parte Javier Orlando Lemus Lanziano¹⁹⁸, ingeniero electricista de profesión, en su condición de integrante del Consorcio y quien a su vez actúa como representante legal del mismo. En esta audiencia, el ingeniero Leumus Lanziano manifestó, entre otros, que: **(i)** sí es cierto que, en el acta del comité de avance de obra de 9 de mayo de 1996 del contrato 3699, la interventoría manifestó que el valor total del contrato fue ejecutado dos semanas antes de la terminación del plazo contractual, y que la prórroga de 47 días había sido concedida para la ejecución de las obras adicionales y la instalación del cable de 600 pares que supuestamente no tenía el contratista; **(ii)** que no recordaba la longitud del cable de 600 pares que se requería para la ejecución del contrato 3699, pero que este sí era necesario para los distritos en los que se estaban construyendo las redes, conforme a los diseños de la ETB; **(iii)** tenía entendido que el objeto del contrato 3701 consistía en *“la construcción y ampliación de redes precisamente para reemplazar las existentes que por su antigüedad y estado no garantizaba[n] una estabilidad en el servicio lo que necesariamente implicaba un importante número de líneas por fuera permanentemente, adicionalmente en los sectores motivo del contrato no solamente operaba el contratista sino también cuadrillas de mantenimiento de la ETB lo cual quedó demostrado en algunas actas donde en principio se evaluaron las causas de tales daños y en donde aparecieron como responsables de los mismos cuadrillas de la ETB”*; **(iv)** se estableció un procedimiento, aprobado por la interventoría y el consorcio, para establecer la responsabilidad por los daños, y *“como el contratista no resultó responsable de los daños, motivo de estas [dos] reuniones, la ETB, descartó definitivamente el procedimiento acordado y procedió a hacerlo unilateralmente sin la presencia del contratista y en muchos casos de la misma interventoría, como consta en documentos anexos al expediente”*; y que **(v)** los ajustes representaban el 5% del valor total del contrato 3701, lo que *“quería decir”* que para el 30 de julio de 1996, fecha de su finalización, *“prácticamente se tendría ejecutado la totalidad del contrato”*.

3.4.3. TESTIMONIOS

¹⁹⁸ Folios 337 a 340 del cuaderno 1.

Dentro del expediente acumulado 1999 -1988 - se decretaron los testimonios de los señores Hugo Eslava Eljaiek y Álvaro Téllez Mosquera.

3.4.3.1. Testimonio de Hugo Jesús Eslava Eljaiek

Rindió testimonio en audiencias celebradas el 9 de agosto y 9 de noviembre de 2005, el señor Hugo de Jesús Eslava Eljaiek, con grado de escolaridad universitario, Director de la División Oriente de la ETB para la época de los hechos, quien manifiesta no tener parentesco o relación con la parte demandante y respecto a la parte demandada, informa que es empleado de la misma. Ante tal situación, el testigo se encuentra inmerso en una de las circunstancias de sospecha previstas en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, lo que conlleva a la Sala a examinar su testimonio con mayor severidad.

En la audiencia del 9 de agosto de 2005, el ingeniero Eslava Eljaiek, en síntesis, manifestó, entre otros, que: **(i)** el pago del anticipo de anticipo del contrato 3701 se realizó con sujeción a lo establecido en las disposiciones contractuales y no se presentó mora en su cancelación; **(ii)** el consorcio contratista incurrió en múltiples irregularidades en el manejo del anticipo, lo que ameritó sendos llamados de atención escritos de la interventoría, así como de la División de Operaciones Oriente de la ETB, los cuales aportó al expediente; **(iii)** realizó mediciones aleatorias en el terreno, encontrando diferencias entre lo consignado en las actas de liquidación de obra 6 y 7, y lo encontrado, por lo que “se tomó la decisión de elaborar de nuevo las carteras”; **(iv)** para lo anterior, el contratista nombró un funcionario, pero fue retirado dos (2) semanas después; **(v)** en el acta de entrega, la cual aporta, se dejó constancia de que los cables estaban en buen estado, pero, debido a la falta de previsiones del contratista, el número de pares fuera de servicio llegó hasta las 13.200 en mayo; **(vi)** para arreglar tales daños, se aprobó una suspensión parcial de 15 días; **(vii)** en las actas de obra 5 y 6 se acordó un procedimiento para determinar la responsabilidad de los daños a redes y cuantificarlos, con el cual se estableció la responsabilidad del contratista, pero éste se negó a pagar los daños y a firmar los documentos correspondientes; **(viii)** la ETB tiene la obligación de garantizarle la prestación del servicio a sus clientes y el volumen de daños era “*exageradamente alto*”, por lo que “*no podía dar más espera para que por un lado el interventor nos acompañase a la diligencia de inspección [...] y de otra parte el inspector que el contratista se negase a reconocer su responsabilidad [...] ETB procedió simplemente a restablecer el servicio*”; **(ix)** pese a que el acta de recibo final la debía hacer la empresa, y no el interventor, ésta fue elaborada exclusivamente por el contratista y el interventor, quienes dieron por terminadas las obras, pese a que faltaban obras y otras fueron mal ejecutadas; **(x)** la responsabilidad del contratista en los hechos que dieron lugar a la suspensión se determinó por “[e]l solo hecho de [sic] ue los daños se causaron en la ruta de ejecución de las obras de San Fernando [...] a [sic] que se le suma la estabilidad de la red antes de la ejecución de las obras y el alto volumen de daños durante la ejecución”. **(xi)** el supuesto suministro inoportuno de cables por parte de la ETB es un “*sofisma de distracción para enmascarar los atrasos que [el contratista] venía presentando en la obra*”; y **(xii)** los atrasos en la ejecución de la obra no se ocasionaron por la falta de licencia de excavación, ya que el interventor pudo comprobar que las canalizaciones se estaban ejecutando. La diligencia fue suspendida¹⁹⁹.

En la continuación de la audiencia de testimonio del ingeniero Hugo Jesús Eslava Eljaiek, practicada el 9 de noviembre de 2005, este, en resumen, dijo, entre otros,

¹⁹⁹ Folios 607 a 612 del cuaderno 9.

que: **(i)** la ETB advirtió al contratista y a la interventoría, que los ajustes deberían ir realizándose “*cable por cable*”, y no de forma cumulativa al final de las obras; **(ii)** la empresa fue señalando el orden en que debían realizarse los ajustes, así como su importancia; **(iii)** si bien es cierto que en la ejecución del contrato el consorcio se encontró con dificultades, como canalizaciones obstruidas o faltantes, este estaba en la obligación de atenderlas, según la cláusula 1ª del contrato; **(iv)** el consorcio contratista podía haber previsto el tipo de canalizaciones que se realizarían en la visita previa a la oferta, el momento de replanteo de las obras y en su ejecución; **(v)** exmpleados de la ETB hacían parte o trabajaban para el consorcio y la interventoría, por lo que conocían la estación en la que se desarrollarían las obras; **(vi)** el acta de liquidación 002 había sido pagada a tiempo; **(vii)** las razones por las que la ejecución del contrato había sido prorrogada y suspendida; **(viii)** la demora en el pago de las cuentas de reajuste 1 y 2 es imputable al contratista, ya que el acta por éste presentada tuvo que ser devuelta en varias ocasiones, por defectos en su elaboración; **(ix)** los motivos por los que se acordó una prórroga del contrato de 100 días en una segunda ocasión; **(x)** durante dicha segunda prórroga, los ajustes programados se ejecutaron a un ritmo inferior al esperado, por lo que la empresa decidió declarar la caducidad del contrato de obra; **(xi)** la empresa declaró paralelamente la caducidad del contrato de interventoría, ya que los días 6 y 7 de noviembre encontró tres (3) actas suscritas por el contratista y la interventoría, dentro de las que se encuentra el acta de recibo final de la obra, que debería haber sido suscrita por la ETB, según la minuta del contrato; **(xii)** en la reunión celebrada el 29 de julio de 1996, el representante del consorcio no manifestó inconformidad con la decisión de prorrogar la ejecución del contrato en 100 días; **(xiii)** desconocía aspectos específicos de la ejecución del contrato 3699; y **(xiv)** no fueron pagados costos derivados de una mayor permanencia en la ejecución del contrato 3701. Por último, solicitó al Despacho que le permitiera aportar la documentación relacionada en su declaración, dentro de los cinco (5) días siguientes a la diligencia, conforme al artículo 228.7 del Código de Procedimiento Civil²⁰⁰.

3.4.3.2. Testimonio de Álvaro Téllez Mosquera

Rindió testimonio en audiencia de 17 y 22 de noviembre de 2005, el señor Álvaro Téllez Mosquera, quien para el momento de ejecución de los contratos 3701 y 3699, se desempeñaba como Subgerente de operaciones 1 de la ETB, para la cual trabajó por un lapso de 23 años, por lo que es un testigo con amplia experiencia en el manejo y funcionamiento de redes telefónicas. En extensa declaración, el testigo, que podemos catalogar de técnico, con profundo conocimiento de causa, respondió las preguntas a que fue sometido, haciendo primeramente una explicación detallada de los principales componentes de una red telefónica y la manera cómo tiene tolerancia cada uno de ellos.

En la audiencia practicada el 17 de noviembre de 2005, el ingeniero Álvaro Téllez Mosquera, en síntesis, expresó: **(i)** que sus funciones le permitían administrar, pero no suscribir el contrato 3701; **(ii)** los principales componentes de una red telefónica; **(iii)** que la construcción de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, “*incluyendo canalizaciones obstruidas, copadas y faltantes*”, hacía parte del objeto del contrato 3701; **(iv)** que, en la medida en que fuera ejecutando el anterior contrato, el consorcio estaba obligado entregar y poner en funcionamiento las red telefónica, la cual debía ser “[...] *recibida a satisfacción por la interventoría quien [sic] hacia las veces del contratante que era la ETB*”; **(v)** que el objeto del contrato también comprendía; **(vi)** que, al finalizar el contrato 3701, el

²⁰⁰ Folios 614 a 620 del cuaderno 9.

consorcio debía “[...] someter a prueba todo el conjunto para demostrar que funcionaba y quedaba disponible para ser utilizado por la empresa contratante ETB”; **(vii)** que se presentaron errores en la planeación y administración del contrato 3699 por parte del contratista, consistentes en un inadecuado manejo del impacto urbano, falta de personal especializado para la construcción de redes y empalmería, y problemas en con los proveedores de maquinaria que el mismo seleccionó; **(viii)** que los anteriores problemas fueron reconocidos en las actas del comité de obra, sin que existiera constancia de que el contratista hubiera conseguido el personal y la maquinaria suficientes; **(ix)** que, en el desarrollo del contrato 3699, el consorcio adquirió “minibloques de muy baja calidad”, lo que le ocasionó problemas de homologación que homologación y aceptación por parte del laboratorio, y retrasó las obras; **(x)** que, por falta de supervisión adecuada y oportuna en el terreno, los obreros ocasionaron daños en el sector de la Fiscala, y se construyeron muchas redes que no cumplían las normas técnicas; **(xi)** que los ajustes de red, que se calculaban en 19.000, aproximadamente, no fueron realizándose gradualmente y se acumularon al final de la obra; **(xii)** que, pese a que el consorcio contaba con ingenieros con amplia experiencia previa en la ETB, estos fueron “[...] descuidados en la ejecución de un contrato de esa envergadura, [y] presumiblemente delegaron en otras personas que no eran las adecuadas para ejecutar el contrato”; **(xiii)** que la interventoría del contrato 3699 fue “organizada y planeadora”, y “permanentemente presentó reportes e informes de avance de obra a la empresa contratante como lo fue la ETB”; **(xiv)** que, entre enero y mayo de 1996, la interventoría del contrato 3699 “con sus escasos recursos manejó responsablemente y con calidad sus funciones y obligaciones contractuales”, ya que exigió firmemente al consorcio contratista un buen manejo de las normas de impacto urbano, la presentación del programa de ejecución, y “cumplió un papel protagónico” cuando culpó al contratista por los daños ocasionados en el sector de la Fiscala; **(xv)** entre mayo y junio de 1996, la interventoría del contrato 3699 “se comportó de manera vacilante e insegura”, debido a que “manifestó que presumiblemente el contratista no era culpable de los daños que habían ocurrido en la Fiscala”, por lo que solicitó un concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, y guardó silencio sobre la necesidad de contratar más personal y exigir informes; **(xvi)** que “la interventoría [del contrato 3699] se equivocó dramáticamente al no avalar una de las soluciones que ETB proponía frente a la permanente queja del contratista [sic] que faltaban cables pero que por que por supuesto ETB no aceptaba la falta de cables basándose en los informes mensuales que expedía en esa época el departamento de almacenes de la ETB”; **(xvii)** entre el 7 de julio de 1996 y la fecha de liquidación del contrato 3699, la interventoría “[...] da un giro en relación a la segunda etapa y entra a reconocer que los delegados de ETB tenían la razón en los planteamientos efectuados con relación a los daños en la Fiscala”; **(xvii)** y que, durante los tres (3) primeros meses de ejecución del contrato 3699, el consorcio se aprovisionó de cables suficientes, pero luego manifestó continuamente en los comités de obra, que no había cable en las bodegas de la ETB, a lo que esta empresa respondió afirmando que sí contaba con dicho cable, lo que fue avalado por la interventoría²⁰¹.

La audiencia de testimonio rendido por el ingeniero Álvaro Téllez Mosquera continuó el 22 de noviembre de 2005. En relación con lo manifestado en la audiencia anterior, el ingeniero Téllez señaló, en resumen, lo siguiente: **(i)** durante los dos (2) primeros meses, el contratista se aprovisionó del 50% del cable requerida para la ejecución de las obras; **(ii)** en los dos (2) meses posteriores, el contratista manifestaba no tener disponibilidad suficiente de cables para ejecutar el contrato, la interventoría señalaba que se presentaban atrasos imputables al

²⁰¹ Folios 622 a 625 del cuaderno 9.

consorcio y la ETB afirmaba la existencia y disponibilidad de cables, pese a “de acuerdo a los registros estadísticos que [sic] presentaban el departamento de almacenes”; (iii) que solo en una ocasión, el contratista demostró que no había existencia de cable de 600 pares, pero en los informes mensuales del departamento de almacén de la ETB constaba la existencia de cable; (iv) que, ante la eventual inexistencia de cables de 600, la ETB ordenó al contratista la utilización de cables de 400 pares, posición que inicialmente fue respaldada por la interventoría; (v) que la interventoría se opuso luego a la anterior propuesta de la ETB, argumentando que la combinación de distintas denominaciones de cable ocasionaría problemas de seguridad; (vi) que la verdadera razón por la que la interventoría se opuso, radicó en la incapacidad del contratista para colocar y empalmar cables de cualquier denominación; (vii) que el consorcio contratista no tuvo que cancelar costos de personal cesante, ya que esta era contratado bajo la modalidad de obra realizada; y (viii) que, durante la ejecución del contrato, el consorcio no demostró la existencia de costos fijos, ni presentó informes con planillas del personal contratado²⁰².

3.5. Problemas jurídicos

A la Sala corresponde resolver los problemas que se enuncian a continuación:

¿Los contratos 3699 y 3701 de 1995, cuyo objeto se encontraba directamente relacionado con la prestación de servicios públicos domiciliarios, se regía por el Estatuto General de Contratación Pública?

¿La entidad contratante está obligada a cancelar los costos de la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala, cuando existe prueba del origen de los daños en circunstancias de fuerza mayor?

¿La entidad demandada incurrió en mora en el pago del anticipo y de otras cuentas derivadas de los contratos 3699 y 3701 de 1995?

¿Las prórrogas del contrato 3699 de 1995 y la consiguiente mayor permanencia en obra por parte del consorcio contratista es imputable a la ETB o fue ocasionada por hechos externos y, en consecuencia, debe reestablecerse la ecuación financiera del contrato?

¿La demora en la expedición de la licencia de excavación, el déficit de cable cuyo suministro correspondía a la ETB y la aprobación de mayores cantidades produjeron una mayor permanencia en obra la ejecución del contrato 3701 que dé lugar al reajuste su equilibrio prestacional?

¿El incremento de la tarifa del IVA en dos (2) puntos porcentuales durante la ejecución de los contratos 3699 y 3701 da lugar al reajuste del balance contractual, pese a que fueron reconocidos y pagados reajustes a los precios?

3.6. Análisis de la Subsección acerca de la competencia funcional del juez de segunda instancia

Antes de desatar el recurso de apelación formulado por la parte demandante, la Subsección dará aplicación a lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil (CPC), y a lo establecido por la Sala Plena de la Sección

²⁰² Folios 626 a 629 del cuaderno 9.

Tercera de esta Corporación²⁰³, en el sentido de definir el alcance de la competencia funcional del juez de segunda instancia, limitada como está por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia. Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la *“non reformatio in pejus”*, introducido como precepto en el artículo 31 de la Constitución Política y consagrado por el artículo 357 del CPC y, en segundo orden, por el objeto mismo del recurso de apelación (revocar o modificar la providencia), cuyo marco está definido, a su vez, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia. Así pues, al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primer grado que hayan sido aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan excluidos del debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia.

En el sub lite, la recurrente protesta, básicamente, que el a quo no haya realizado un estudio individualizado de los cargos que se formularon en la demanda contra las resoluciones cuya nulidad se deprecia, bajo las causales de falsa motivación, violación de las normas superiores en las que debían fundarse, con referencia expresa a diferentes normas constitucionales y legales.

En tal sentido, la Sala advierte que si bien el Tribunal no hizo un pronunciamiento expreso sobre tales causales, en perspectiva puramente normativa, sí acometió un juicioso análisis de los supuestos fácticos en los que el recurrente soportó sus pretensiones, soportes estos que habiendo sido desestimados, forzaban idéntica consecuencia sobre las causales de nulidad invocadas.

En los apartes subsiguientes de su recurso, acometió el apelante el análisis de la “[e]xistencia de supuestos fácticos y jurídicos para ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato”, refiriéndose a aspectos teóricos relativos a la “[r]uptura del equilibrio de la ecuación económica del contrato”, y al “[c]ontratista como colaborador del Estado”, entre otros aspectos. De forma tal que ha de entenderse que el alcance de este apartado del recurso se remite a las glosas que el recurrente formula a las razones que expuso el Tribunal para desestimar sus pretensiones.

Así las cosas, esta superioridad funcional se ocupará inicialmente del examen o estudio de los cargos formulados con relación a las causales de violación de normas jurídicas, con base en los cuales la parte demandante solicitó la nulidad de las resoluciones números 11.037 y 11.144 de 21 de mayo y 15 de julio de 1997, respectivamente, y lo hará conforme a lo previsto en el inciso 2º del artículo 311 del CPC –hoy 287 del CGP– el cual establecía que: *“El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación.”*

²⁰³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del nueve (09) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 50001233100019970609301 (21060).

Agotado este estudio, analizará los reproches formulados a la sentencia de primera instancia, esto es al estudio que allí se hizo de los cargos relativos a la pretensión del rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Pero, antes de ello, esta Colegiatura procederá a definir el marco jurídico dentro del cual se realizará el análisis de la validez de los actos administrativos recurridos, así como del equilibrio económico de los contratos 3699 y 3701 de 1995.

3.6.- Régimen jurídico aplicable a los contratos 3699 y 3701 de 1995

La ETB y el consorcio Jorge Ariel Velosa Peñarete – R y L Ltda. suscribieron los contratos 3699 y 3701 el 13 de octubre de 1995, momento en el que la ETB se encontraba constituida como establecimiento público, según el Acuerdo Distrital número 72 de 1967, entonces vigente.

En el momento en los anteriores negocios jurídicos fueron firmados, se encontraba vigente la Ley 142 de 1994, con la cual se desarrolló el régimen de servicios públicos definido en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política de 1991²⁰⁴, en el cual –como lo ha manifestado esta Subsección– operan actores privados y, excepcionalmente públicos, en un contexto mercantil de libertad económica y de mercado, el cual se rige por las normas propias de la iniciativa privada²⁰⁵.

El régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios se centra en la actividad, no en la naturaleza pública o privada del sujeto que la desarrolla, en aras de garantizar la libre competencia, como un derecho del que deben beneficiarse todos, siendo así menester impedir que sea utilizado por quienes se encuentran en una situación de predominio, para beneficio propio y en perjuicio de los demás²⁰⁶. No cabe así afirmar²⁰⁷ que el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios se aplica únicamente a las empresas constituidas como sociedades por acciones, o empresas industriales y comerciales del Estado, o a sociedades de economía mixta.

El régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es uno de los principales elementos de este régimen jurídico. El artículo 31 del texto original de la Ley 142 de 1994, vigente en el momento en que se perfeccionaron los contratos 3699 y 3701 de 1995, establecía que:

“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.”

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se

²⁰⁴ LEY 192 DE 1994. “Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines [...]”

²⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 4 de junio de 2015, exp. 30280; sentencia de 3 de diciembre de 2015, exp. 36929; y sentencia de 20 de febrero de 2017, exp. 56562.

²⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003.

²⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de noviembre de 2017, exp. 36865.

ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa” (subrayado añadido).

El parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al que remite la anterior disposición, en su versión vigente hasta su modificación por la Ley 1150 de 2007, a su vez establecía que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades” (énfasis fuera del texto).

La complejidad de la redacción e integración de esta disposición normativa no ha pasado inadvertida a esta Corporación, la cual, no obstante, ha entendido que, con ello, las relaciones contractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos se someten al Derecho privado²⁰⁸.

En síntesis, el régimen colombiano de los servicios públicos domiciliarios busca garantizar la libre iniciativa y competencia, así como la eficiencia económica, la transparencia y la neutralidad en su prestación, y garantizar la igualdad todas las prestadoras de tales servicios. Para ello, resulta indispensable que se defina un régimen único de contratación el cual, en atención al esquema de libre competencia en el que se prestan los servicios públicos domiciliarios, debe ser preponderantemente *ius privatista*, como lo ha venido manifestando esta Corporación desde la sentencia de 23 de septiembre de 1997²⁰⁹.

La Sala Plena de la Sección Tercera ha definido los siguientes aspectos generales del régimen contractual de las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios:

«a) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, incluyendo a aquellos que tienen la calidad de entidades estatales, se rigen por las reglas del derecho privado y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo disposiciones que así lo indican, para el efecto: los contratos en los que se utilizan cláusulas exorbitantes autorizadas por las Comisiones de Regulación, así como los contratos mediante los cuales los entes territoriales trasladan la prestación directamente o en razón de la disolución o liquidación de empresas estatales encargadas de hacerlo -arts. 31 y 32²¹⁰».

b) Las normas contractuales establecidas para los prestadores de servicios públicos domiciliarios, incluyendo las del derecho privado, se interpretarán –se destaca– “(…) de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación

²⁰⁸ «Es de advertir, “que cuando esta norma tuvo vigencia en los términos iniciales de la ley 142 de 1994, siempre se consideró que estaba mal redactada. Sin embargo, por fuera de esta consideración, lo único que se podía concluir de la remisión que el artículo 31 original de la ley 142 de 1994 hacía al parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, es que se reiteraba que el régimen jurídico de las empresas que tenían por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no podía ser otro que el derecho privado. Así lo entendía el Consejo de Estado al aplicar esta norma cuando era procedente”». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de febrero de 2017, exp. 56562. “En tal sentido, se debe recordar que, según el régimen jurídico especial que gobierna a las empresas mixtas de SPD, ellas se rigen, en materia contractual, por el derecho privado, tal como lo establece el art. 31 de la ley 142 de 1994”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 1º de abril de 2009, exp. 34846.

²⁰⁹ Radicación número: S-701.

²¹⁰ «Este último modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001».

de los servicios” (art. 30), esto es, con sujeción a los principios de libre competencia y eficiencia económica.

c) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en general, deben actuar con sujeción al principio de neutralidad, esto es, evitar privilegios injustificados en sus actos y contratos y las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica, en particular, abstenerse de privar a los usuarios de los beneficios de la competencia, conforme a los artículos 34 de la Ley 142 de 1994 y 42 de la Ley 143 del mismo año, respectivamente.

d) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, con posición dominante en el mercado, cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios, deberán sujetar su adquisición a procedimientos que aseguren la concurrencia de los eventuales contratistas, en condiciones objetivas y de igualdad, esto es, con sujeción a los principios de transparencia y eficiencia»²¹¹.

Sin embargo, la Sala Plena de la Sección Tercera precisó que el régimen contractual especial de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios *“no excluye la aplicación de los principios constitucionales que rigen la actividad de las entidades públicas, sino que debe acompasarse en todo aquello que no desvirtúe su naturaleza y régimen jurídico”*. Por lo tanto, el desarrollo de sus actividades, lo que comprende tanto sus actos como sus contratos, *“se sujeta a los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, en cuanto compatibles con su naturaleza y régimen, al tenor de lo dispuesto en los artículos 209 constitucional, 2, 3 y 39 de la Ley 489 de 1998”*²¹².

El régimen de Derecho privado preponderante se aplica pues a los contratos cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación de servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias²¹³, como lo era el servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada, que –de acuerdo con el artículo 14.26. de la Ley 142, era *“el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional”*.

Ahora bien, los **contratos 3699 y 3701 de 1995 suscritos entre la ETB y el consorcio actor** tenían por objeto la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en las ampliaciones generales de las centrales telefónicas de Yomasa (Grupo 1) y San Fernando (Grupo 2)²¹⁴. El objeto de estos contratos estaba así dirigido a conseguir la prestación del servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Por lo tanto, **la Sala concluye que a los negocios jurídicos que originaron el conflicto sometido a su conocimiento se rigen por sistema jurídico de Derecho privado preponderante. previamente expuesto.**

²¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, radicación número 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

²¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, radicación número 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

²¹³ LEY 142 DE 1994. Artículo 14.2. *“Actividad complementaria de un servicio público. Son las actividades a las que también se aplica esta Ley, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades”*.

²¹⁴ Folios 75 a 87, del cuaderno de pruebas número 2 (expediente 1999-1988); y folios 80 a 92 del cuaderno 2A.

Establecido lo anterior, la Subsección procederá a examinar los cargos propuestos por la recurrente, dentro del marco legal y competencial precisado.

3.7. Consideraciones relativas al contrato 3699 de 2005.

En el libelo introductorio, el actor solicitó, en primer lugar, que se declarara la nulidad de las Resoluciones 11.037 del 21 de mayo de 1997 y 11.144 del 15 de julio de 1997 y, en segundo lugar, que se restableciera el equilibrio económico del contrato 3699 de 1995, con el consiguiente reconocimiento y pago de las obras ejecutadas para la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala, los sobrecostos en la construcción de pavimentos asfálticos, los intereses moratorios por pagos inoportunos, los costos generados por mayor permanencia en obra y el incremento de la tarifa del IVA.

La Sala analizará así, primero, lo concerniente a la validez del denominado acto administrativo con el que se liquidó el contrato 3699 y, a continuación, los cargos relativos al reconocimiento y pago de las circunstancias que –según el actor– alteraron el equilibrio económico de dicho contrato.

Al respecto, cabe precisar que la responsabilidad contractual –regulada en los artículo 1602 y siguientes del Código Civil– tiene lugar cuando exista una obligación derivada de un contrato, que haya sido incumplida por una de las partes, ocasionándole a la otra un menoscabo a un interés jurídicamente protegido, dando lugar, con ello, a la exigencia del cumplimiento del contrato, su resolución o el pago de los daños ocasionados. Mientras que la teoría de la imprevisión –regulada en el artículo 868 del Código de Comercio– se aplica cuando hechos sobrevinientes, imprevistos, imprevisibles y extraños a la parte afectada hagan excesivamente gravoso para ésta el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo suyo, por lo que puede solicitar el reajuste de las prestaciones del contrato o su resolución.

En sustento de lo pretendido por la accionante, esta alega que: (i) al negarse reconocer los costos de las reparaciones de la vía de acceso al barrio La Fiscala, la ETB incumplió la 20ª del contrato 3699 de 1995; (ii) al incurrir en mora en el pago de cuentas y negarse a pagar intereses equivalentes a la D.T.F. vigente, la empresa demandada incumplió la cláusula 7ª del mismo contrato. Así pues, al basarse las anteriores pretensiones en factores del cumplimiento del contrato 3699, éstas serán estudiadas por la Sala en sede de responsabilidad contractual, como se precisará más adelante

Por otra parte, la actora depreca que se reconozca y pague los costos generados por mayor permanencia en obra, por causas imputables a la ETB. La Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que, “[l]os eventos [comprendidos por la teoría de la imprevisión] *pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto*”²¹⁵. En consecuencia, esa Subsección analizará este motivo de inconformidad en el marco de la teoría de la imprevisión.

Así mismo, la demandante alega que los sobrecostos causados por el mayor espesor en la construcción de algunos pavimentos asfálticos y por el incremento

²¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

de la tarifa del IVA, fueron ocasionados por circunstancias imprevistas y ajenas a ésta, que hicieron más gravosa la ejecución del contrato para ésta. Consecuentemente, estos cargos serán resueltos por la Subsección, en marco de la teoría de la imprevisión. En ello, en todo caso, se tendrán en cuenta los principios de economía y planeación, así como las cargas de diligencia, rigor, seriedad, previsión y sagacidad, conforme a los cuales se define el alcance de la previsión exigible a los co-contratantes en los contratos regidos preponderantemente por el Derecho privado suscritos las prestadoras de servicios públicos.

3.7.1. Cargos resoluciones número 11.037 del 21 de mayo de 1997 y 11.144 del 15 de julio de 1997 y la “falsa motivación”, “violación del principio de la buena fe” e “infracción de las normas en que debía fundarse el acto administrativo de liquidación unilateral”

La apelante sostiene que las Resoluciones 11.037 del 21 de mayo de 1997 y 11.144 del 15 de julio de 1997, expedidas por ETB, adolecen de nulidad por falsa motivación y vulneración del principio de la buena fe, por cuanto en ellas se habría conferido un alcance indebido a los artículos 5º numeral 1º, 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993, y 15 del Decreto 679 de 1994, pues, sin consideración alguna por el derecho que el consorcio contratista tenía a recibir oportunamente la remuneración pactada con su valor intrínseco inalterado, la Resolución 11.037 de 1997 le negó su derecho bajo un entendimiento del numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 y del numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 conforme al cual, tal reclamación ha debido efectuarse dentro del plazo de ejecución del contrato, y no vencido este término. Protesta el consorcio que tales disposiciones no establecieron un plazo al contratista para reclamar y que, en manera alguna, se puede concluir que dispongan que sólo durante la ejecución del contrato se pueda hacer una reclamación con ocasión de la actividad contractual.

La Subsección no comparte el enfoque *ius publicista* que el actor emplea en la formulación de estos cargos, pues, como ha tenido oportunidad de precisar,

«Una aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios “permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general”²¹⁶» (subrayado fuera del texto original)²¹⁷.

En síntesis, itera la Subsección, tanto los contratos, como los actos de las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos se rigen por el Derecho privado, salvo en aquellos aspectos en los que la constitución o la ley dispongan lo

²¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

²¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de febrero de 2017, exp. 56562.

contrario, lo que se contrae fundamentalmente a sus relaciones con los usuarios²¹⁸.

En este orden de ideas, la ETB con las resoluciones número 11.037 del 21 de mayo de 1997 y 11.144 del 15 de julio de 1997, expedidas con el propósito de dar liquidación al contrato 3699 de 1995, no podía imponer al contratista obligaciones, ni, en general, consecuencias gravosas, contra su voluntad, resultado que solo era jurídicamente permitido en el contexto de la relación subordinante del derecho administrativo.

Podía sí, y es práctica cada vez más usual en los contratos de derecho privado, compendiar cronológicamente las incidencias de la ejecución contractual, y dar cuenta así de las actuaciones, acciones y omisiones de las partes, con referencia, incluso, a aquellas decisiones que la ETB había adoptado a despecho de los reclamos del contratista en relación con la veracidad y con la adecuada apreciación de los hechos que le sirvieron de causa.

Así, la Sala encuentra que el contratista reprocha los siguientes precedentes resumidos en ese “*corte de cuentas*” descriptivo de las incidencias de la ejecución del contrato:

- Que, a diferencia de lo que allí se expresó, no se encontraban probados los supuestos que obligaran al Consorcio contratista a cancelar los costos de la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala.
- Que se hubiera pasado por alto la mora en que habría incurrido la ETB en el pago del anticipo y de otras cuentas derivadas de los contratos 3699 y 3701 de 1995.
- Que hubiera desconocido que las prórrogas del contrato 3699 de 1995 y la consiguiente mayor permanencia en obra por parte del consorcio contratista fue ocasionada por hechos imputables a la propia ETB o por hechos externos
- Que no hubiera tomado en consideración que la demora en la expedición de la licencia de excavación, el déficit de cable cuyo suministro correspondía a la ETB y la aprobación de mayores cantidades produjeron una mayor permanencia en obra en la ejecución del contrato 3701; y, finalmente, que

²¹⁸ «En consonancia con estos mandatos, el capítulo VII del Título VIII de la Ley 142 bajo la nominación de “defensa de los usuarios en sede de la empresa”, previó que las decisiones unilaterales que adoptan las empresas y que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato en relación con los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación del servicio, son pasibles de los recursos de reposición y de apelación, eventos en que igualmente las empresas adoptan decisiones que revisten el carácter de función administrativa. || Así las cosas, la Ley 142 dotó de una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública a las empresas de servicios públicos domiciliarios, dentro de las cuales ocupa especial relevancia la potestad de autotutela propia de las autoridades administrativas, al revestirlas de la facultad de decidir ciertas controversias que se susciten con ocasión de la prestación del servicio o la ejecución del contrato y de resolver, asimismo, los recursos que contra dichas decisiones interpongan los usuarios. || Síguese de todo lo anterior, que en ejercicio de ese privilegio de lo previo los operadores pueden adoptar decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato relacionados con: (i) actos de negativa del contrato, (ii) suspensión, (iii) terminación, (iv) corte y (v) facturación, frente a las cuales -a su turno- los artículos 154 y 159 de la Ley 142 regulan los recursos de reposición y apelación que, a su vez, puede interponer el suscriptor o usuario para que la empresa revise dichas determinaciones. || Las empresas de servicios públicos domiciliarios cumplen, pues en estos eventos una función administrativa. Tanto cuando adoptan esas decisiones como cuando conocen y deciden sobre los recursos presentados por los suscriptores o usuarios contra las mismas. O lo que es igual, los operadores quedan en estos casos revestidos de prerrogativas de autoridad pública, circunstancia exceptiva que, sin embargo, no tiene la virtualidad de convertir en función administrativa el desarrollo ordinario de su objeto social». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 7 de abril de 201, exp. 2000-00016-01 (AG).

- Que se hubiera desconocido la oportuna presentación de reclamaciones económicas
- No hubiera aceptado que el incremento de la tarifa del IVA en dos (2) puntos porcentuales durante la ejecución de los contratos 3699 y 3701 alteró la ecuación financiera, pese a que fueron reconocidos y pagados reajustes a los precios.

La Sala considera, entonces, que el debate originado en todos y cada uno de los reproches formulados al “*corte de cuentas*” presentado por la ETB al contratista, los que tuvieron causa aducida en la falsedad de los motivos expuestos por la contratante, en el incumplimiento contractual de parte de la ETB, en el desconocimiento de la ocurrencia de alteraciones sobrevinientes en la conmutatividad del contrato (imprevisión), debe ser reconducido hacia el régimen jurídico de derecho privado que gobernaba la relación contractual, y que ello es posible, pues tales glosas recaen sobre hechos ocurridos durante la ejecución del contrato, que aunque compendiados en ese documento descriptivo, tienen causa anterior a ese acto formal, acto que en tales condiciones, no entrañaría un acto administrativo.

Por ende, las pretensiones de nulidad contra las Resoluciones 11.037 y 11.144 de 1997 no están llamadas a prosperar, debido a que las declaraciones que estas contienen no constituyen un acto administrativo, y a que éstas se produjeron conforme a lo estipulado en el contrato 3699 de 1995. Esto no es óbice para que la Sala analice las pretensiones resarcitorias formuladas en la demanda, sobre cuyas resultas en primera instancia haya formulado glosas el recurrente, y lo hará con fundamento en los artículos 2313, 2303 y 1494 del Código Civil, en los que se establece el pago de lo no debido como fuente de obligaciones²¹⁹; y en las disposiciones sustantivas en las que se impone la modificación de una obligación ante la ocurrencia de un supuesto fáctico determinado, como sucede con la teoría de la imprevisión, preceptuada en el artículo 868 del Código de Comercio²²⁰.

La Corte Constitucional colombiana ha puesto de presente que los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia (arts. 29, 228 y 229, C.Pol.) “[...] *obligan a interpretar las normas procesales como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de los asuntos sometidos a consideración de los jueces (principio pro actione)*”. De esta forma, se pretende evitar “[...] *que los criterios de aplicación de la ley, excesivamente formalistas, en cierta medida injustificados o contrarios al espíritu o finalidad de las normas aplicables, puedan convertirse en un obstáculo insuperable que terminen por hacer nugatorio el precitado derecho a la protección judicial y, por su intermedio, el desconocimiento de valores superiores como la igualdad de trato, la libertad y el debido proceso*”²²¹.

²¹⁹ CÓDIGO CIVIL. Artículo 2313. “Pago de lo no debido. Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado. [...]”. Artículo 2303. “Clases de cuasicontratos. Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad”. Artículo 1494. “Fuente de las obligaciones. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

²²⁰ CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. || El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. || Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

²²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-538 de 1994 y C-426 de 2002.

Así pues, de conformidad con el principio *pro actione*, la Sala analizará las pretensiones objeto de la demanda, en la medida en que éstas, en el *sub iudice*, busquen la reparación de un daño antijurídico imputable al Estado, la devolución del pago de lo no debido o la modificación de una obligación por virtud de la teoría de la imprevisión, en razón a que la acción de controversias contractuales debe entenderse como un instrumento al servicio de dichas instituciones sustantivas. En esto, debe tenerse en cuenta que –como lo ha señalado la Corte Constitucional– el artículo 90 superior no se contrae exclusivamente al ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general aplicable igualmente a las relaciones contractuales²²².

En fin, esta Subsección analizará los cargos relativos a la “*infracción de las normas en que debía fundarse el acto [...] de liquidación unilateral*”, y la “*vulneración de los principios de la función administrativa y de la actuación contractual*”, referidos en este apartado, en conjunción con los motivos de inconformidad subsiguientes, ya que en estos últimos la apelante expone los fundamentos fácticos y jurídicos que –en su parecer– dieron lugar a lo que él llamó como un desequilibrio económico en la ejecución del contrato 3699 de 1995, que deben ser restaurado por la empresa demandada.

3.7.2. La ejecución de las obras de reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala

El recurrente precisó, a lo largo del proceso, que sí se pudo demostrar que los daños causados en la vía de acceso al barrio La Fiscala se produjeron por hechos no imputables al contratista, como lo son la fuerza mayor y el caso fortuito. Se apoyó, para el efecto, en: el acta 12 del 14 de marzo de 1996; la comunicación del Jefe de la División de Operaciones Sur del 26 de marzo de 1996, dirigida a la ETB; el Acta Especial del 2 de abril de 1996; y en el Acta de liquidación de arreglos en la vía de acceso al barrio La Fiscala. Con base en lo anterior –afirma– se pudo concluir que:

“1. El daño fue causado por una fuga de agua de vieja data, aguas arriba al sitio en que, supuestamente, se había roto el tubo del acueducto. 2. El Contratista no fue responsable por el daño. 3. La orden de reparación del daño había sido impartida por la ETB en ejecución del contrato 3699 de 1995. 4. Las obras fueron ejecutadas a satisfacción de la ETB, por parte del Contratista, por un valor de \$ 46’617.099,89”.

Tratándose así de un hecho de fuerza mayor que –asevera– reparó por orden del interventor del contrato, este debe ser asumido por la ETB, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 20ª del contrato 3699 de 1995.

²²² “El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1996.

En este orden de ideas, el recurrente achaca un incumplimiento del contrato 3699 de 1995 a la demandada, en la medida en que, habiendo ejecutado una obras de reparación causadas por un evento de fuerza mayor, estas no fueron pagadas por la ETB, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 20ª del contrato 3699 de 1995. No se trata así de un hecho sobreviniente ajeno al contrato de carácter imprevisible, que haya hecho excesivamente onerosa la ejecución del contrato para una de las partes, el cual, como se verá más adelante, llevaría a aplicar la teoría de la imprevisión, según el artículo 868 del Código de Comercio. Se trata de un evento de responsabilidad contractual, regulada –para este asunto– en los artículos 1613 y siguiente del Código Civil.

Con relación al aducido incumplimiento, esta Subsección observa que, en el desarrollo del contrato 3699 y la etapa posterior a la ejecución, se presentaron posiciones enfrentadas, respecto a la imputación al contratista de los daños en la vía de acceso a la urbanización La Fiscala, las cuales se resumen a continuación:

- **6 de febrero de 1996:** La ETB puso en conocimiento de la interventoría del contrato 3699 que de parte de la Ladrillera Santa Fe se había presentado reclamación por los daños ocasionados a una vía de la urbanización la Fiscala, *“por rotura de un tubo de acueducto”*²²³.
- **7 de febrero de 1996:** El Director de la interventoría del contrato 3699 manifestó al Director de la División de Operación Sur de la ETB que, como consecuencia de la rotura de un tubo del acueducto en la entrada al barrio la Fiscala, que se había presentado el **1º de febrero**, miembros de la interventoría se trasladaron, el **4 de febrero**, al lugar de los hechos y se reunieron el contratista el **5 de febrero**. Se indica además que la rotura se produjo por un picazo accidental al tubo de acueducto y que el contratista debía *“[...] en forma inmediata acometer la reparación de la zona afectada en la siguiente forma”*²²⁴.
- **8 de febrero de 1996:** Representantes de la ETB, la interventoría y el consorcio contratista suscriben el acta número 7, en la que, en el apartado titulado *“INFORME DE INTERVENTORÍA”*, hicieron constar que: *“El Contratista acepta la responsabilidad por los hechos e informa que se adelantan trabajos para habilitar la calzada”*²²⁵.
- **14 de marzo de 1996:** Delegados de la ETB, la interventoría y el consorcio firmaron el acta número 12, en la que señalaron que: *“El contratista manifiesta que ya ejecutó los trabajos en esta vía [al barrio la Fiscala] y plantea los problemas encontrados en las reparaciones. La Interventoría cree necesario que el Contratista debe adelantar gestiones ante otros entes a fin de que se puedan determinar responsabilidades”*²²⁶.
- **21 de marzo de 1996:** Representantes de la ETB, la interventoría y el consorcio suscribieron el acta número 13, en cuyo apartado denominado *“VÍA A LA FISCALA”* manifestaron que: *“[...] la interventoría considera que se debe levantar un Acta Específica sobre el tema, para lo cual evaluará la atención del Contratista, las dificultades presentadas, el grado de responsabilidad, los antecedentes y posteriores hechos encontrados en el terreno y la respuesta que el Contratista ha dado con el fin de solucionar el problema social generado”*²²⁷.
- **2 de abril de 1996:** Delegados de la ETB, la interventoría y el contratista firmaron un acta especial, en la que se dejó constancia de que:

²²³ Folio 41 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²²⁴ Folios 29 y 30 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²²⁵ Folios 152 y 153 del cuaderno 8.

²²⁶ Folios 162 y 163 del cuaderno 8.

²²⁷ Folios 164 y 165 del cuaderno 8.

“Por las características exteriores del daño, inicialmente se estableció responsabilidad del Contratista debida al daño ocasionado sobre la tubería de conducción del Acueducto. || 2. En forma inmediata el Contratista dispuso a su costo de la capacidad [sic] Operativa necesaria y acometió las reparaciones exigidas por la calidad del daño presentado, de acuerdo con lo requerido y ordenado por la Interventoría en el Libro de Obra, (Bitácora). [...] 4. Durante el desarrollo de las obras de reparación se observó y determinó con toda claridad que las socavaciones presentadas, (en el tramo objeto de la reparación), también se extienden sobre la tubería de alcantarillado aguas arriba de la rotura del tubo del acueducto y la estabilidad de la calzada pelagra para el resto de la vía. **Adicionalmente se establece con claridad que la causa de las socavaciones sobre la tubería de alcantarillado, es la filtración de aguas limpias combinadas con aguas lluvias en el trayecto completo de la vía [de] acceso al Barrio La Fiscala y no solamente en el tramo reparado por el contratista.** || 5. Con base en lo anterior [sic] La Interventoría establece con precisión que la inestabilidad de la vía se presentaba con anterioridad al daño sobre la tubería de conducción. [...] 7. Las reparaciones cumplidas por el contratista valoradas a precios del Contrato 3699 – 95 tuvieron un valor de **\$55'150.201.** || **CONCLUSIONES:** 1. La responsabilidad determinada inicialmente sobre el contratista no se puede ratificar por parte de la interventoría, pues se establece con toda claridad que las socavaciones sobre la tubería de alcantarillado aguas arriba del sitio donde se rompió el tubo del acueducto se constituyen en causa real de la inestabilidad de la obra. 2. La Interventoría considera necesario se consulte a la Sociedad Colombia de Ingenieros, como ente consultor del Gobierno Nacional, y así tener un concepto probatorio adicional²²⁸.

- **18 de noviembre de 1996:** La interventoría del contrato 3699 manifestó al consorcio contratista, que la reparación en la vía al barrio La Fiscala se había ocasionado por la rotura de un tubo de presión por parte suya y que, por lo tanto, se trataba de un evento de responsabilidad extracontractual, cubierto por la póliza de responsabilidad civil extracontractual y el rubro de imprevistos²²⁹.
- **7 de marzo de 1997:** La interventoría del contrato 3699 comunicó al Director de la División Operación Sur de la ETB, que en la ejecución de dicho contrato, el consorcio contratista había ocasionado una rotura a una tubería del acueducto en el barrio La Fiscala, la cual se le había ordenado reparar, debido a que tenía la obligación contractual de hacerlo.
- **20 de marzo de 1997:** El interventor del contrato 3699 informó al Director de la División Operación Sur (E) de la ETB, que, si bien, los daños ocasionados en la vía de acceso al barrio La Fiscala se consideraron una “*situación fortuita*”, no le correspondía a la ETB asumir los gastos en los que incurrió el contratista, y que se planteó al contratista la responsabilidad directa que le correspondía a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, “*por muy deficiente compactación de los rellenos de la vía una vez colocado el colector de aguas de Ø 23*”. Además, advirtió la interventoría que “*la rotura del tubo por parte del Contratista agilizó el proceso de degradación de la infraestructura de la vía, situación que se presentó en forma muy inmediata a su rotura*”.
- **15 de julio de 1997:** La ETB profirió el Resolución 11.144, en la que manifestó que responsabilizaba al contratista por los daños que se produjeron en la vía de acceso al barrio La Fiscala. Además manifestó que, en el acta especial suscrita el 2 de abril de 1996 no se exonera al contratista por la responsabilidad del daño y, aunque a juicio de la ETB se

²²⁸ Folios 104 y 105 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 117 y 118 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²²⁹ Folios 33 y 34 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

trató de una situación fortuita, no le correspondía al contratante efectuar la reparación del mencionado daño.

Conforme a lo anterior, la Sala concluye que, en un primer momento, el consorcio asumió la responsabilidad por los daños ocasionados en la vía de acceso al barrio la Fiscala. Sin embargo, teniendo en cuenta los problemas que se presentaron al ejecutar las reparaciones, la interventoría consideró necesario evaluar la responsabilidad de terceros. Pero, posteriormente, la interventoría recomendó evaluar las dificultades que se presentaron en las reparaciones, así como el grado de responsabilidad, los antecedentes y posteriores hechos encontrados en el terreno, así como la respuesta que el consorcio contratista había dado al problema social generado.

Esto dio lugar a la suscripción de un acta especial, por parte de: (i) el Director de División y el Coordinador de Interventoría de la ETB; (ii) el Director y el Residente de la Interventoría; y (iii) dos representantes del contratista. En esta, dejaron constancia de que el daño había sido ocasionado por socavaciones sobre la tubería de alcantarillado, que se encontraban aguas arriba, por lo que no podía ratificarse la responsabilidad atribuida inicialmente al contratista. Aparte, aclararon que la causa de las socavaciones era la filtración de aguas limpias combinadas con aguas lluvias en el trayecto completo de la vía de acceso al barrio La Fiscala y no solamente en el tramo reparado por el contratista.

Lo anterior fue determinado en actas que, se reitera, fueron suscritas por representantes de la ETB, el contratista y la interventoría. Conforme a la cláusula 2ª del contrato 3966 de 1995, dichos documentos forman parte del contrato²³⁰. Por lo tanto, lo acordado en dichas actas no puede ser desconocido unilateralmente por uno de los co-contratantes, conforme al principio *pacta sunt servanda* y al principio de buena fe, establecidos en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil²³¹, como ocurrió en el *sub judice*, en el que, tras haber convenido lo precedentemente expuesto, la interventoría y la ETB manifestaron, en sendas comunicaciones, que el daño había sido ocasionado por el consorcio, sin que se hubiera consultado a la Sociedad Colombia de Ingenieros, como lo había recomendado la interventoría, y sin haber realizado estudios ni investigaciones adicionales sobre lo ocurrido.

Forzoso resulta así concluir que el daño que, en la ejecución del contrato 3699, se produjo en la vía de acceso al barrio La Fiscala, fue ocasionado por un **factor externo** a las partes de dicho negocio jurídico.

²³⁰ “SEGUNDA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Forman parte integrante del presente Contrato los siguientes documentos: [...] 9) Acta de descuento por daños si es el caso. [...] PARÁGRAFO: [...] 3) Acta de recibo parcial: corresponde la medición y cumplimiento de los plazos parciales y no [sic] constituye actas definitivas de recibo”.

²³¹ “Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio ‘lex contractus, pacta sunt servanda’, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 3 de septiembre de 2015, exp. 33790.

Ahora bien, en la cláusula 9ª del contrato 3699 se hizo constar que el contratista había estudiado cuidadosamente el proyecto de obra, dentro de lo que se menciona su localización, condiciones de terreno y climáticas, la cantidad y cantidad de materiales, y la mano de obra, entre otros. El contratista se obligó además a “[r]econocer previamente los sitios de trabajo”²³². En este orden de ideas, el contratista debía estar en la capacidad de prever los factores que, dentro del sitio de trabajo y en el marco concreto del proyecto, pudieran afectar su ejecución²³³. No cabe afirmar lo mismo con respecto a los aspectos externos al proyecto y lugar de ejecución del contrato.

De lo afirmado por el contratista en las actas anteriormente mencionadas y, en especial, del acta que, para esta cuestión en concreto fue suscrita, se infiere con claridad que las socavaciones que generaron las perturbaciones en la vía de acceso al barrio La Fiscala se encontraban aguas arriba del lugar en el que se ejecutaba el contrato. En consecuencia, superaba el lugar y el ámbito de ejecución del contrato y, con ello, **superaba lo normalmente previsible en este caso en concreto**.

Por otra parte, la Sala nota que en el literal c-1) de la cláusula 9ª del contrato 3699 de 1995 se pactó que el consorcio contratista se obligaba a:

“Adoptar todas las medidas que [sic] requieran un caso de emergencia imprevisible dentro del contrato, que represente peligro en la seguridad de las personas, de las obras o de las propiedades vecinas sin necesidad de la previa autorización de la interventoría, pero deberá informar a esta inmediatamente ocurra el hecho de emergencia. Si EL CONTRATISTA reclamare compensación por la ejecución del trabajo de emergencia, el interventor comprobará que exista dicha causal que debe configurar un motivo de fuerza mayor o caso fortuito. Si se comprueba que existió negligencia por parte de EL CONTRATISTA y como consecuencia se suscitó el caso de emergencia, LA EMPRESA no efectuará pago adicional alguno de las obras que se adelantaron con ocasión de la emergencia presentada”²³⁴.

Ahora bien, conforme a lo expuesto anteriormente, en este asunto se acreditó que: (i) la Ladrillera Santa Fe había presentado reclamaciones por los daños ocasionados a una vía de la urbanización la Fiscala en la ejecución del contrato 3699, encontrándose así en peligro las propiedades vecinas²³⁵; (ii) el 7 de febrero de 1996, la interventoría ordenó reparar inmediatamente la zona afectada²³⁶; (iii) pese a que el contratista había aceptado inicialmente su responsabilidad en la anterior afectación²³⁷, en la ejecución de las reparaciones se percibieron nuevas circunstancias que llevaron a la interventoría a reevaluar el grado de responsabilidad del consorcio²³⁸⁻²³⁹; (iv) finalmente, la ETB, el consorcio y la interventoría concluyeron que la responsabilidad sobre los daños en la vía de acceso al barrio la Fiscala no era atribuible al consorcio, ya que era había sido ocasionada por hechos ajenos a las partes contratantes, así como al ámbito de ejecución del contrato²⁴⁰.

²³² Folio 78 (reverso) del cuaderno 2.

²³³ “Cabe precisar que lo imprevisible se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia; para establecerlo resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto y verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 11 de septiembre de 2003, exp. 14781.

²³⁴ Folio 80 del cuaderno 2.

²³⁵ Folio 41 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²³⁶ Folios 29 y 30 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²³⁷ Folios 152 y 153 del cuaderno 8.

²³⁸ Folios 162 y 163 del cuaderno 8.

²³⁹ Folios 164 y 165 del cuaderno 8.

²⁴⁰ Folios 104 y 105 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 117 y 118 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

La Sala encuentra así que quedó demostrado que el deterioro que se presentó en la vía de acceso al barrio la Fiscala no fue el resultado de la negligencia del contratista, sino de hechos externos al consorcio e imprevisibles, como se expuso anteriormente. Es preciso agregar, además, que en el análisis de responsabilidad sobre dichas averías, se tuvieron en cuenta “[...] *los antecedentes y posteriores hechos encontrados en el terreno y la respuesta que el Contratista ha[bía] dado con el fin de solucionar el problema social generado*”, conforme a lo manifestado por la ETB, el consorcio y la interventoría²⁴¹; y, tras ello, concluyeron que no podía ratificarse la responsabilidad inicialmente atribuida al contratista²⁴². De esto se infiere que el consorcio puso todos los medios que estaban a su alcance, para evitar que se produjeran los efectos dañinos de las socavaciones sobre la tubería de alcantarillado aguas arriba del sitio donde se rompió el tubo del acueducto y, por ende, que los efectos de éstas eran **irresistibles**²⁴³. Reunidos así los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor²⁴⁴, la Sala concluye que, conforme a lo estipulado en literal c-1) de la cláusula 9ª del contrato 3699, la ETB está obligada a reconocer y pagar los gastos en que incurrió el contratista, por la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala.

Esta Corporación ha precisado los elementos de la responsabilidad civil contractual, de la siguiente manera:

“Siguiendo con las precisiones del contexto legal, se identifican a continuación los elementos de la responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento, con el propósito de establecer las particularidades que permitan el análisis del caso concreto.

[...]

i) En el primer elemento se deben identificar dos requisitos: la obligación contractual exigible y la acción u omisión de una parte con la cual infringe el contrato. Visto desde otro ángulo, el incumplimiento del contrato se expresa como la falta al deber de cumplimiento.

ii) En relación con el daño, entendido como la lesión o menoscabo de intereses legalmente amparados, en el escenario contractual que proviene del incumplimiento de la obligación, se vincula el concepto de antijuridicidad por cuanto el incumplimiento constituye una violación al contrato, una falta a lo debido y en ese sentido, el daño resarcible debe ser antijurídico con lo cual se quiere significar que es contrario a la ley del contrato.

Ahora bien, trayendo las normas del derecho de las obligaciones, el daño contractual por causa del incumplimiento se concreta a través de los conceptos

²⁴¹ Folios 164 y 165 del cuaderno 8.

²⁴² Folios 104 y 105 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 117 y 118 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁴³ “Admitido pues que el fenómeno en sí puede ser resistible e irresistible, digamos que siempre y en todo caso, los efectos de un determinado acontecer deben ser irresistibles, para que ellos puedan liberar al deudor. Cuando el deudor o el causante del daño aleguen por ejemplo la guerra como una fuerza mayor, no hay que detenernos a buscar si la guerra como tal era irresistible, ya que en la mayoría de los casos una guerra es inatajable; en cambio, lo que le cabe al juez preguntarse es si una vez producida la guerra, el deudor pudo haber cumplido la obligación a pesar de la existencia del flagelo social. Es allí donde debe buscarse la irresistibilidad. || Esta característica que debe reunir la fuerza mayor, consiste en que el deudor o responsable dispuso de todos los medios que estaban a su alcance con el fin de cumplir su obligación, sin que haya podido lograr su objetivo, por factores externos a su esfera jurídica”. TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Las causales de exoneración en la responsabilidad civil: La fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho de un tercero”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 58, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1982, p. 84.

²⁴⁴ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 64. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

acogidos por el Código Civil: daño emergente que consiste en el perjuicio o pérdida causada y el lucro cesante que corresponde a la ganancia o provecho que dejó de reportarse, de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.²⁴⁵

iii) En cuanto al tercer requisito, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño contractual, basta decir que fue inicialmente entendido como una relación de causa a efecto, concretamente entre la conducta dolosa o culposa y el perjuicio, empero, evolucionó dentro del concepto general de responsabilidad y se identifica ahora con el requisito de imputación o asignación, por virtud del cual el daño resarcible, esto es el que es pasible de constituirse en fuente la obligación de indemnizar el perjuicio, debe ser atribuido o reconducido a su autor, en este caso a la parte que se obligó y faltó a su deber de cumplimiento, de manera que el mismo contrato guía la asignación de responsabilidad.

No presenta mayor dificultad la comprensión de este concepto, si se tiene en cuenta que la ley contractual genera obligaciones, asigna deberes, cargas y riesgos, a cada parte en relación con la(s) otra(s), dentro de la situación relacional en la que se han colocado, de manera que el título de imputación por el cual debe responder la parte incumplida frente a aquella que si cumple, se encuentra en el deber de cumplimiento que surgió de la propia voluntad de las partes”²⁴⁶.

En sentido similar, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

“Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes a que se refiere la misma y en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

[...]

Sobre el particular tiene dicho la Sala de la Corte: ‘El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento pretendiendo esto últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesorio o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados’ (Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, p. 407)”²⁴⁷

²⁴⁵ **Artículo 1613. Indemnización de Perjuicios.** La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Artículo 1614. Daño Emergente y Lucro Cesante. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

²⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 25 de marzo de 2015, exp. 37726.

²⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de marzo de 2001, rad. 5659.

La responsabilidad civil contractual, requiere –de conformidad con lo anterior– la existencia una obligación derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya sido omitido por el demandado, ocasionando con ello un menoscabo a un interés jurídicamente protegido en cabeza del demandante. Lo anterior, da lugar a la exigencia del cumplimiento del contrato, su resolución o el pago de los daños ocasionados.

En este asunto, el incumplimiento de la obligación de la ETB de reconocer y pagar los gastos en que incurrió la actora con la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala –estipulada en el literal c-1) de la cláusula 9° del contrato 3699 de 1995– le ocasionó a la segunda un menoscabo económico, consistente en la disminución de su patrimonio, el cual tiene un claro carácter antijurídico, ya que –de conformidad con lo anteriormente establecido– fue contrario a la ley del contrato. La Sala ordenará, consecuentemente, que la ETB indemnicé a la parte demandante el daño emergente ocasionado con su incumplimiento.

3.7.3. Incumplimiento en el pago oportuno de las cuentas.

El consorcio puntualiza, en primer lugar, que existen dos obligaciones dinerarias sometidas a plazo, cuyo incumplimiento genera intereses moratorios, a saber: el pago por actas parciales de obra ejecutada y el de los reajustes de precios que fueran necesarios. Por otra parte, manifiesta que, según los apartados 3.11.2 y 3.11.3 del pliego de condiciones, “[...] *el pago se debió hacer con base en cortes mensuales de la cantidad de obra ejecutada y no sobre la presentación de la cuenta*”. Añade la recurrente que el artículo 19 del Decreto-Ley 2150 de 1995 estableció que “*no era obligatoria la cuenta de cobro para el pago de las sumas adeudadas en virtud del contrato, con el contrato era suficiente*”.

De acuerdo con lo anterior, la apelante afirma que la ETB incurrió en mora en el pago de: (i) los reajustes de los 4 primeros meses de obra; (ii) la mayor cantidad de obra correspondiente al cuarto mes; y (iii) la segunda acta de reajuste parcial de precios de las actas número 1, 2, 3, 4 y 5.

Conforme a lo estipulado en la cláusula séptima (7ª) del contrato 3699, en caso de que se presenten pagos inoportunos no imputables al contratista, debe pagarse intereses moratorios “*equivalentes a la tasa D.T.F., vigente en la fecha programada para dicho pago sobre el saldo de la mora*”, señala la actora .

Adicionalmente, arguye la contratista que la empresa incurrió en mora en el pago del anticipo, que debió cancelarse “*dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato*”. Pese a que se reconoció el reajuste de precios, en el pago no se tuvo en cuenta “*el rendimiento dejado de producir por el dinero que el contratista dejó de invertir*”, los gastos en que incurrió el contratista debido al cambio de fechas y las demoras subsiguientes. Esto –afirma– dio lugar a un desequilibrio que debió ser restablecido oportunamente.

No obstante, la Sala considera pertinente precisar que, como en el anterior acápite, la parte impugnante alega que se le ocasionó un daño como resultado de un incumplimiento contractual por parte de la ETB, consistente en la omisión del pago de los intereses pactados en la cláusula séptima del contrato 3699. En consecuencia, este cargo se analizará a acuerdo con las reglas de responsabilidad civil contractual, previamente referidas.

En primer lugar, la Sala considera pertinente recordar que, conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, se entienden incorporadas a los contratos las leyes vigentes al momento de su celebración, salvo las relativas al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato y las que establezcan penas para el caso de infracción de lo estipulado. El contrato 3699 de 1995 fue suscrito el 5 de octubre de dicho año; mientras, el Decreto-Ley 2150 de 1995, aludido por el recurrente, entró a regir a partir del 5 de diciembre de dicho año (art. 152). En consecuencia, lo allí establecido no se aplica al contrato 3699 de 1995.

En la cláusula 5ª del contrato 3699 se acordó que los pagos se realizarían de la siguiente manera:

*“FORMA DE PAGO: La empresa pagará a el Contratista , el valor del presente contrato así: a) El 95% con base en cortes mensuales sobre la medición y cómputo por obra ejecutada sobre cada **cuenta** que presente el Contratista de tramos de canalización y cámaras asociadas totalmente terminados que estén contemplados en las obras de canalización y cables y distritos totalmente terminados, lo cual deberá comprobar y aprobar el interventor, obra que deberá cumplir con las especificaciones y medidas prescritas y contar con la aceptación del Interventor, todo lo cual deberá constar en un Acta de Recibo parcial suscrita por el Interventor y el Contratista, documento que se acompañará a la **cuenta de cobro**, o sobre canalizaciones, distritos y/o cables parcialmente ejecutados que no se hayan terminado por causas imputables a la Empresa y aceptadas por la Interventoría en la respectiva Acta de recibo Parcial. Las **cuentas** se cancelarán dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a su radicación en la Tesorería de la Empresa, acompañadas del Acta de Recibo parcial correspondiente. b) El cinco por ciento (5%) restante, dentro de los treinta (30) días siguientes a la radicación de la cuenta de cobro en la Tesorería de la Empresa, acompañada del Acta de Recibo Final de las obras a entera satisfacción de la Empresa y de la aprobación del manejo del anticipo. PARÁGRAFO PRIMERO: Para el pago de las obras del presente contrato también se tendrán en cuenta los valores que por concepto de reajustes se causen de acuerdo con las fórmulas de reajuste estipuladas en el Pliego de Condiciones. PARÁGRAFO SEGUNDO: Si al recibo de las obras se encontraren observaciones, la Empresa no tramitará las respectivas cuentas de cobro hasta tanto las circunstancias o errores que dieron origen a las mismas no sean corregidas por el Contratista y recibidas a satisfacción de la Empresa, sin que haya lugar a reclamación por parte del Contratista”.*

Lo anterior no contradice lo previsto en los apartados 3.11.2 y 3.11.3 del pliego de condiciones, en los que se definieron las reglas generales de los pagos²⁴⁸, sino que viene a concretar los requisitos formales y el procedimiento que debe seguirse para los pagos derivados del contrato 3699 de 1995.

De acuerdo con la referida cláusula, la ETB se obligaba a pagar el valor de las liquidaciones parciales de obra, a los 30 días calendario contados a partir de la fecha de radicación de la cuenta de cobro respectiva en la Tesorería de la Empresa, acompañada del acta de recibo parcial correspondiente.

²⁴⁸ “3.11.2. El pago de las obras de contrato para cada uno de los grupos se hará por medio de liquidaciones mensuales aplicando los valores unitarios totales estipulados en el contrato a las cantidades de obra ejecutadas y aprobadas durante el mes correspondiente a la cuenta. También se tendrán en cuenta los valores que por concepto de reajustes se causen de acuerdo con las fórmulas de reajustes estipuladas en el numeral 3.8.1. || 3.11.3. Para efectos de la liquidación de cuentas los valores unitarios totales y reajustes de precios correspondientes consignados en estos contratos se aplicarán durante el plazo de ejecución de las obras y el pago de las obras se hará por actas parciales de obra ejecutada durante el mes considerado”. Folio 52 del cuaderno 3 A.

Al expediente se allegaron únicamente las siguientes actas parciales de obras y las fechas de pago, dentro del contrato 3699 en el siguiente orden cronológico:

- Acta parcial 01 fechada el 21 de febrero de 1996 y pagada el 7 de marzo de 1996. Esta fue así pagada dentro del término previsto en la cláusula quinta del contrato. En consecuencia no hay retardo por mora²⁴⁹.
- Acta parcial 02 fechada 27 de marzo de 1996 y pagada el 16 de abril de 1996. Fue pagada así dentro del término previsto en la cláusula quinta del contrato. En consecuencia, no se presentó retardo por mora²⁵⁰.
- Acta parcial 03 fechada 28 de junio de 1996. No se aportó al proceso constancia de la fecha en que ésta fue pagada²⁵¹.
- Acta parcial 04 fechada 15 de agosto de 1996 y pagada el 13 de septiembre de 1996. Es decir, pagada dentro del término previsto en la cláusula quinta del contrato. En consecuencia no hay retardo por mora²⁵².
- El acta parcial 05 no fue aportada. Aparece como pagada el 17 de septiembre de 1996²⁵³.
- Acta de reajuste parcial de precios de actas de liquidación No. 01, 02, 03, 04 y 05 “SIN MAYORES CANTIDADES DE OBRA”, con fecha ilegible. La orden de pago 08667 tiene sello de “PAGADO” el 21 de octubre de 1996²⁵⁴.

Conforme a lo anterior, no se presentó un incumplimiento por parte de la ETB en el pago oportuno del contrato 3699. Además, en el expediente no consta la fecha en que fueron radicadas ante la ETB las cuentas de cobro, acompañadas de las actas parciales de obras, que era el momento a partir del cual se contabilizaba el término contractual para su pago. Y tampoco acreditó que, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 7ª del contrato 3699²⁵⁵, el consorcio hubiera presentado cuenta de cobro por los intereses de mora adeudados, dentro del plazo máximo de los treinta (30) días siguientes a la fecha en la que la ETB canceló monto que se encontraba en mora. Por ende, en este asunto no es procedente el pago de intereses de mora por el pago inoportuno de cuentas de cobro.

Por otra parte, en la cláusula 6ª del contrato, la ETB y el consorcio contratista acordaron que la primera pagaría al a la segunda un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato “[...] dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la radicación de la cuenta, previa aprobación de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo”. Al expediente se aportó copia auténtica de la cuenta de cobro número 079-95²⁵⁶, correspondiente al anticipo del contrato 3699, suscrita por el representante legal del consorcio y dirigida a la ETB, sin que en dicho documento se especifique la fecha en que se suscribió, ni el día en que se radicó en la empresa. Al no haberse acreditado el momento en el que se radicó dicha cuenta de cobro, no es posible determinar si el pago correspondiente a éste fue oportuno o no.

Por las razones anotadas este cargo no prospera.

²⁴⁹ Folios 100 y 101 del cuaderno 2.

²⁵⁰ Folios 102 y 103 del cuaderno 2

²⁵¹ Folio 139 del cuaderno 2.

²⁵² Folios 160 y 161 del cuaderno 2.

²⁵³ Folio 169 del cuaderno 2.

²⁵⁴ Folio 163 del cuaderno 2.

²⁵⁵ CONTRATO 3699 DE 1995. “SÉPTIMA. INTERESES DE MORA: [...] Se cancelaran los intereses de mora dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la aceptación por parte de LA EMPRESA de las respectivas cuentas de cobro, las cuales deberán ser presentadas por el contratista máximo dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que LA EMPRESA cancele el monto que se encontraba en mora”. Folio 77 (reverso) del cuaderno 2.

²⁵⁶ Folio 88 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

3.7.4. Gastos ocasionados por la mora en el pago del anticipo.

La parte recurrente alega que el supuesto retraso en el pago del anticipo lo obligó a *“cancelar los pedidos con recursos propios y disponer todo, quedando a la espera de la iniciación de obras”*. Con esto, además –afirma–, *“la ETB se benefició de los intereses, del anticipo, producidos durante este tiempo”*. Sin embargo, la empresa reconoció únicamente un reajuste de precios, con lo que –alega– *“no se reconocieron los gastos en que incurrió el contratista, quien tuvo que iniciar las obras pese a la demora de la ETB”* los cuales deben ser reconocidos.

Como se indicó en el anterior apartado, en el sub lite no se probó la fecha en que fue presentada la cuenta de cobro número 079-95, correspondiente al anticipo del contrato 3699, ni el día en que fue radicada en la ETB. En consecuencia, no es posible determinar si el pago correspondiente al anticipo fue oportuno o no. Por lo tanto este cargo no prospera.

3.7.5. Mayor permanencia en obra

La impugnante aseguró que *“debido a causas no imputables al Contratista, el término del contrato debió ser prorrogado, con el fin de cumplir con la adecuada prestación del servicio a la comunidad e impedir la suspensión del mismo, debido a la negligencia de la ETB”*. El Tribunal Administrativo, no obstante, concluyó que no había lugar al restablecimiento del equilibrio económico por este concepto, puesto que la prórroga concedida no era imputable a la ETB, lo que la actora considera desacertado y opuesto a lo demostrado en el proceso. En su parecer, la prórroga del contrato fue solicitada, debido a:

- i) la tardanza de la ETB en el trámite de legalización del contrato 3699;
- ii) que el material encontrado en las excavaciones no era reutilizable, lo que implicó una variación del tipo de obra;
- iii) los trámites dispendiosos para la autorización de suministros;
- iv) el desabastecimiento de cable telefónico, lo que fue reconocido expresamente por la Empresa en la comunicación de 17 de mayo de 1996, el memorando de 15 de mayo del mismo año y el acta número 22; y,
- v) la inclusión de nuevos proyectos de ampliación para abastecer a la comunidad y ampliar la cobertura del servicio.

Lo anterior –arguye– llevó a que la ejecución del contrato finalizara ocho (8) meses después de lo previsto, ocasionando unos costos adicionales de administración e imprevistos, así como la disminución de las utilidades esperadas y la imposibilidad de recibir oportunamente la remuneración. Por ello –afirma– debe restablecerse el equilibrio contractual.

En primer lugar, la Sala encuentra pertinente resaltar que, pese a que la impugnante, en este cargo, alega que se produjo una mayor permanencia y, con ello, un desequilibrio económico por actos imputables a la ETB, ésta no afirma que tales actos sean constitutivos de un incumplimiento contractual. Así pues, al haberse afirmado que la mayor permanencia en obra produjo un desequilibrio económico que perjudicó a la actora, pero no que este se debió a un incumplimiento contractual, la Sala analizará este cargo en el marco jurídico de la teoría de la imprevisión, de la forma en que a continuación se detalla, lo que en nada afecta el derecho al debido proceso de las partes de esta *litis*, ya que en esta materia rige el principio *iura novit curia*.

La teoría de la imprevisión, de origen canonista, fue acogida ampliamente en un primer momento por la doctrina y jurisprudencia administrativistas, con el propósito de garantizar la continuidad en el funcionamiento del servicio y evitar que su prestación se vea interrumpida²⁵⁷. En el ámbito privatista, por su parte, inicialmente se presentaron reticencias a su aceptación, las cuales se basaban, principalmente, en el respeto a la autonomía de la voluntad y la consiguiente fuerza vinculante del contrato, de las cuales se desprende la denominada intangibilidad del contrato, que en el Derecho colombiano asentó en el artículo 1602 del Código Civil²⁵⁸, como en su momento lo manifestó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema²⁵⁹.

Esta antigua reticencia, fue cediendo ante una interpretación de la Corte Suprema basada en principios y, finalmente, por su consagración legal en el artículo 868 del Código de Comercio²⁶⁰.

De acuerdo con lo manifestado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de febrero de 2012²⁶¹, el artículo 868 del Código de Comercio y la jurisprudencia de dicha Corporación exigen las siguientes condiciones o requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión:

²⁵⁷ “La imprevisión supone circunstancias imprevistas y completamente imprevisibles, pero que no hacen totalmente imposible la ejecución de la obligación: dichas circunstancias entrañan únicamente una alteración en la economía del contrato. La imprevisión, así entendida, puede invocarse para reclamar un reajuste de los precios, de las condiciones financieras del contrato, pero no para justificar una modificación de los plazos de ejecución. Tiene por finalidad asegurar al contratante el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, a fin de mantener la continuidad del funcionamiento del servicio público; la teoría de la imprevisión se ha ido para evitar las interrupciones en el funcionamiento del servicio público”. JEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 288.

²⁵⁸ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1602. Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

²⁵⁹ “La teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el Derecho Canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula ‘rebus sic stantibus’, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hechos existentes el día del contrato. [...] Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante todo el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad. [...] Precisamente el principio sentado en el código de Napoleón de que todo contrato celebrado es una ley para los contratantes (artículo 1.134, incisos 1º y 2º) principio repetido por el artículo 1602 de nuestro código civil, [...] ha sido el grave escollo que muchos encuentran para aceptar la teoría de la imprevisión en las legislaciones de fuente francesa. [...] En consecuencia, la cita del artículo 1062 del código civil para deducir de ese precepto la teoría de la imprevisión es completamente inoperante”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de mayo de 1939, Gaceta Judicial: Tomo XLVI n°. 1936, pág. 523 – 546, M.P. Arturo Tapias Pilonieta.

²⁶⁰ «Fue así que, dado el rol polifuncional que los principios ofrecen en la interpretación, integración y en general en la aplicación del sistema de fuentes formales del derecho, aquellos reclaman un papel protagónico en la jurisprudencia, como deriva del artículo 230 fundamental y los cánones 4º, 8º y 48, de ley 153 de 1887. (Cas. Civ. sentencias de 29 de septiembre de 1935, XLIII, 129; 20 de mayo de 1936, XLIII, 47; 19 de noviembre de 1936, G.J. XLIV, 474; 11 de julio de 1939, G.J. No. 1949; 6 de septiembre de 1940, G.J. L, 39; 12 de mayo de 1955, G.J. LXXX, 322; 23 de junio de 1958, G.J. LXXXVIII, 232; 27 de octubre de 1961, G.J. XCVII, 143), por lo cual, “la Corporación aceptó la imprevisión en las relaciones jurídicas obligatorias y contractuales civiles”. || 3.2 Incluso, la consistencia en la jurisprudencia civil patria, da cuenta de la línea que esta Corte ha fijado hace ya casi una centuria sobre la teoría de la imprevisión como principio general del derecho, al margen de la consagración normativa que trajo ulteriormente el Código de Comercio, y ha explicado también, a propósito del asunto que por la Sala transita, que en torno a sus exigencias requiere la existencia y validez del convenio al momento de ser reclamada su aplicación, no siendo posible cuando el acto jurídico ya no existiese, por ejemplo por encontrarse concluido». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de julio de 2014, exp. 68001 31 03 005 2003 00366 01.

²⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia 11001-3103-040-2006-00537-01.

- (i) La existencia y validez del contrato, cuyo reajuste, adecuación, adaptación, reforma o terminación se solicita.
- (ii) Que se trate de contratos *“de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación”*. Se excluyen así los contratos de ejecución instantánea. Por disposición expresa, se exceptúan asimismo los contratos aleatorios, ya que, en ellos, la alteración de las condiciones iniciales es previsible.
- (iii) La *“sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional”*, es decir, que éstas acaezcan después de la celebración del contrato, con lo que se descarta su aplicación *“a causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada”*, ya que ello conlleva un *“quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión”*.
- (iv) Que las circunstancias que alteren el equilibrio del contrato sean extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. La ocurrencia de estos eventos debe estar así fuera de lo común (extraordinario); no puede ser prevista de forma objetiva y razonable por un sujeto con relativa aptitud o capacidad de previsión (imprevisible); y no debe ser pronosticada anticipadamente por el sujeto *“en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable”* (imprevista). En todo caso, los anteriores criterios deben ser ponderados sin rigorismos por el juzgador en cada caso, teniendo en cuenta *“el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida”*. Además, quien la invoca no debe haberlas *“causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo”*, debiendo éste además haber adoptado medidas para *“evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (duty to mitigate damages)”* (ajenidad). Puede, en todo caso, modificarse contractualmente los riesgos que a cada parte contratante le corresponde asumir, ya que *“[l]os riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión”*.
- (v) Que el *“desequilibrio prestacional [sea] cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura”*. Al respecto, no existe una medida legal precisa, correspondiéndole consecuentemente determinarlo al juzgador, mediante *“la razonable, prudente o ponderada apreciación del marco de circunstancias concreto por el juzgador en su discreta autonomía axiológica de los elementos probatorios y el contrato en su conjunto prestacional e integridad”*. En ello, debe analizarse la toda la relación contractual, no una prestación de forma aislada, ni tampoco debe tenerse en cuenta la insuficiencia patrimonial, ni la *“penuria de las partes, en particular de la afectada”*.
- (vi) Las partes contratantes, por regla general, *“están llamadas a prevenir, evitar y corregir el desequilibrio prestacional”*, lo que conlleva el *“deber de renegociar el contrato [...], pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado ab initio, cuyo cumplimiento ata a las partes”*. Adicionalmente, *“la autonomía privada dispositiva o libertad contractual”* las faculta para disciplinar el negocio jurídico celebrado. Por ende, en lo

concerniente al equilibrio prestacional del contrato, *“las partes podrán prever su reforma estipulando cláusulas de adaptación automática, inmediata y sin intervención judicial por la eventual ocurrencia de las circunstancias (condición), posibilidad que no excluye la revisión judicial”*.

Habiéndose verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos o condiciones, procede la revisión judicial del contrato. En ello, el juzgador se encuentra facultado para *“reducir la prestación excesivamente onerosa (reductio ad aequitatem) o aumentar la contraprestación correlativa para reajustar el desequilibrio y evitar la terminación”*. Esta última –precisa la Corte Suprema– solo es pertinente cuando no quepa una *“corrección justa y equitativa consultando el equilibrio e interés de las partes”*²⁶².

Con todo, la Sala dará a la teoría de la imprevisión un alcance que se ajuste a las condiciones que se imponen bajo los requerimientos del servicio público, cuyos principios, en materia de servicios públicos domiciliarios, se encuentran definidos en los artículos 1º a 13º de la Ley 142 de 1994. Así pues, en los contratos suscritos con por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, el contratista al que le resulte excesivamente gravosa la ejecución contractual podrá solicitar el reajuste de las condiciones económicas del contrato, pese a que su ejecución haya concluido, siempre que haya dejado constancia de su inconformidad, conforme al principio de la buena fe.

Pasando ahora al asunto en cuestión, la Sala encuentra demostrado que el periodo de ejecución del contrato 3699 se prorrogó en dos oportunidades, a saber: la primera por 47 días, del 21 de mayo al 6 de julio de 1996, y la segunda por 20 días, del 7 al 27 de julio de 1996. Además, la Subgerencia de Operaciones de la ETB autorizó el recibo extemporáneo de obras por ajuste de fallas, dentro del periodo de liquidación, sin que esto generara costos adicionales. Esto se desprende de lo afirmado en: (i) la copia auténtica de la resolución 11.037 del 21 de mayo de 1997, por medio de la cual la ETB liquidó unilateralmente el contrato 3699²⁶³; (ii) la copia auténtica de la resolución número 11.144 del 15 de julio de 1997, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición que confirmó la Resolución 11037 del 21 de mayo de 1997²⁶⁴, (iii) la copia auténtica de la comunicación de 17 de mayo de 1996, dirigida por el Subgerente de Operaciones I de la ETB al consorcio contratista²⁶⁵, con la que la empresa le informó que autorizaba la prórroga del contrato 3699 por 47 días, entre el 21 de mayo y el 6 de julio de 1996; (iv) la copia del comunicado de la ETB del 5 de julio de 1996²⁶⁶, en el que esta le informó al consorcio contratista que la ETB le había concedido la prórroga solicitada por 20 días; (v) y lo manifestado por Javier Orlando Lemus Lanziano, ingeniero electricista de profesión, en su condición de integrante y representante legal del consorcio contratista²⁶⁷.

En segundo lugar, esta Subsección observa que en el asunto de autos se acreditó que en la ejecución del contrato 3699 se produjeron algunos de los actos imputables a la ETB, que –según la impugnante– ocasionaron una mayor permanencia en obra. Pero, así mismo, se aprecia que la mayor permeancia fue

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ Folios 239 a 247 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁶⁴ Folios 265 a 274 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁶⁵ Folio 132 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988. Folio 46 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁶⁶ Folio 144 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988. Folio 47 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁶⁷ Folios 337 a 340 del cuaderno 1.

ocasionada por hechos imputables al consorcio contratista. En la siguiente tabla se esquematizan los hechos imputables a una y otra parte, que llevaron a que el contrato 3699 fuera prorrogado en dos (2) oportunidades, lo que trajo consigo la mayor permanencia en obra alegada por la impugnante.

Actos imputables a la ETB	Hechos imputables al contratista
	En el Acta número 06²⁶⁸, del 1º de febrero de 1996, la interventoría recordó que las mayores cantidades y obras complementarias no modificaban el plazo del contrato y que el contratista estaba en la “obligación de incrementar su capacidad operativa en los plazos inicialmente pactados”. El contratista manifestó que su atraso en empalmería se debía al incumplimiento de sus proveedores internacionales. Aparte, en dicha acta expresaron: “[a]dicionar al Acta No. 5 en el punto Normas ETB. ‘Homologación de cajas y minibloques: El Contratista debe suministrar muestras de estos elementos, para que la Interventoría adelante ante Laboratorio de Redes la respectiva homologación’. La Interventoría envió desde el 18 de enero de 1996 las muestras de cajas y minibloques al Laboratorio de Redes, sin que al momento haya recibido respuesta de su homologación o rechazo. El Contratista solicitó autorización para armar cajas y minibloques en la obra sabiendo que tiene póliza de estabilidad. Se le autoriza previa manifestación del Contratista en la que asume la responsabilidad de la calidad de estos elementos y en caso contrario remplazarlos a su costa”.
El 29 de febrero de 1996, representantes del consorcio, la ETB y el interventor suscribieron el acta número 8, en la que dejaron constancia de que: “El Contratista expresa que tiene problemas con el suministro de algunos calibres de cables por inexistencia en las bodegas de Engativá [de la ETB]”²⁶⁹.	
El 7 marzo de 1996, miembros de la ETB, el consorcio y la interventoría firmaron el acta número 11²⁷⁰, de acuerdo con la cual: “El Contratista explica que también los atrasos en colocación y empalmería se deben al desabastecimiento de cables de algunos tipos y que esto afecta la asignación del recurso humano y solicita respuesta de la Empresa sobre entregas de cables para reasignar recursos”.	En el acta número 11, se indica asimismo que: “La empalmería está atrasada y el Contratista explica que una de las causas fue la demora en la entrega del Proveedor de las máquinas MS2. Ante la preocupación de la Interventoría de acumular atrasos en [la] colocación de cable por falta de acabados y emboquillados en cámaras, el Contratista manifiesta que designó una brigada para esta labor [...]”.
	El 21 de marzo de 1996, delegados del consorcio, la ETB y la interventoría suscribieron el acta número 13, de conformidad con la cual:

²⁶⁸ Folios 93 y 94 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁶⁹ Folios 154 y 155 del cuaderno 8.

²⁷⁰ Folios 160 y 161 del cuaderno 8.

	“Al ser analizado el informe presentado por la Interventoría se encuentra que la ruta crítica del proyecto está en la empalmería. A este respecto el Comité considera que se debe evaluar la cantidad real de empalmes requeridos en el proyecto, para tener una idea más real de las condiciones de atrasos o adelantos de obra [...]”²⁷¹.
	El 11 de abril de 1996, representantes de la ETB, el contratista y el interventor firmaron el acta número 15, en la que hicieron constar que: “El Contratista manifiesta tener el recurso humano y técnico para cumplir dentro del tiempo con la Empalmería Primaria y que por lo tanto no considera preocupante el atraso mostrado. Al respecto la Coordinación y la Interventoría manifiesta que sí es importante el atraso y esperan para el próximo informe obtener rendimientos significativos; para la Empalmería en Red Secundaria se debe incrementar el recurso humano. El Contratista acepta que ubicará una cuadrilla especial para el plomado de postes”²⁷².
El 18 de abril de 1996, delegados de la ETB, el consorcio y la interventoría rubricaron el acta número 16, en la que se dejó nota de que: “[d]ebido a que la Empresa ha confirmado la falta de cables de 300, 400 y 600 pares entre otros, se debe elevar por parte del Contratista solicitud de prórroga al Contrato de construcción, teniendo en cuenta la afectación de la obra por falta de cables”²⁷³.	
Comunicación fechada el 22 de abril de 1996, dirigida por el representante legal del Consorcio Jorge Ariel Velosa P. – RYL LTDA al Interventor del Contrato ETB 3699 de 1995, en la que presenta unos hechos que “no han permitido el avance normal de los trabajos”, dentro de los cuales menciona: (i) el retraso en el inicio de las obras, debido al tiempo empleado por la ETB, para la “legalización” del contrato; (ii) que el material encontrado en las excavaciones no permitía su reutilización, contrario a lo previsto; (iii) la tardanza en la autorización para el suministro de <i>minibloques</i> y cajas de dispersión en el laboratorio de la ETB; (iv) el desabastecimiento de cable telefónico de 200, 300, 400 y 600 pares; y (v) mayores cantidades de obra en un volumen representativo. De acuerdo con lo anterior, el consorcio solicita una prórroga del plazo de ejecución del contrato de 60 días²⁷⁴.	
En respuesta a la solicitud anterior, la interventoría comunicó al Director de la División Operación Sur de la ETB que debería	

²⁷¹ Folios 164 y 165 del cuaderno 8.

²⁷² Folios 168 a 169 del cuaderno 8.

²⁷³ Folios 170 a 171 del cuaderno 8.

²⁷⁴ Folios 108 y 109 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

concederse una prórroga de 47 días por causas no imputables al contratista ²⁷⁵ .	
	El 25 de abril de 1996, delegados de la ETB, el contratista y la interventoría suscribieron el acta número 17, en la que se apuntó que: <i>“Se recuerda que el compromiso del Contratista para levantar las observaciones de canalizaciones vence el próximo 30 de abril. Al respecto el contratista manifiesta que está trabajando con cuadrillas especiales en esta labor. Se solicita al Contratista agilizar el trabajo en empalmería primaria y secundaria para no presentar atrasos, ya que se tienen suficientes empalmes por ejecutar”</i> ²⁷⁶ .
El 8 de mayo de mayo de 1996, representantes de la ETB, el consorcio contratista y la interventoría suscribieron acta de obras adicionales y suministros, en la que hicieron constar que debían realizarse las siguientes obras no contempladas: (i) reconstrucción de cámara de acceso autorizada y diseñada por la ETB, <i>“debido al deficiente estado de la salida de los cables y resultado de la visita conjunta”</i> , (ii) se proyectaron canalizaciones en andén de concreto, <i>“[...] y la propuesta, el Contrato y los pliegos consideran este tipo de anden en espesor de 10 cm”</i> , pero <i>“[al] ejecutarse la obra se encontraron andenes en espesores de 15 y 20 cms y a solicitud de la comunidad representada por los ediles de la zona, le solicitó al contratista reconstruirlos en las mismas especificaciones”</i> ; y, (iii) en la construcción de canalizaciones se hizo necesario cambiar el material de relleno seleccionado, debido a que no cumplía con las especificaciones de la empresa ²⁷⁷ .	
El 10 de mayo de 1996, la interventoría y el contratista suscribieron acta de mayores cantidades de obra, con ítems correspondientes a colocación de cable telefónico, empalmes de cable telefónico, obras varias, suministro de materiales y canalizaciones ²⁷⁸ .	
El 17 de mayo de 1996, el Subgerente de Operaciones I de la ETB manifestó al consorcio contratista que autorizaba la prórroga del contrato 3699 por 47 días y puso de presente que: <i>“Para autorizar la prórroga se tuvo en cuenta las causas imputables a la Empresa por el no suministro oportuno de cables y verticales”</i> ²⁷⁹ .	
	El 6 de junio de 1996, miembros del contratista, la ETB y la interventoría firmaron el acta número 23 conforme a la cual: <i>“[s]e exige del Contratista que dé prioridad a la ejecución de las Coronas;</i>

²⁷⁵ Folios 110 a 112 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁷⁶ Folios 172 y 173 del cuaderno 8.

²⁷⁷ Folios 117 a 120 del cuaderno 2.

²⁷⁸ Folios 123 a 130 del cuaderno 2.

²⁷⁹ Folio 132 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988. Folio 46 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

	por tanto debe mejorar su rendimiento en esta actividad. La Coordinación informa que le Cable de 600 pares se encuentra a la fecha en las Bodegas de Engativá, pero que no se ha efectuado la Interventoría [...]. Se exige al Contratista que termine y entregue distritos para que [la] Interventoría pruebe y los acepte, teniendo en cuenta que la Empresa requiere con urgencia dicha red”²⁸⁰.
Acta número 24 del 13 de junio de 1996, en la cual la interventoría manifestó que: “[...] se establece que el atraso en la colocación se debe básicamente a la falta de cable de 600 pares, el cual no ha sido suministrado por la Empresa. El Contratista manifiesta que fue a retirar el cable el día 12 de junio, pero aún no estaba disponible [...]”²⁸¹.	
El 20 de junio de 1996, la interventoría le comunicó a la ETB que en la ejecución del contrato 3699 unos ítems por mayores cantidades de obra, correspondientes a: localización y materialización del proyecto; roturas de asfalto y concreto; demoliciones; excavaciones; colocación de tubería; rellenos; construcción de cámaras y cajas de paso; traslado de red, elaboración de planos y limpieza de cámaras; y asfaltos. Así mismo, se relacionan uno siguientes ítems correspondientes a obras adicionales²⁸².	
El 27 de junio de 1996, representantes de la interventoría, el contratista y la ETB firmaron el acta número 25, en la que se anotó que: “Teniendo en cuenta que la Empresa no ha entregado el cable de 600 pares y el próximo vencimiento del contrato de obra, es necesario definir si el Contratista debe terminar las obras afectadas por el cable faltante o se inicia la liquidación del contrato”²⁸³.	
El 3 de julio de 1996, la interventoría le manifestó a la ETB que el contrato 3699 terminaba el 6 de julio de la misma anualidad, y que las obras no se terminarían debido a la no entrega del cable de 600 pares por parte de la ETB²⁸⁴.	
	El 18 de julio de 1996, representantes de la ETB, el consorcio contratista y la interventoría suscribieron el acta número 28, de acuerdo con la cual “[e]l Director de Interventoría informa a la Coordinación la situación real en la que se encuentran los Cables Primarios respecto a pruebas de aislamiento. Dado que el tiempo es corto y que las pruebas deben quedar concluidas a satisfacción y en la etapa de construcción se exige al Contratista que levante las observaciones en forma inmediata. El

²⁸⁰ Folios 183 y 184 del cuaderno 8.

²⁸¹ Folios 185 y 186 del cuaderno 8.

²⁸² Folios 133 a 138 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁸³ Folios 185 a 186 del cuaderno 8.

²⁸⁴ Folio 140 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

	<i>Contratista explica que es conocedor del problema y que por lo tanto ya tomó los correctivos del caso, colocando brigadas especiales para levantar observaciones y corregir las bajas resistencias de aislamiento de los cables. Sin embargo los trabajos se han venido afectando por factores climáticos”²⁸⁵.</i>
El 22 de julio de 1996, la interventoría le comunicó a la ETB el estado de avance de las obras a la fecha de terminación de la primera prórroga, y especificaó los números de los cables y distritos que debieron entregarse, pero se encuentran pendientes por la falta de cable de 600 pares ²⁸⁶ .	El mismo 22 de julio de 1996, la interventoría le indicó a la ETB que los cables y distritos estaban terminados, pero se presentaron problemas en las pruebas, por lo que se estaban realizando las reparaciones correspondientes.
El 30 de julio de 1996, la interventoría presentó al Subgerente de Operaciones I de la ETB un resumen sobre los factores que afectaron el proceso constructivo en la ampliación de canalizaciones y redes de la central telefónica Yomasa, en el que se mencionaron la siguientes circunstancias: (i) en la primera reunión con el contratista, celebrada el 21 de diciembre de 1996, el contratista expuso las inconsistencias del proyecto y solicitó la aprobación de suministros, obras no contempladas y mayores cantidades, lo cual fue puesto en conocimiento de la ETB y de “ <i>Diseño de Redes</i> ”; (ii) en cuatro (4) informes semanales de la interventoría, presentados entre enero y febrero de 1996, se mostró, mediante registro fotográfico, la “[p]ésima calidad del materia resultante de la excavación”, lo que hacía imposible su utilización en los rellenos, y se explicó la solicitud de la comunidad, tramitada a través de los ediles de la zona, relacionadas con la reconstrucción de los andenes; (iii) en atención a lo anterior la interventoría requirió, en los informes mencionados, la aprobación de mayores cantidades y obras adicionales; (iv) la interventoría solicitó a la ETB el diseño de la cámara de acometida a la central telefónica, debido a problemas de acceso, la cual fue aprobada con por la Coordinación con la participación de “ <i>Diseños y Redes</i> ” en reunión del 8 de febrero de 1996; (v) el contratista manifestó la necesidad de transportar una mayor cantidad de material sobrante de excavación, al no poderse utilizar para rellenos, ante lo cual la interventoría solicitó el precio unitario dichos retiros; (vi) la Coordinación aprobó la utilización de recibos, en reemplazo del material de excavación no apto para compactaciones; (v) el 25 de febrero de 1996, el contratista solicitó nuevamente a la interventoría que se diera trámite al suministro de consolas y peldaños, de “ <i>imperiosa necesidad</i> ” para la construcción de la red primaria; (vi) la interventoría manifestó que no entendía por qué no se contempló el suministro de los anteriores elementos y que la colocación de consolas y peldaños fue aprobada por la Coordinación,	

²⁸⁵ Folios 174 y 175 del cuaderno 8.

²⁸⁶ Folios 59 y 60 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

como consta en al acta de la reunión número 3; y, (vii) el 23 de marzo de 1996, el contratista presentó oficialmente el precio unitario de la ampliación de la cámara especial, el cual fue aprobado por la interventoría y la coordinación ²⁸⁷ .	
	El 9 de agosto de 1996, el Director de la División Operación Sur de la ETB remitió comunicación formal al interventor del contrato 3699, en la que transcribió apartados de los memorandos 638.632 y 638.395, relativos a la corrección de fallas por parte del contratista luego de vencido el término del contrato 3699 ²⁸⁸ .
	El 20 de agosto de 1996 el Director de la División Operación Sur de la ETB puso en conocimiento del interventor del contrato 3699 su preocupación, porque, transcurridos 15 días luego del vencimiento del plazo contractual, no se había producido reporte significativo de redes probadas y recibidas a satisfacción. Manifestó, por otra parte, dijo que la verdadera causa de los retrasos en la entrega de las obras no está en los retrasos en los pagos, sino en la <i>“indeseable y evidente mala calidad de la mano de obra empleada en la labor de empalmería”</i> ²⁸⁹ .
	El 2 de agosto de 1996, la interventoría del contrato 3699 le reiteró al contratista que, antes de comunicarle la entrega de los <i>“cables primarios”</i> , debía realizar las pruebas eléctricas correspondientes, que aseguraran su correcto funcionamiento. Advirtió además que el contratista estaba incumpliendo los plazos parciales y total del contrato y que <i>“[...] la no organización de su propio trabajo le conllevará altos costos a su [sic] Compañía y graves prejuicios de orden [sic] Contractual”</i> ²⁹⁰ .
	El 9 de agosto de 1996, la interventoría del contrato 3699 le comunicó al consorcio contratista que el Director de División de Mantenimiento Sur de la ETB había decidido concederle un mes de plazo, contado a partir del vencimiento del contrato, para que <i>“dentro del mismo corrijan todas las fallas encontradas por la interventoría en el proceso de prueba de redes”</i> . Añadió que este lapso estaba comprendido dentro del período de liquidación del contrato ²⁹¹ .
El 22 de agosto de 1996, el representante del consorcio contratista y el interventor del contrato 3699 suscribieron un acta de mayores y menores cantidades de obra, en la que especificaron que, en el desarrollo de dicho contrato, fueron ejecutadas y recibidas a	

²⁸⁷ Folios 149 a 155 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁸⁸ Folios 37 y 38 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁸⁹ Folio 35 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁹⁰ Folio 48 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁹¹ Folio 49 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

satisfacción unas mayores cantidades de obra cuyo valor total asciende a \$217'278.493,07 ²⁹² .	
El 1º de octubre de 1996 delegados del contratista, la ETB y la interventoría suscribieron un acta en la que hicieron constar que las obras complementarias al contrato 3699 fueron recibidas a satisfacción por la interventoría, y que su valor ascendía a \$350'000.000, monto por el cual debía expedirse un certificado de reserva presupuestal ²⁹³ .	
El 7 de marzo de 1997, la interventoría comunicó al Director División Operación Sur de la ETB, entre otros, que hubo deficiencias en los diseños y suministros inoportunos que la ETB estaba contractualmente obligada a realizar, lo que redundó en mayores tiempos de ejecución y mayores cantidades de obra ²⁹⁴ .	

A partir de lo anterior, esta Subsección concluye que las prórrogas del contrato 3699 de 1995 y la consiguiente mayor permanencia que estas trajeron consigo, fueron ocasionadas por actuaciones tanto de la ETB así como del consorcio contratista.

Esta Subsección encuentra que, por un lado, se presentó un déficit en la entrega de cables de 300, 400 y 600 pares por parte de la ETB, lo que –conforme a lo manifestado el 18 de abril de 1996 por representantes de la ETB, la interventoría y el consorcio– llevó a que este último tuviera que solicitar la primera prórroga del contrato²⁹⁵. En atención a ello, la interventoría comunicó al Director de la División Operación Sur de la ETB que debería concederse una prórroga de 47 días por causas no imputables al contratista²⁹⁶, y el Subgerente de Operaciones I de la ETB manifestó formalmente que, para autorizar la prórroga del contrato 3699 por 47 días, fueron tenidas en cuenta “[...] *las causas imputables a la Empresa por el no suministro oportuno de cables y verticales*”²⁹⁷. Tras ello, se dejó constancia de que los retrasos en la ejecución de las obras se debían a la falta de cable de 600 pares, el cual no había sido suministrado por la ETB, lo que se reiteró el 29 de febrero de 1996²⁹⁸, 13 de junio de 1996²⁹⁹, 27 de junio de 1996³⁰⁰, 3 de julio de 1996³⁰¹, 22 de julio de 1996³⁰² y 7 de marzo de 1997³⁰³.

La Sala observa, por otra parte, que el dictamen rendido por la ingeniera electrónica Vivian Andrea García Balaguera el 19 de septiembre de 2000 puso de presente que la eventual insuficiencia del suministro de cable por parte de la ETB no ocasionaba necesariamente la parálisis de la ejecución del contrato 3699, ya

²⁹² Folios 164 y 165 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 79 a 83, y 98 y 99 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁹³ Folios 86 y 87 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁹⁴ Folios 31 y 32 del cuaderno de pruebas 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁹⁵ Folios 170 a 171 del cuaderno 8.

²⁹⁶ Folios 110 a 112 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁹⁷ Folio 132 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988. Folio 46 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

²⁹⁸ Folios 154 y 155 del cuaderno 8.

²⁹⁹ Folios 185 y 186 del cuaderno 8.

³⁰⁰ Folios 185 a 186 del cuaderno 8.

³⁰¹ Folio 140 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁰² Folios 59 y 60 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁰³ Folios 31 y 32 del cuaderno de pruebas 8. Expediente acumulado 1999-1988.

que el cable de 600 pares podía ser reemplazado por otros de distintas especificaciones³⁰⁴.

Esto, sin embargo, no impide concluir que el déficit en el suministro de cables por parte de la ETB –que fue corroborado en el dictamen mencionado– hubiera retrasado la ejecución del contrato 3699, ya que el consorcio contratista tenía la obligación de ceñirse a las especificaciones técnicas, esquemas y planos aprobados por la ETB³⁰⁵; y esta última tenía la obligación de tramitar con prontitud las modificaciones necesarias para la buena marcha de las obras y ordenar los cambios necesarios a los planos y especificaciones³⁰⁶, por medio del interventor, lo cual podía ser propuesto por el contratista³⁰⁷. Sin embargo, el uso de cables diferentes al de 600 pares solo fue autorizado el 19 de mayo de 1996³⁰⁸, es decir, un (1) día antes del vencimiento del plazo primigenio de ejecución, previsto en el acta de iniciación de las obras del contrato 3699³⁰⁹.

Resulta así comprensible que tanto las partes contratantes como la interventoría afirmaran que dicha omisión de la empresa en la entrega del cable de 600 pares había dado lugar a las prórrogas. Además, la Sala encuentra que, para que tal déficit pudiera generar una mayor permanencia, no resulta necesario que tenga la virtualidad necesaria para paralizar la ejecución del contrato, sino que basta con que lleve a una ralentización del ritmo de ejecución.

³⁰⁴ “[...] 5. *Sírvase explicar la señora Perito, si la eventual falta de una denominación de cable telefónico tiene que producir inexorablemente la parálisis de unos contratos de construcción de redes telefónicas como los que ETB celebró con el Consorcio RYL Ltda., y Jorge Ariel Velosa Peñarete, para la ampliación de las centrales de San Fernando y Yomasa, o si era posible remediar esa contingencia empleando otras denominaciones de cable, como utilizar cables de 400 y 200, para reemplazar el de 600, y examinar la factibilidad de poner en práctica las opciones para evitar posibles traumatismos en la ejecución de los contratos [...]?* RESPUESTA: No [sic] es necesariamente se puede producir inexorable parálisis, porque si no hay existencia del cable de una denominación específica en el caso de la pregunta de cable de 600 se puede reemplazar por 2 cables telefónico de 300 X 2 X 0.4 milímetros o por un cable telefónico de 400 X 2 X 0.4 milímetros y otro de cable telefónico de 200 X 2 X 0.4 milímetros, estas son dos de varias combinaciones posibles, se pueden hacer para reemplazar la denominación de 600 X 2 X 0.4 milímetros, explicando un poco mejor 600 hace referencia a 600 líneas telefónicas, 2 hace referencia a 2 hilos de cada línea y el 0.4 milímetros es el calibre o grosor de cada una de las líneas de cobre [...]”. Folios 370 y 371 del cuaderno 1. Exp. 1999-1988.

³⁰⁵ CONTRATO 369 DE 1995. CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. “PLANO Y ESPECIFICACIONES. EL CONTRATISTA se ceñirá a las especificaciones suministradas, esquemas que hacen parte de ellas y a los planos que constituyan la canalización y la red telefónica pactada, así como también a los planos adicionales de detalles y modificaciones que suministren durante el desarrollo de las obras”.

³⁰⁶ CONTRATO 369 DE 1995. “DÉCIMA. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA: La EMPRESA se obliga con el Contratista a [...] c) Dar aviso oportuno por medio del Interventor, de cualquier modificación que se introduzca en la obra. [...] DÉCIMA PRIMERA. INTERVENTORÍA: LA EMPRESA ejercerá la supervigilancia de las obras por intermedio de la interventoría contratada [...]. La interventoría actuará como Representante de LA EMPRESA ante EL CONTRATISTA y por su conducto se tramitarán todas las cuestiones relativas al desarrollo del presente Contrato. La principales obligaciones del INTERVENTOR serán las siguientes: [...] d) Ordenar los cambios que considere necesarios en los planos o especificaciones de conformidad con el procedimiento establecido en el Contrato. E) Atender con prontitud las consultas, trámites pedidos, reparaciones que no sean de competencia del El Contratista y modificaciones necesarias para la buena marcha de las obras.”.

³⁰⁷ CONTRATO 369 DE 1995. “DÉCIMA SEXTA: PLANOS Y ESPECIFICACIONES: [...] PARÁGRAFO CUARTO: Durante la ejecución del contrato, LA EMPRESA podrá ordenar por medio del Interventor cambios, modificaciones e inclusión de omisiones en los planos y especificaciones. [...] PARÁGRAFO QUINTO: Cuando a juicio de EL CONTRATISTA se conveniente modificar los planos o especificaciones, se someterá a aprobación los cambios junto con los estudios correspondientes al Interventor. Si los cambios no fueren aceptados, el Contratista se someterá a los y especificaciones originales”.

³⁰⁸ En el acta número 19 del 9 de mayo de 1996, suscrita por la ETB, la interventoría y el contratista, se manifestó: “INEXISTENCIA DE CABLE: ante algunos faltantes de cable se pueden optimizar la utilización de otros que se tengan en existencia, por ejemplo C-200 pares utilizar 150+150 o C-300 utilizar 150+150. Al respecto se solicita que se lleven registros de los cambios de denominación de cable [...]”. Folios 176 a 177 del cuaderno 8.

³⁰⁹ Folio 90 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 138 y 139 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

Ahora bien, la ETB tenía la obligación contractual de “[s]uministrar oportunamente los materiales correspondientes que sean de su cargo”³¹⁰ y, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones, a esta le correspondía el suministro de cables, los cuales serían entregados en los almacenes de Engativá³¹¹. En este orden de ideas, la Subsección concluye que la omisión en la entrega de cable de 600 pares por parte de la ETB fue un hecho, imputable a esta, que dio lugar a una mayor permanencia en la ejecución del contrato 3699 de 1995.

La interventoría puso de presente, por otro lado, que desde el 22 de abril de 1996 se venían añadiendo mayores cantidades de obra en un volumen representativo, lo que impedía un avance normal de la obra y hacía necesaria la solicitud de una prórroga³¹². Posteriormente, representantes de la ETB, el consorcio contratista y la interventoría hicieron constar que debían realizarse obras no contempladas, lo que se documentó el 8 y 10 de mayo de 1996³¹³⁻³¹⁴, 20 de junio de 1996³¹⁵, 30 de julio de 1996³¹⁶, 22 de agosto de 1996³¹⁷ y 1º de octubre de 1996³¹⁸. En estas dos últimas oportunidades, el contratista, la ETB y la interventoría manifestaron que las obras complementarias habían sido recibidas a satisfacción.

Esta Colegiatura concluye que la mayor permanencia ocasionada por las adiciones de mayores cantidades de obra en la ejecución del contrato 3699 no pueden considerarse circunstancias imprevistas, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones y el clausulado del contrato. El numeral 3.8.1 del pliego dispuso que: *“Las cantidades de obra para cada uno de los grupos son estimativas para los efectos de la licitación y podrán cambiar, aumentando o disminuyendo en el desarrollo del Contrato, obteniéndose como cantidades finales las que se midan sobre la obra ejecutada, sin que el Contratista tenga derecho a reclamación alguna por la variación de las cantidades de obra”*. Mientras, en los numerales 3.1.10 y 3.1.11 se determinó un procedimiento para los eventos en los que fuera necesaria la ejecución de obras adicionales o el suministro de materiales no previstos³¹⁹. Lo anterior se reiteró asimismo en las cláusulas 13ª y 14ª del contrato 3699³²⁰. Era pues claramente previsible para el consorcio contratista, conforme al marco contractual específico, que en el desarrollo de las obras convenidas se requiriera la adición de mayores cantidades de obra, el suministro de materiales imprevistos o la elaboración de obras adicionales.

³¹⁰ CONTRATO 3699 DE 1995. Cláusula Décima, literal d). Folio 80 (reverso) del cuaderno 2.

³¹¹ “La Empresa suministrará parcialmente al Contratista los materiales que se entregarán en los almacenes de la Empresa ubicados en Engativá, Municipio anexo a Santa Fe de Bogotá. || Entrega de Materiales: || Cables, herrajes y materiales varios en los almacenes de Engativá”. ETB. Licitación Pública Nacional No. 004/38, Tomo I, Capítulo V. Folio 108 del cuaderno 3A.

³¹² Folios 108 y 109 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³¹³ Folios 117 a 120 del cuaderno 2.

³¹⁴ Folios 123 a 130 del cuaderno 2.

³¹⁵ Folios 133 a 138 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³¹⁶ Folios 149 a 155 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³¹⁷ Folios 164 y 165 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 79 a 83, y 98 y 99 del cuaderno de pruebas número 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³¹⁸ Folios 86 y 87 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³¹⁹ Folios 43 y 44 del cuaderno 3A.

³²⁰ CONTRATO 369 DE 1995. “DÉCIMA TERCERA: CANTIDADES DE OBRA: Las cantidades de obra pactadas son estimativas y podrán cambiar, aumentando o disminuyendo en el desarrollo del contrato, obteniéndose como cantidades finales las que se midan sobre la obra ejecutada, sin que EL CONTRATISTA tenga derecho a reclamación alguna por la variación en las mismas. LA EMPRESA podrá ordenar modificaciones en las cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos. [...] DÉCIMA CUARTA: OBRA ADICIONAL Y SUMINISTROS NO PREVISTOS: Cuando se necesita efectuar por cambios u omisión de especificaciones, obras cuyo precio unitario total no esté pactado, o se solicite a EL CONTRATISTA el suministro de algún material requerido para la obra y no incluido como suministro por parte del mismo en estos pliegos, EL CONTRATISTA presentará un análisis de precios unitarios para estudio y aprobación conjunta de la [sic] Interventoría y LA EMPRESA”.

La Sala advierte además que el contrato 3699 de 1995 se pactó bajo la modalidad de precios unitarios, según la cláusula 1ª y el Anexo I del contrato³²¹, y el numeral 2º del capítulo III del pliego de condiciones³²². De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, se recurre a esta modalidad de pago, cuando es imposible determinar con exactitud del valor de la obra³²³ y, para la ejecución del objeto contractual, pudiera ser necesario adelantar actividades que no estén previstas en el contrato, las cuales son remuneradas, con base en unos precios determinados previamente³²⁴. En este orden de ideas, las condiciones jurídicas generales bajo las cuales fue suscrito el contrato 3699 de 1995 hacían también previsible que se añadieran mayores cantidades de obra, se hiciera necesario el suministro de materiales no previstos o se ejecutaran obras adicionales.

Conforme a lo anterior, la Sala encuentra que la necesidad de ordenar mayores cantidades de obra, ejecutar obras adicionales o incluir materiales que no hubieran sido previstos inicialmente no puede considerarse, en el *sub lite*, hechos imprevistos ni atribuibles a la entidad contratante que den lugar al reajuste del equilibrio contractual.

Por otro lado, el consorcio contratista³²⁵ y la interventoría³²⁶⁻³²⁷ coincidieron en afirmar, en momentos diferentes³²⁸, que la ejecución del contrato 3699 había sido obstaculizada por otras circunstancias, tales como: (i) que, contrario a lo previsto, el material encontrado en las excavaciones no permitía su reutilización; (ii) la tardanza en la autorización para el suministro de *minibloques* y cajas de dispersión en el laboratorio de la ETB; y (iii) deficiencias en los diseños.

No obstante, la Sala encuentra que la segunda de las anteriores circunstancias no puede imputársele a la entidad contratante, ni considerarse un imprevisto, ya que, conforme al literal x) de la cláusula 9ª del contrato 3699, “[...] *el contratista se compromete a efectuar las pruebas de laboratorio a los materiales que considere el Interventor y serán a cargo del contratista los costos provenientes de la práctica de los mismos*”. No existe además una prueba técnica que corrobore las supuestas deficiencias en los diseños, ni fue expuesta la razón (de ciencia) en la cual se basaba esta afirmación, por lo que lo dicho en este sentido no alcanza siquiera a considerarse una hipótesis corroborarle³²⁹. Aparte, en las

³²¹ Folio 75 (reverso) del cuaderno 2.

³²² Folio 37 del cuaderno 3A.

³²³ “En similar sentido, como quiera que la modalidad de pago acordada [...] obedeció al sistema de precios unitarios, se precisa que en virtud de esta modalidad, ante la imposibilidad de establecer con exactitud el valor de la obra, previamente a la ejecución del negocio jurídico el proponente establece en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de marzo de 2017, exp. 51526.

³²⁴ “La definición que se tiene de los contratos por precio unitario ha dado lugar a que por la doctrina se entienda que en este tipo de contratos se busca un fin y es ejecutar un objeto contractual, que si para lograrlo se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 1999, exp. 10929.

³²⁵ Folios 108 y 109 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³²⁶ Folios 149 a 155 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³²⁷ Folios 31 y 32 del cuaderno de pruebas 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³²⁸ 22 de abril y 30 de julio de 1996 y 7 de marzo de 1997.

³²⁹ “[...] el proceso racional debe partir por la identificación de la hipótesis en disputa y los elementos de prueba con que cuenta cada una. Una vez individualizadas las hipótesis en pugna deben ser seleccionados los hechos relevantes en que se apoyan y, de igual forma, los elementos probatorios que justifican cada tesis, para luego sí, a través de un proceso racional, verificar cuáles y de qué manera confirman cada una de las hipótesis, lo que permite finalmente asignar un valor preponderante y consentirá justificar cuál es la que tiene un mayor grado de certidumbre que es lo que la doctrina denomina como ‘relativamente verdadera en oposición a ‘no verdadera’”. PINZÓN MUÑOZ, Carlos E. *La Prueba de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 2ª Edición, Editorial Ibañez, Bogotá, 2018, pp. 37 y 39.

especificaciones técnicas del pliego de condiciones, se definieron las especificaciones de los rellenos, dentro de los que, entre otros, se menciona el “RELLENO EN MATERIAL PROVENIENTE DE EXCAVACIÓN”. Pero esta no es la única fuente de dicho material, ni la primordial, por lo que el hecho de que esta no pudiera reutilizarse en la construcción no puede considerarse un imprevisto que dé lugar al reajuste del equilibrio prestacional del contrato.

Pasando ahora a los hechos atribuibles al consorcio contratista que dieron lugar a un desequilibrio contractual, la Subsección nota que, durante la ejecución del contrato 3699 la ETB y la interventoría reiteraron constantemente que era necesario que el contratista incrementara su capacidad operativa, para dar cumplimiento a lo programado. De ello se dejó constancia el 1º de febrero de 1996³³⁰, 15 de febrero de 1996³³¹, 11 de abril de 1996³³², 25 de abril de 1996³³³. El contratista manifestó además el 1º de febrero de 1996³³⁴ y 7 marzo de 1996³³⁵ que se estaba afectando la ejecución del contrato, debido a problemas con sus proveedores, y el 18 de julio de 1996 indicó que los trabajos en el proyecto se habían venido afectando “por factores climáticos”³³⁶. Lo anterior afectó principalmente las labores de empalmería y redes secundarias³³⁷⁻³³⁸⁻³³⁹.

Los eventuales atrasos y el desequilibrio económico ocasionados por el déficit de personal y los problemas con los proveedores del consorcio contratista son atribuibles a este, debido a que: (i) conforme lo estipulado en la cláusula 9ª del contrato 3699, la ETB y la interventoría tenían la facultad de ordenar al contratista el aumento de personal, cuando este fuera considerado insuficiente, y este último estaba obligado a proveerlo oportunamente³⁴⁰; (ii) en la cláusula 7ª del contrato 3699 se acordó que “EL CONTRATISTA suministrará todo el personal necesario para la ejecución de las obras objeto del presente contrato y se obliga a ocupar en ellas el personal experimentado”³⁴¹; (iii) en el numeral 5.10 del pliego de condiciones se determinó que “[e]l contratista suministrará todo el personal necesario para la ejecución del trabajo de construcción de redes contemplado en el Contrato [...]”³⁴²; (iv) según la cláusula 21ª del contrato 3699 “EL CONTRATISTA suministrará suficiente personal, planta de construcción y equipo, deberá trabajar con los turnos necesarios para que el trabajo se realice de acuerdo con el plan de trabajo aprobado”; (v) en el numeral 3.4.1 del Pliego de Condiciones se estableció que al contratista le corresponde “[...] conseguir, adquirir, transportar, elaborar, clasificar, colocar y proteger todos los materiales destinados a la obra [...]”³⁴³; (vi) en el numeral 5º de los capítulos I, III y IV del pliego de condiciones se dispuso que “EN CASO DE QUE EL OFERENTE EN CUALQUIERA DE LOS ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS DE SU PROPUESTA HUBIESE OMITIDO O INCLUIDO INSUFICIENTEMENTE

³³⁰ Folios 93 y 94 del cuaderno de pruebas número 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³³¹ Folios 154 a 155 del cuaderno 8.

³³² Folios 168 a 169 del cuaderno 8.

³³³ Folios 172 y 173 del cuaderno 8.

³³⁴ Folios 150 a 161 del cuaderno 8.

³³⁵ Folios 160 y 161 del cuaderno 8.

³³⁶ Folios 154 y 155 del cuaderno 8.

³³⁷ Folios 164 y 165 del cuaderno 8.

³³⁸ Folios 168 a 169 del cuaderno 8.

³³⁹ Folio 35 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁴⁰ “NOVENA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.- [...] m) nombrar al personal de obra. [...] El personal deberá seleccionarse entre las personas experimentadas en los trabajos que se le encomienden LA EMPRESA y/o LA INTERVENTORÍA podrán en cualquier momento que consideren insuficiente el personal de trabajadores o empleados para el cumplimiento del Contrato dentro del plazo estipulado, ordenar a EL CONTRATISTA el aumento que sea necesario y este deberá proveerlo oportunamente”.

³⁴¹ Folio 85 (reverso) del cuaderno 2.

³⁴² Folio 108 del cuaderno 3A

³⁴³ Folio 45 del cuaderno 3A.

MATERIALES, EQUIPO, MANO DE OBRA U OTRO ELEMENTO QUE FORME PARTE INTEGRAL DEL CONTRATO, SUS COSTOS SERÁN A CARGO DEL CONTRATISTA Y LA EMPRESA NO RECONOCERÁ PAGO ALGUNO POR DICHOS CONCEPTOS”³⁴⁴.

Por otra parte, en la cláusula 9ª del contrato 3699 el consorcio contratista hizo constar que había estudiado cuidadosamente “*las condiciones normales y extremas del clima que se presenten y podrán presentarse en el lugar donde se van a ejecutar las obras*”. Así que, conforme a lo establecido por esta Corporación³⁴⁵, así como por la Corte Suprema de Justicia³⁴⁶, la cual –como se expuso– afirma que los riesgos asumidos por disposición contractual no son ajenos a la parte que los invoca y, por ende, no dan lugar a la corrección del equilibrio económico del contrato, al haber manifestado que conocía dichas circunstancias climáticas, el contratista asumió las consecuencias que, sobre la ejecución del contrato, estas tuvieran y, por ende, le son atribuibles.

Aparte, el contratista fue requerido el 6 de junio de 1996³⁴⁷, 22 de julio de 1996³⁴⁸, 9 de agosto de 1996³⁴⁹ y 2 de agosto de 1996³⁵⁰ para que corrigiera las fallas que se estaban presentando en las obras entregadas y realizara las pruebas eléctricas que aseguraran su correcto funcionamiento, antes de comunicar las entregas. Esto, finalmente, llevó a que el 9 de agosto de 1996, la interventoría del contrato 3699 le comunicara al consorcio contratista que se le había concedido un mes de plazo, contado a partir del vencimiento del contrato, para que “*dentro del mismo corrijan todas las fallas encontradas por la interventoría en el proceso de prueba de redes*”³⁵¹. La omisión de la ejecución de las correcciones ordenadas por la ETB y la interventoría constituyen un incumplimiento de las obligaciones del consorcio convenidas en los literales o) y z) de la cláusula 9ª del contrato 3699³⁵². Además, en los numerales 5.5.2 y 5.5.3 del pliego de condiciones se definen las pruebas físicas y eléctricas que debían realizarse a los empalmes, estableciéndose además que estas últimas debían efectuarse, como mínimo, cada seis (6) empalmes, para que procediera la aceptación de la red³⁵³. En consecuencia, los

³⁴⁴ Folios 8, 56 y 106 del cuaderno 3A.

³⁴⁵ “En cuanto al rompimiento de la ecuación financiera del contrato por la mayor permanencia en la obra, determinada por el crudo invierno, la obstrucción de las vías de acceso y la inacción de la entidad pública. El contratista invocó la ocurrencia de hechos extraños a él, para fundar la petición de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Alegó que el intenso invierno produjo la obstrucción de las vías de acceso al lugar de la obra, que ante estos hechos la entidad pública fue negligente, que ello generó la mayor permanencia en la obra y por ende, sobrecostos que lesionaron la economía del contrato en perjuicio suyo. La Sala advierte que la teoría de la imprevisión se aplica cuando el contratista ha ejecutado el contrato, pese a que se han presentado hechos exógenos e imprevisibles, que alteran la ecuación económica del contrato. En tales condiciones, la Sala encuentra que el contratista no acreditó los elementos que condicionan la aplicación de la teoría de la imprevisión: -No acreditó la ocurrencia de hechos imprevisibles, pues como se explicó precedentemente, el invierno y los deslizamientos en la vía, en el caso concreto, son hechos naturales, que el contratista manifestó conocer cuando formuló su propuesta y que por ende asumió”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 11 de septiembre de 2003, exp. 14781.

³⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

³⁴⁷ Folios 183 y 184 del cuaderno 8.

³⁴⁸ Folios 59 y 60 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁴⁹ Folios 37 y 38 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁵⁰ Folio 48 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁵¹ Folio 49 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁵² “NOVENA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.- [...] Cumplir además de las especificaciones fijadas por la Empresa, las indicaciones o instrucciones de la interventoría sobre las técnicas correctas de ejecución de las obras de canalizaciones de los empalmes, obras complementarias y manipulación de herrajes, herramientas y materiales. [...] z) Hacer un chequeo previo de los cables existentes en las cámaras en donde se va a efectuar los trabajos. Cuando de dicho chequeo se detecten daños, deberá informar de forma inmediata al interventor y éste a su vez a la División de Operaciones respectiva de LA EMPRESA. [...] Es obligación de EL CONTRATISTA al terminar los trabajos en las cámaras, asegurarse de que todos los cables se encuentren en perfecto estado de hermeticidad”.

³⁵³ Folio 115 del cuaderno 3 A.

retrasos en la ejecución del contrato que esto pudiera haber ocasionado son imputables al consorcio contratista.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, en este proceso se acreditó que la mayor permanencia en obra en la ejecución del contrato 3699 de 1995 fue ocasionada por actuaciones atribuibles al consorcio contratista, así como a la ETB. Esta última incumplió su obligación de suministrar cables y, en especial, cables de 600 pares. Además, pudiendo autorizarse el uso de otros cables, esto solo fue admitido cuando faltaba un día para que acaeciera el plazo inicial de ejecución del contrato. Por otra parte, se presentó un déficit en el suministro de personal por parte del consorcio, así como problemas con sus proveedores y factores climáticos por este asumidos, lo que afectó las labores de *empalmería* y redes secundarias. Adicionalmente, el consorcio no atendió oportunamente a los requerimientos de la ETB, para que corrigiera las fallas que se estaban presentando en las obras entregadas y realizara las pruebas eléctricas que aseguraran su correcto funcionamiento, antes de comunicar las entregas.

Pues bien, el artículo 1609 del Código Civil establece que: *“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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*. La excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* en dicha norma establecida, se fundamenta en los principios de buena fe y la equidad³⁵⁴, y *“ha sido instituida para impedir que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento mientras ella mismo no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben”*³⁵⁵.

En línea con lo anterior, esta Subsección ha establecido que *“[...] una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento recíproco es que ninguno de los contratantes incurre en mora y al no estar en mora no se puede demandar la indemnización de perjuicios, tal como allí se solicita. (Artículos 1546 y 1609 del Código Civil), por lo que la Sala así lo declarará”*³⁵⁶. En ello, en todo caso, deberá tenerse en cuenta la simultaneidad de las obligaciones o su sucesión o precedencia en el tiempo³⁵⁷.

En este asunto, el contrato 3699 de 1995 tenía un carácter bilateral y sinalagmático, ya que las obligaciones del consorcio contratista, de ejecutar las obras especificadas, tenían su correlato en la obligación de la ETB de pagar el precio pactado, a medida que fueran avanzando las obras. Se acreditó además que, en el *sub lite*, se presentó un incumplimiento recíproco que dio lugar a una mayor permanencia en obra. Las obligaciones que ocasionaron dicha mayor permanencia tienen un carácter simultáneo, ya que el contratista estaba obligado a disponer del personal suficiente, aportar los materiales requeridos, atender a los requerimientos para que se efectuaran las pruebas contractualmente definidas y tomar las medidas necesarias para que las obras no se vieran afectadas por

³⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 18 de abril de 2005, exp. 14393.

³⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 11 de abril de 2012, exp. 1785.

³⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 18878.

³⁵⁷ *“[...] habrá que tener en cuenta la simultaneidad de las obligaciones o su sucesión o precedencia en el tiempo. En el primer evento, se da la situación normal conocida en el lenguaje ordinario “dando y dando”. Así, mientras A no cumple, B no estará en mora de hacerlo y viceversa. Pero cuando las obligaciones recíprocas tienen una precedencia temporal, el cumplimiento deberá respetar tal precedencia; de allí que si uno de los contratistas tiene una obligación que debe cumplir en primer término, su cumplimiento no estará supeditado al del otro contratante ni podrá justificar su conducta con la mora de éste. En tales condiciones, no se podrá alegar la aplicación del citado artículo 1609 del Código Civil. En este mismo evento, el contratista que debe cumplir en segundo término, no estará en mora mientras el otro no cumpla lo de su cargo”*. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 8 de septiembre de 1987, exp. 3113.

factores climáticos, con independencia del suministro específico de uno de los tipos de cable requeridos para la ejecución de las obras. En consecuencia, la Sala concluye que en el asunto de autos no procede ordenar el reajuste de economía contractual por una mayor permanencia, ya que el desequilibrio fue ocasionado por el incumplimiento de obligaciones simultáneas de la ETB y el consorcio contratista.

Adicionalmente, la demandante no acreditó que las prórrogas al contrato 3699 y la consiguiente mayor permanencia que estas trajeron consigo hubieran afectado sensiblemente el equilibrio contractual, al incidir de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados, mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio, luego de que sobrevinieran los hechos o actos desequilibrantes, como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación³⁵⁸. Al respecto, la Sala considera pertinente recordar que, cuando la perito Vivian Andrea García Balaguera solicitó a la actora la información necesaria para definir la modalidad de contratación de personal por esta empleada, y así determinar el perjuicio que le había ocasionado la mayor permanencia en obra, esta no fue proporcionada por la actora³⁵⁹.

Por lo tanto, la Sala desestimaré este cargo.

3.7.6. Sobrecostos causados por el mayor espesor en la construcción de algunos pavimentos asfálticos

El apelante argumentó que el desequilibrio no se produjo como consecuencia de una presunta negligencia del contratista en el estudio de las condiciones del terreno en donde se iba a desarrollar la obra, como lo afirmó el a quo. La causa del desequilibrio –en su parecer– radicó en un cambio en las especificaciones técnicas del contrato, como lo es el espesor del cemento, que según lo pactado debía ser de 10 centímetros. Este cambio –señala– se salió de las condiciones que razonablemente pudo prever el contratista, toda vez que las especificaciones técnicas eran claras en cuanto al espesor del cemento.

Como se mencionó anteriormente, en la cláusula 9ª del contrato 3699 se hizo constar que el contratista había estudiado cuidadosamente el proyecto de obra, dentro de lo que se menciona su localización, condiciones de terreno y climáticas, la cantidad y calidad de materiales, y la mano de obra, entre otros. El contratista se obligó además a “[r]econocer previamente los sitios de trabajo”³⁶⁰. En este orden de ideas, el contratista debía estar en la capacidad de prever los factores que, dentro del sitio de trabajo y el marco concreto del proyecto, pudieran afectar su ejecución³⁶¹.

³⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 18 de marzo de 2015, exp. 33223; y sentencia del 24 de abril de 2017 (exp. 55836).

³⁵⁹ “[...] 3. *Sírvase establecer Señor Perito cuál fue la modalidad que utilizó el Consorcio Contratista en los contratos 3701 y 3699 para la contratación de los trabajadores que utilizó en la ejecución de dichos contratos, es decir, si los tuvo vinculados con contratos de trabajo durante toda la duración de dichos contratos –en cuyo caso debe verificar que lo largo del plazo de los contratos de obra se hicieron todos los aportes, tanto a la seguridad social, como los parafiscales [...], o si los trabajadores eran de subcontratistas, o si fueron contratados para la ejecución de tareas concretas? RESPUESTA: Para responder este punto solicité la información pertinente a RYL Ltda. [...] al no ver la información al respecto con soportes, este punto no se puede responder como lo solicita la parte demandada*”. Folios 370 y 371 del cuaderno 1 (rad. 1999-1988).

³⁶⁰ Folio 78 (reverso) del cuaderno 2.

³⁶¹ “Cabe precisar que lo imprevisible se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia; para establecerlo resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto y verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 11 de septiembre de 2003, exp. 14781.

En consecuencia, si en el proyecto se especificaba que el espesor del cemento debía ser de 10 centímetros, y en el contrato se había hecho constar que el consorcio conocía el proyecto en detalle, no existían razones para afirmar que el contratista debía prever que las especificaciones técnicas allí consignadas se oponían a la normativa municipal, como finalmente sucedió.

Pues bien, de conformidad con lo anteriormente expuesto, la Sala Plena de esta Sección ha manifestado que el régimen preponderante de Derecho privado, aplicable a la actividad contractual de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debe acompañarse con los principios constitucionales que rigen la actividad de las entidades públicas³⁶², dentro de los que se encuentra el principio de economía. De este último se desprende, a su vez, el deber de planeación del contrato, el cual –según esta Corporación³⁶³– gobierna el sector de los servicios públicos, debido a que, en atención a las finalidades sociales ínsitas que envuelve su prestación, ésta debe ejecutarse de manera eficaz, eficiente y con respeto de los bienes afectos al servicio y al ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, la Sala considera que –como lo ha señalado la doctrina³⁶⁴– las prestadoras de servicios públicos están sujetas al deber de planeación de su actividad contractual.

Conforme a lo ha manifestado por esta Corporación, en virtud del principio de planeación de la contratación “[...] 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”³⁶⁵.

Si bien es cierto que –como lo reconoce la jurisprudencia de esta Colegiatura³⁶⁶ y de la Corte Suprema³⁶⁷– el contratista tiene las cargas correlativas de diligencia, rigor, seriedad, previsión y sagacidad en la estructuración de las ofertas que

³⁶² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, radicación número 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

³⁶³ “Dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la planeación. En tal virtud, el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. Evidentemente el principio de economía en cuya esencia está el deber de planeación del contrato también aplica al sector de los servicios públicos, cuando quiera que se pretendan celebrar contratos especiales de gestión de los servicios públicos domiciliarios, en tanto las finalidades sociales ínsitas a esa prestación subrayan ese deber de actuar con alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar una prestación eficiente con especial atención de las necesidades básicas insatisfechas de acueducto y saneamiento básico”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2008, radicación número 19001-23-31-000-2005-00005-01 (AP).

³⁶⁴ “En todas las actuaciones de los servidores públicos que desarrollan la actividad contractual en las ESP se deben aplicar los principios que orientan la actividad contractual de la administración pública, teniendo en cuenta que la es la ESP la directora del proceso contractual en todas las etapas. || Se debe dar preponderancia a los siguientes principios. || Principio de planeación. Se materializa en la etapa de concepción del contrato, mediante la cual se establecen los requerimientos, problemas y efectos que puede acarrear la contratación”. MUÑETÓN LONDOÑO, Diana Milena. *Contratos de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios con Participación Estatal*, Temis, Bogotá, 2016, pp. 25-26

³⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 21081.

³⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 28 de enero de 2016, exp. 34454.

³⁶⁷ “[...] la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente. A tal efecto, el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, [...]”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia 11001-3103-040-2006-00537-01.

presenta ante las entidades estatales, estas no pueden llevarlo hasta punto de sustituir a la entidad contratante en la elaboración de estudios previos, en una franca actitud de desconfianza en la seriedad e integridad de la labor de la Administración, la cual resultaría impropia de una relación contractual regida por el principio de buena fe, y acarrearía además una duplicidad de labores, contraria al principio de economía, que –según lo manifestado por esta Colegiatura– impone la maximización de los beneficios colectivos, con una correlativa aminoración de los recursos utilizados, así como la realización de estudios previos, por parte de la entidad contratante, que permitan la consecución efectiva de los fines del contrato, teniendo en cuenta la regulación jurídica aplicable³⁶⁸.

Pues bien, en este asunto, se especificó en el numeral 4.5.8.1 del pliego de condiciones lo siguiente:

“ANDENES EN CONCRETO 210 KG/CM2 ESPESOR 10 CM. (ÍTEM NO. 026C)

UNIDAD DE MEDIAD – M2 – METRO CUADRADO

Se refiere este ítem a la construcción de andenes en concreto de espeso 10 Cms y resistencia indicada, el cual se construirá en los sitios designados por [si] en Interventor [...].”³⁶⁹.

Por otra parte, en la comunicación fechada el 30 de julio de 1996, que fue remitida por el interventor del contrato 3699 al Subgerente de Operaciones I de la ETB, se realizó un recuento de los diversos factores que afectaron el proceso constructivo en la ampliación de canalizaciones y redes de la Central Telefónica de Yomasa, dentro de los que se mencionó:

“En los Informes Semanales de esta Interventoría, correspondientes a las reuniones de Coordinación No. 5, 7, 8 y 9 de Enero 18/96, Febrero 7/96 y Febrero 15/96 respectivamente, se muestra con registro fotográfico y se solicita la aprobación para las siguientes mayores cantidades de obra y obras adicionales,

³⁶⁸ “Cabe de entrada precisar que este principio tiene diversos matices según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, que propenden por una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, es decir, de una parte, con las reglas establecidas en esta norma inspirada en el principio de economía se busca obtener los fines de la contratación (eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos (eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios. La citada norma establece reglas tanto para los procesos de selección como en materia de ejecución de contratos, de las cuales la Sala se limitara a las primeras por estar estrechamente relacionadas con el asunto a examinar. [...] En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25). Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30). Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato ‘...Significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley’ subrayado añadido). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

³⁶⁹ Folio 79 del cuaderno 3 A.

las cuales son aprobadas por la Coordinación con las debidas autorizaciones en las Actas mencionadas:

[...]

9.2. Andén concreto 3.000 PSI (210 Kg/cm² e = 15 y 20 cm). Se explica al Comité la solicitud de la comunidad tramitada a través de los [sic] Ediles de la zona en reuniones efectuadas en las oficinas del CAMI de YOMASA, donde se exige dejar los reparcheos de andenes en concreto en el mismo estado y con el mismo espesor en que se encontraban; adicionalmente el ancho total del andén se debió reconstruir por la excavación lo deterioró totalmente debido al reducido ancho inicial de los mismos”³⁷⁰.

Se evidencia así que, pese a definirse inicialmente el espesor de andenes de concertó en diez (10) centímetros, este debió incrementarse a 15 y 20 centímetros, tal y como como se encontraba, por exigencias de la comunidad.

Lo anterior, sin embargo, no coincide con lo alegado por el recurrente, quien afirmó que:

“El pliego de condiciones de la licitación, previó que las especificaciones técnicas hacía parte integral del contrato, y dentro de estas estaba la reconstrucción de pavimentos asfálticos, que debían hacerse con espesor de 10 centímetros.

[...]

Durante la ejecución de las obras, específicamente cuando se reconstruían los pavimentos de los planos Nos. 19, 26, 27, 29 y 31, por instrucciones de la Interventoría, y para dar cumplimiento a las condiciones en que la Secretaría de Obras Públicas concedió las Licencias de Excavación, el espesor del pavimento debió ser mayor en 10 centímetros, lo cual demandó más material, equipo y mano de obra”.

La Sala aprecia así que lo afirmado por el impugnante no se acreditó en el proceso, ya que, en primer lugar, a éste no se le requirió el aumento del espesor de pavimentos asfálticos, sino de andenes de concreto; y dicho requerimiento no trajo causa en las condiciones de las licencias de excavación, sino en los requerimientos de la comunidad.

La Subsección estima pertinente recordar, además, que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha establecido que, para acreditar la alteración del equilibrio económico del contrato, se requiere una prueba *“altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados”*³⁷¹. Sin embargo, en el asunto de autos, no se acreditaron los egresos adicionales en que incurrió el consorcio contratista, por la ejecución de obras de pavimentación con un mayor espesor al contratado, ni, menos aún, la forma en la que dicha circunstancia influyó de forma sensible en el balance económico del contrato 3699 de 1995 en su conjunto.

En consecuencia, la Sala desestimaré este motivo de inconformidad.

3.7.7. Rompimiento del equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de la tarifa del IVA del 14% al 16%

³⁷⁰ Folios 149 a 155 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 18 de marzo de 2015, exp. 33223; y de 24 de abril de 2017, exp. 55836.

El impugnante alegó que “es un hecho notorio que no requiere pruebas, el aumento de la tarifa del 14% al 16% del IVA [...]”. A pesar de lo anterior, el Tribunal decidió no reconocer dicho restablecimiento, afirmando que el demandante no aportó las pruebas que demostraran que la demandada le descontó el IVA. La anterior afirmación –en su entender– no guarda relación con el acervo probatorio del proceso, pues en el anexo 7 de la demanda, se encuentran contenidos los mayores costos en que incurrió el contratista por el aumento en el IVA de los suministros. El restablecimiento, concluyó, se refiere a los mayores costos en que debió incurrir el contratista para poder cumplir a cabalidad con sus obligaciones contractuales y no al aumento del valor del IVA que se cobró sobre el contrato estatal como tal.

Conforme a lo afirmado por el contratista, el artículo 14 de la Ley 223 de 1995 (promulgada el 20 de diciembre de ese año) modificó el artículo 468 del Estatuto Tributario, en cuanto dispuso un porcentaje del 16% como tarifa del impuesto sobre las ventas, aplicable a partir de 1996³⁷².

Sin embargo, el párrafo 4° de dicha disposición estableció además que:

“En el caso de contratos con entidades públicas, cuyas licitaciones hayan sido adjudicadas con anterioridad a la vigencia de esta ley, se continuará aplicando la tarifa vigente en la fecha de adjudicación de la licitación”.

Al margen de lo dispuesto en el párrafo citado, en el *sub lite* se acreditó que:

- El 1° de octubre de 1996, delegados del contratista, la ETB y la interventoría suscribieron un acta en la que se determinó el valor de los reajustes del contrato 3699 y, en esta, se dejó constancia de que los ajustes cancelados se basaron en los índices de la Cámara Colombiana de la Construcción (Camacol) y que el valor total aproximado de los reajustes asciende a \$190'000.000³⁷³.
- El de 16 de octubre de 1996, fue pagada la suma correspondiente al acta de reajuste parcial de precios a las actas de liquidación número 01, 02, 03, y 04, sin mayores cantidades de obra, por la suma de \$81'580.691,02³⁷⁴.
- El 30 de septiembre de 1996, fue cancelado el valor correspondiente a la segunda acta de reajuste parcial de precios a las actas de liquidación número 01, 02, 03, 04 y 05, por la suma de \$96'861.773,28³⁷⁵.
- En el acta de liquidación final del contrato 3699, suscrita el 20 de noviembre de 1996 por representantes de la ETB y el interventor³⁷⁶ se consignaron, entre otros, los siguientes valores:

Valor inicial	\$1.267'012.789
Valor final sin reajustes	\$1.610'616.658,84
Valor reajustes mano de obra y suministros	\$177'138.940,67
Valor final con reajustes	\$1.787'755.806,51
Valores finales pendientes por pagar	\$4'697.682,97

³⁷² LEY 223 DE 1995. “Artículo 14. El artículo 468 del Estatuto Tributario quedará así: ‘Artículo 468. TARIFA GENERAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. La tarifa general del impuesto sobre las ventas es el dieciséis por ciento (16%), para los años de 1996, 1997, 1998 y en adelante. || ‘Esta tarifa también se aplicará a los servicios, con excepción de los excluidos expresamente. Igualmente la tarifa general será aplicable a los bienes de que tratan los artículos 446, 469 y 474”.

³⁷³ Folios 90 y 91 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁷⁴ Folios 162 y 163 del cuaderno 2 Folios 100 a 105 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁷⁵ Folios 170 y 171 del cuaderno 2. Expediente acumulado 1999-1988.

³⁷⁶ Folios 62 a 65 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

Dichas actas fueron suscritas por representantes del interventor, el consorcio y la ETB sin salvedad alguna.

Cabe, además, recordar que –como se manifestó anteriormente– la jurisprudencia civilista precisó que las partes contratantes tienen el deber de prevenir y corregir el desbalance prestacional, lo que, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, las faculta para disciplinar el negocio jurídico, estableciendo cláusulas de adaptación y reajuste³⁷⁷.

Ahora bien, los anteriores reajustes estaban previstos en el numeral 3.8.1 del pliego de condiciones³⁷⁸, en el que fueron definidas las fórmulas para rectificar los costos en que incurriera el contratista. Además, en el numeral 3.8.1.7 del pliego se estableció que:

“Los precios del contratista y aprobados por la Empresa, no contemplados en los numerales anteriores, que se ejecuten a partir del 1° de enero de 1996, se reajustarán siempre y cuando sea debido a causas no imputables al contratista [...]”³⁷⁹.

De igual manera, en el párrafo 1° de la cláusula 5ª del contrato 3699 se acordó que:

“Para el pago de las obras del presente contrato también se tendrán en cuenta los valores que por concepto de reajustes se causen de acuerdo con las fórmulas de reajuste estipuladas en el pliego de condiciones”³⁸⁰.

Las fórmulas aplicadas en las dos actas de reajuste –establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato– se basaron en los índices de costos reportados por Camacol, como lo manifestaron representantes del contratista, la ETB y la interventoría³⁸¹, tomando como mes de referencia el de la licitación pública (julio de 1995) y el de la fecha de suministro del material o de ejecución del ítem, según el caso.

En este orden de ideas, como lo manifestó esta Corporación en un asunto relativo uno de los contratos adjudicados en la misma licitación que dio lugar a los contratos 3699 y 3701, en el que intervinieron las mismas partes del *sub judice*:

“Si bien la ETB no refirió en su respuesta lo atinente a las actas de reajuste de precios, no es menos cierto que el Consorcio alegó un desfase en los costos que ya había sido abordado y tratado de mutuo acuerdo por ambas partes [...]”.

En otras palabras, además de desconocer injustificadamente que con antelación y de manera expresa había aceptado los reajustes de precios y las liquidaciones mismas de las obras que entregó, el Consorcio hoy demandante reclamó un detrimento patrimonial que no es procedente reconocer, por cuanto carece de soporte probatorio, en particular porque los medios de convicción reflejan, en contrapartida, que los cambios en los precios de la obra fueron objeto de manejo durante el desarrollo del contrato, amén de los reajustes ya mencionados.

En punto de lo anterior, es pertinente reiterar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Sección, las medidas de carácter tributario impuestas por el

³⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia 11001-3103-040-2006-00537-01.

³⁷⁸ Folios 45 a 49 del cuaderno 3 A.

³⁷⁹ Folio 49 del cuaderno 3 A.

³⁸⁰ Folio 77 del cuaderno 2.

³⁸¹ Folios 90 y 91 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

Estado no implican *per se* una alteración del equilibrio de los contratos celebrados por la Administración ni inciden automáticamente en su ecuación financiera –de suerte que tales fenómenos deben ser debidamente demostrados en el proceso- y, asimismo, una carga tributaria sobreviniente no genera para el Estado contratante la obligación indefectible de cubrir o reponer cualquier alteración no grave de los costos del contrato ni las diferencias de precios, como tampoco las eventuales disminuciones en el margen de ganancia esperado por el contratista”³⁸².

Por lo tanto, esta Subsección desestimara el cargo bajo examen.

3.8. Consideraciones relativas al contrato 3701 de 1995

A continuación, la Sala procederá a analizar los cargos propuestos por la recurrente, relacionados con el contrato 3701, los cuales serán agrupados y evacuados en función de los supuestos fácticos en los se basan.

De manera análoga a la expuesta en sustento de los cargos relacionados con la ejecución del contrato 3699 de 1995, la demandante solicita que, por concepto de restablecimiento de la ecuación económica del contrato 3701 de 1995, se reconozca y pague los sobrecostos en los que incurrió por la mayor permanencia en obra en la ejecución este último contrato. No aduce la actora que dicho desequilibrio sea el resultado de un incumplimiento contractual por parte de la ETB, sino que este fue generado por eventos imprevistos no imputables a aquella. Por lo tanto, estos cargos serán analizados en el marco de la teoría de la imprevisión.

La actora alega que los sobrecostos causados por el incremento de la tarifa del IVA fueron ocasionados por circunstancias imprevistas y ajenas a ésta, que hicieron más gravosa la ejecución del contrato para ésta. Este cargo será, por lo tanto, analizado también bajo la normativa de la teoría de la imprevisión.

La accionante, por otra parte, solicita que, a título de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 3701 de 1995, se le reconozca y pague los descuentos que indebida e ilegalmente fueron descontados por la ETB. Sin embargo, como fundamento de lo anterior, la actora aduce que, la ETB pasó por alto los procedimientos contractuales establecidos para definir la responsabilidad de aquella, con lo cual infringió el artículo 1602 del Código Civil. De esta forma –observa la Sala– termina alegando que se produjo un incumplimiento contractual que le ocasionó un daño. Por lo tanto, este cargo será analizado en sede de responsabilidad contractual.

Pide la actora que, como restablecimiento del equilibrio contractual, se reconozca y pague la totalidad de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción, sobre las cuales existe un saldo pendiente. Con ello –afirma– la ETB contravino lo dispuesto en las cláusulas 5ª y 12ª del contrato 3701, y los apartados 3.11.1.1, 3.11.2 y 3.11.3 del pliego de condiciones. Esta pretensión se basa así en un incumplimiento contractual, por lo que la Subsección procederá a resolverla en el contexto jurídico de la responsabilidad contractual.

Afirma la demandante además que, al incurrir en mora en el pago de cuentas y negarse a pagar intereses equivalentes a la D.T.F. vigente, la empresa demandada incumplió la cláusula 7ª del contrato 3701 de 1995. Así pues, la

³⁸² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de noviembre de 2017, exp. 36865.

anterior pretensión un factor de cumplimiento del contrato referido, éstas serán estudiadas por la Sala en el marco de la responsabilidad contractual

3.8.1. Nulidad de las Resoluciones 11.113 del 4 de julio de 1997 y 11.284 del 18 de septiembre de 1997 por falsa motivación, y vulneración de los principios de la función administrativa y de la actuación contractual, debido a que se afirmó que el restablecimiento del equilibrio económico contrato solo podía solicitarse durante su vigencia, y a que el contrato fue prorrogado unilateralmente por la ETB.

En primer lugar, consideró el recurrente que en el *sub examine* se incurrió en *“falsa motivación por aplicación indebida de los artículos 5º numeral 1º, 25º numeral 16 de la ley 80 de 1993 y al artículo 15 del decreto 679 de 1994”*, en atención a que la ETB afirmó en la Resolución 11.284, haciendo referencia al oficio 031098 del 8 de abril de 1997, que los contratistas sólo podían solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, durante el plazo de ejecución contractual, lo cual, a juicio suyo no es cierto, pues las reclamaciones por rompimiento del equilibrio económico del contrato, podían efectuarse hasta su liquidación, como lo había argumentado anteriormente.

La parte apelante adujo, en segundo lugar, que en este caso se presentó una *“vulneración de los principios de la función administrativa y de la actuación contractual”*. La Resolución 11.284 citó los artículos 5.1 y 25.16 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, para negar la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico, aduciendo que las reclamaciones deberían haberse realizado durante el período de ejecución del contrato. De esta forma –sostiene el Consorcio– la ETB incurrió en falsa motivación y transgredió el principio de buena fe, conforme a lo argumentado anteriormente. Adicionalmente, asevera que *“existen diversas comunicaciones que evidencian el requerimiento para el pago por parte del contratista”*.

En tercer lugar, el recurrente manifestó que las Resoluciones 11.113 del 4 de julio de 1997 y 11.284 del 18 de septiembre de 1997 estaban viciadas por *“falsa motivación”*, debido a que las prórrogas del plazo del contrato no fueron consentidas por el contratista. Con ello –sostiene– la ETB vulneró la normatividad civil, así como la Ley 80 de 1993. Si bien esta última permite la modificación unilateral de los contratos por parte de las entidades estatales, dicha decisión debió ser tomada *“para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él”*, mediante la expedición de un acto administrativo motivado. En el caso bajo estudio –protestó– no se dio ninguno de los dos supuestos bajo los cuales podría modificarse un contrato estatal: la voluntad de las partes o la expedición de un acto administrativo debidamente motivado. Bajo este entendido, el contrato 3701, contrario a lo señalado en la resolución mediante la cual se ordenó su liquidación unilateral, nunca fue prorrogado, afirma la apelante. Como consecuencia de lo anterior –concluye– la entidad no tenía competencia para, a través de una simple comunicación, entender que prorrogaba el contrato.

En cuarto lugar, el impugnante se dolió que existió *“falsa motivación por no haberse aplicado el procedimiento contractual para efectos de establecer la responsabilidad de los daños incluidos en las actas de obra Nos. 006 y 007”*. La recurrente afirma que, en la Resolución 11.284 de 1997, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, la ETB afirmó que sí había dado cumplimiento al procedimiento, ya que había dado aviso inmediato de los daños al consorcio y a la

interventoría. No obstante esta afirmación, el recurrente dice haber probado, con los documentos aportados al expediente, que la información sobre los daños no se suministró de manera inmediata, ni se obtuvo el concepto de la interventoría, necesario para imputar los daños al contratista.

De conformidad con lo establecido por la Sala en el análisis de los cargos por falsa de las resoluciones con las que la ETB liquidó unilateralmente el contrato 3699 (apdo. 3.7.1), tanto los contratos, como los actos de las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos se rigen por el Derecho privado, salvo en aquellos aspectos en los que la constitución o la ley dispongan lo contrario, lo que se contrae fundamentalmente a sus relaciones con los usuarios.

En este orden de ideas, las resoluciones de la ETB número 11.113 del 4 de julio de 1997 y 11.284 del 18 de septiembre de 1997, cuya nulidad pide el actor en la segunda de sus demandas, no son, en estricto sentido, actos administrativos, ya que su objeto, que consistió en liquidar el contrato 3701 de 1995, se tradujo, en últimos, en una forma de recuento de las incidencias de la ejecución contractual, y los motivos de reproche que aduce el consorcio contratista, alude, en realidad, a hechos antecedentes al acta misma, cuyas consecuencias ya habían tenido ejecución.

De acuerdo con lo anterior y en consonancia con lo decidido por esta Corporación en la Sentencia de 9 de agosto de 2012³⁸³, la Sala, en su calidad de ente juzgador de la legalidad de actos administrativos, se abstendrá de pronunciarse sobre la nulidad de las Resoluciones 11.113 del 4 de julio de 1997 y 11.284 del 18 de septiembre de 1997.

Lo anterior no obsta para que la Sala analice las pretensiones resarcitorias formuladas en la demanda, que hayan sido objeto del recurso de apelación en el *sub lite*, de acuerdo con lo expuesto previamente.

3.8.2. Rompimiento del equilibrio económico por mayor permanencia.

La parte impugnante insistió en la procedencia de la solicitud de condena al pago por la *“mayor permanencia en la obra”*, manifestando que *“debido a causas no imputables al Contratista, el término del contrato debió ser prorrogado, con el fin de cumplir con la adecuada prestación del servicio a la comunidad e impedir la suspensión del mismo”*. El consorcio puso de presente que, en sendas

³⁸³ “El artículo 1º de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios señala que la misma se aplicará, entre otros, al servicio público domiciliario de telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, que es, precisamente, el objeto social de la empresa demandada. || Por su parte, el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, establece que el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en ella. [...] De los artículos 17 y 32 de la Ley 142 de 1994 se debe colegir que la regla general es la aplicación del derecho privado a los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de cuya legalidad, por lo tanto, no conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la Constitución y la Ley pueden establecer excepciones. Del contenido de la Directiva acusada no vislumbra la Sala que esté dentro de las excepciones comentadas, lo cual conduce a que se asuma como enmarcado en la regla general, esto es, que se trata de situaciones que se rigen por el derecho privado. [...] Para la Sala la Directiva cuestionada es una regulación interna en desarrollo de las actividades industriales y comerciales que ejerce la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, que no encaja dentro de las excepciones que la Ley consagra para que sea considerada un acto administrativo; acto que dicha empresa debió informar a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, quien en cualquier momento, como lo expresó la Corte Constitucional, puede adoptar las medidas administrativas de intervención policiva que el mercado requiera. || Así pues, es del caso revocar la sentencia apelada, para en su lugar, disponer la inhibición de pronunciarse de fondo”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia de 9 de agosto de 2012, radicación número 25000-23-24-000-2001-00222-01.

comunicaciones remitidas a la ETB, entre febrero y abril de 1996, informó a la ETB sobre los problemas de desabastecimiento de cable, que ponían en riesgo el equilibrio del contrato. Aparte, alegó que la interventoría reconoció, en carta de 22 de marzo de 1996, que la demora en la entrega de cable por parte de la ETB trajo consigo un atraso *“en las actividades de empalmería en la red secundaria”*, y que *“la demora en la aprobación de la licencia de excavación y las mayores cantidades de obra conllevaron una demora en la terminación de las obras de canalización y por ende atraso para la iniciación de la construcción de redes primarias”*. Adicionalmente –dice– en los oficios de 14 de junio y 27 de agosto de 1996, la ETB aceptó que las demoras fueron imputables a ella, por lo que asumió la totalidad de costos generados por la interventoría. Debido a ello, considera que la ejecución del contrato finalizó ocho (8) meses después del plazo inicialmente previsto, generando unos sobrecostos cuya responsabilidad debe asumir la empresa contratante, los cuales fueron valuados \$274'151.751,32.

En lo concerniente a este cargo, esta Colegiatura encuentra que, con base en las pruebas practicadas en el *sub judice*, se acreditó que:

- La ejecución del contrato 3701 de 1995 tuvo **inicio el 6 de diciembre de 1995** y se había previsto, inicialmente, que esta **finalizaría el 3 de mayo de 1996**³⁸⁴.
- El **15 de febrero de 1996**, el consorcio contratista solicitó a la interventoría que se declarara la suspensión del contrato 3701 por un término de 15 días, *“dado el grado de dificultad que se ha presentado para acceder a las cajas y maniobrar los cables existentes”*, con el objeto de realizar una evaluación minuciosa y detallada del estado actual, organización y empalme de los cables existentes en las diferentes cámaras³⁸⁵.
- El **18 de marzo de 1996**, el Subgerente de Operaciones, el Director de la Operación Oriente de la ETB, así como representantes del contratista y el interventor suscribieron acta de suspensión parcial del contrato 3701, en la que se acordó, entre otros, lo siguiente: (i) suspender parcialmente las labores en cámaras telefónicas existentes, tendido de cables existentes y canalizados, por un término de 15 días, dado el alto volumen de daños sobre la red en funcionamiento, cuya causa no había podido determinarse; (ii) que la responsabilidad por los daños se definiría una vez se hicieran las reparaciones, ya que *“[e]l resultado de las mismas determinará la responsabilidad que le compete a cada una de las partes”*; (iii) que el resto de actividades debía continuar ejecutándose; y que (iv) durante la suspensión parcial del contrato, la ETB realizaría las reparaciones con recursos propios, pero *“[p]osteriormente el contratista asumirá los [sic] costas de la reparación efectuadas por la empresa y que concluya que fueron causadas por el persona del contratista”*³⁸⁶.
- El **22 de marzo de 1996**, el interventor del contrato 3701 informó a la ETB que las irregularidades en la entrega de cable de bajo pareado por parte de la empresa habían generado un atraso de 45 días en las labores de empalmes en red secundaria, por lo que solicitó que las obras fueran prorrogadas por este término³⁸⁷.
- El **29 de abril de 1996**, representantes de la ETB, el consorcio y la interventoría, discutieron la petición del contratista de prorrogar el contrato 3701 en 60 días. La ETB consideró que el contrato debía ser prorrogado en 30 días, mientras la interventoría estimó que debía serlo en 45 días. El

³⁸⁴ Folio 93 del cuaderno 2A.

³⁸⁵ Folio 166 del cuaderno 2A.

³⁸⁶ Folios 129 y 130 del cuaderno 2A, y 396 y 397 del cuaderno 9.

³⁸⁷ Folios 191 y 192 del cuaderno 2A.

consorcio contratista manifestó “[...] *que es imposible terminar las obras pendientes en 30 días por lo cual [...] no acepta esta ampliación del plazo y que en estas condiciones el contrato debe liquidarse en el estado de ejecución al vencimiento del plazo contractual*”. La ETB pidió que se dejara constancia de que el interventor no debería haber aceptar la prórroga por faltar pocos días para terminar el contrato. Por último, el representante del consorcio solicitó que “[...] *la empresa le informe en definitiva [sic] cuando se termina el contrato, en atención al concepto expresado por la misma en cuanto al acta de suspensión*”, lo que consta en el acta de obra número 10³⁸⁸.

- Mediante oficio del **17 de mayo de 1996**, el Subgerente de Operaciones de la ETB comunicó al representante legal del consorcio contratista, que “[...] *para concluir las obras realmente se necesitan 73 días calendario, por esta razón se accede a su solicitud de prórroga del citado contrato –3701/95– en 73 días calendario contados a partir del 19 de mayo del presente año [...]*”³⁸⁹.
- A través de oficio del **30 de julio de 1996**, la ETB le informó al contratista que faltaba ejecutar 19.700 ajustes de pares en el distribuidor general, por lo que, si se ejecutaban 250 ajustes diarios, se requerirían 100 días para terminar el trabajo. Por esta razón decidió prorrogar el contrato desde el 31 de julio hasta el 7 de noviembre de 1996³⁹⁰.
- El **1º de agosto de 1996**, el representante del consorcio contratista comunicó al Subgerente de Operaciones I de la ETB su desacuerdo con la “*decisión unilateral*” de prorrogar el término de ejecución del contrato 3701 por 100 días, por considerar que fue una determinación “*unilateral, inconsulta y bajo premisas insuficientes, equivocadas, que aparentaron lo que no es*”. Además, dijo que la prórroga requiere un “*contrato adicional*”, el cual no había sido suscrito, por lo que el término contrato venció el 18 de mayo de 1996³⁹¹.
- En respuesta a lo precedentemente manifestado por el contratista, la ETB expresó su extrañeza, debido a que –en su parecer– la decisión de la prórroga fue producto del acuerdo de voluntades, que se manifestó en la reunión celebrada el 29 de julio, a la que asistió el representante del consorcio, el Jefe de la División Oriente de la ETB, el Coordinador del Contrato de la ETB, y la asesora jurídica de la Subgerencia de Operaciones I. Esto fue corroborado en la Resolución 11.284 de 18 de septiembre de 1997, mediante la cual la ETB dio respuesta al recurso de reposición contra el acto administrativo con el que se había liquidado unilateralmente el contrato 3701³⁹², así como por el ingeniero Hugo Jesús Eslava Eljaiek, en la audiencia de practicada el 9 de noviembre de 2005³⁹³.
- Aparte, la ETB afirmó que la comunicación en la que le había informado al consorcio que el contrato se prorrogaría por 100 días era un acto administrativo que producía los efectos jurídicos queridos por las partes y que, según el literal j) de la cláusula 2ª del contrato, dicho comunicación formaba “*parte integrante del contrato*”.
- El **6 de noviembre de 1996**, el representante legal del consorcio contratista y el interventor del contrato 3701, suscribieron el acta de recibo final de la obra, en la que, tras especificar las obras recibidas, consignaron que: “*El recibo de las obras a satisfacción por la Interventoría no exonera a el*

³⁸⁸ Folios 380 a 383 del cuaderno 9.

³⁸⁹ Folios 132 y 133 del cuaderno 2A.

³⁹⁰ Folios 137 y 138 del cuaderno 2A.

³⁹¹ Folios 231 a 234 del cuaderno 2A.

³⁹² Folios 109 a 124 del cuaderno 2A.

³⁹³ Folios 614 a 620 del cuaderno 9.

contratista de corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer a consecuencia de instalaciones y materiales defectuosos o por mano de obra deficiente"³⁹⁴.

- El mismo **6 de noviembre de 1996**, el representante del consorcio JAVP y RYL y el interventor, Hans Humberto Varela Ruiz, suscribieron acta de terminación de obra del contrato 3701, y en ella declararon que "[...] *los trabajos de canalizaciones, redes secundarias, redes primarias y ajustes de red han [sic] terminados a satisfacción y el contrato entra en etapa de liquidación final*"³⁹⁵.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que la ejecución del contrato 3701 de 1995 se prolongó por seis (6) meses y tres (3) días más de lo programado inicialmente, lo que trajo consigo una mayor permanencia en obra por parte del consorcio contratista.

Ahora bien, como se estableció previamente, la excepción de contrato no cumplido, establecida en el artículo 1609 del Código Civil³⁹⁶, en conjunción con los principios de equidad y buena fe, tiene como finalidad impedir que una de las partes se prevalezca y exija el cumplimiento de un contrato, cuando no lo ha cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplirlo³⁹⁷. Con fundamento en ello, esta Subsección considera que, en caso de incumplimiento recíproco, no se puede demandar indemnización de perjuicios³⁹⁸. En ello, en cualquier caso, deberá tenerse en cuenta la simultaneidad de las obligaciones o su sucesión o precedencia en el tiempo³⁹⁹.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la parte contratante que invoque la teoría de la imprevisión, para solicitar el reajuste del equilibrio prestacional del contrato o la terminación del contrato, no debe haberlas *"causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo"*, debiendo éste además haber adoptado medidas para *"evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (duty to mitigate damages)"*. Puede, en todo caso, modificarse contractualmente los riesgos que a cada parte contratante le corresponde asumir, ya que *"[l]os riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la [sic] extraneidad para efectos de la imprevisión"*⁴⁰⁰.

De conformidad con lo anterior, la Sala procederá a analizar las actuaciones que, según la recurrente, ocasionaron una mayor permanencia en obra en la ejecución del contrato 3701 de 1995, así como las demás que en el plenario se hubieran

³⁹⁴ Folios 492 y 493 del cuaderno 9.

³⁹⁵ Folio 494 del cuaderno 9.

³⁹⁶ *"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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 18 de abril de 2005, exp. 14393.

³⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 11 de abril de 2012, exp. 1785.

³⁹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 1887.

³⁹⁹ *"[...] habrá que tener en cuenta la simultaneidad de las obligaciones o su sucesión o precedencia en el tiempo. En el primer evento, se da la situación normal conocida en el lenguaje ordinario "dando y dando". Así, mientras A no cumple, B no estará en mora de hacerlo y viceversa. Pero cuando las obligaciones recíprocas tienen una precedencia temporal, el cumplimiento deberá respetar tal precedencia; de allí que si uno de los contratistas tiene una obligación que debe cumplir en primer término, su cumplimiento no estará supeditado al del otro contratante ni podrá justificar su conducta con la mora de éste. En tales condiciones, no se podrá alegar la aplicación del citado artículo 1609 del Código Civil. En este mismo evento, el contratista que debe cumplir en segundo término, no estará en mora mientras el otro no cumpla lo de su cargo"*. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 8 de septiembre de 1987, exp. 3113.

⁴⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia 11001-3103-040-2006-00537-01.

acreditado, con el propósito de determinar su imputabilidad a las partes, o exterioridad en caso de que así sea, y la forma en la que estas, en efecto, trajeron consigo una ampliación del término de ejecución de dicho negocio jurídico. A partir de ello, concluirá si el reajuste de la ecuación contractual es procedente o no.

A) Demora en la aprobación de la licencia de excavación:

Con fundamento en el las pruebas practicadas en el asunto de autos, la Sala encuentra acreditado que:

- El **11 de enero de 1996**, es decir, un (1) mes y cinco (5) días tras el inicio de la ejecución del contrato 3701, el interventor informó al consorcio que la licencia de excavación en calzadas de vía había sido aprobada por la Secretaria de Obras públicas el **10 de enero de 1996**. Además, teniendo en cuenta *“que parte del atraso en las obras se debe a lo anterior”*, el interventor solicitó que *“se informe a diario y por escrito los cruces a realizar”*, para disponer del personal necesario⁴⁰¹.
- El **12 de enero de 1996**, la interventoría del contrato 3701 le comunicó a la ETB que el atraso presentado se debió, entre otros, a la tardanza en la aprobación de la licencia de excavación por parte de la Secretaría de Obras, razón por la cual el contratista, con oficio CSF-014, había presentado un programa modificando, que fue analizado y aprobado por la interventoría, puesto que no había un desfase en el tiempo de ejecución de ciento cincuenta (150) días, inicialmente previsto⁴⁰².

El ingeniero Hugo de Jesús Eslava Eljaiek, quien se desempeñaba como Director de la División Oriente de la ETB para la época de los hechos, dijo que los atrasos en la ejecución de la obra no se ocasionaron por la falta de licencia de excavación, ya que el interventor pudo comprobar que las canalizaciones se estaban ejecutando⁴⁰³. Sin embargo, esta afirmación no tiene respaldo en las pruebas documentales, ni periciales practicadas en este asunto, ni en lo afirmado por los demás testigos. Adicionalmente, la Sala recuerda que dicho testigo se encuentra inmerso en una de las circunstancias de sospecha previstas en el artículo 217 del CPC, lo que conlleva un análisis más severo de su testimonio.

Esta Subsección encuentra así que, en efecto, se presentó una tardanza en la aprobación de la licencia de excavación, lo que dilató la ejecución del contrato 3601.

Ahora bien, conforme a lo pactado en el literal w) de la cláusula 9ª del contrato 3601, el consorcio contratista estaba obligado a: *“Obtener los permisos y licencias necesarios para efectuar el trabajo contemplado en el contrato”*⁴⁰⁴. Siendo esto así, esta Colegiatura coincide con lo afirmado por la perito Vivian Andrea García Balagera, en cuanto sostiene que el consorcio era responsable de la obtención de la mencionada licencia de excavaciones⁴⁰⁵. En este orden de ideas, la Sala concluye que los atrasos en la ejecución de las obras del contrato 3701 ocasionados por la tardanza en la consecución de la licencia de excavación no son imputables a la ETB, sino al consorcio contratista.

⁴⁰¹ Folios 362 a 363 del cuaderno 9.

⁴⁰² Folio 417 del cuaderno 9

⁴⁰³ Folios 607 a 612 del cuaderno 9.

⁴⁰⁴ Folio 84 (reverso) del cuaderno 2 A.

⁴⁰⁵ *“Cómo puede sostenerse que la supuesta demora en la obtención de las licencias de excavación fue un hecho imputable a la ETB, cuando dicha expedición no es responsabilidad de la Empresa, sino de una entidad distinta, el IDU, y además se trataba de una obligación a cargo del contratista, consignada en el ordinal w) de la cláusula novena del contrato de obra número 3701/95”*. Folios 2 a 17 del cuaderno número 6.

B) Déficit de cable cuyo suministro correspondía a la ETB:

En este proceso se demostró que, el 22 de marzo de 1996, esto es, tres (3) meses y dieciséis (16) después del inicio de la ejecución del contrato 3701, el interventor le comunicó a la ETB que las irregularidades en la entrega de cable de bajo parado por parte de la empresa habían generado un atraso de 45 días en las labores de empalmes en red secundaria, por lo que solicitó que las obras fueran prorrogadas por este término⁴⁰⁶.

Por otra parte, en el dictamen pericial rendido por la ingeniera electrónica Vivian Andrea García Balaguera⁴⁰⁷, se mostró que, en varias oportunidades, el consorcio contratista solicitó la entrega de cable a la ETB y esta no se lo suministró, lo que se ilustra en la siguiente tabla.

Fecha	Tipo de cable	Unidad	Cantidad		No de comprobante
			Pedido por RYL	Entregada por ETB	
	Cable telefónico relleno de 20 pares x2x0,4mm	mts	6000	0	46278
23 de enero de 1996	Cable telefónico relleno de 70 pares x2x0,4mm	mts	2000	0	46279
	Cable telefónico relleno de 150 pares x2x0,4mm	mts	2000	0	46279
21 de febrero de 1996	Cable telefónico papel plomo de 30 pares x2x0,4mm	mts	88	0	47628
	Cable telefónico papel plomo de 100 pares x2x0,4mm	mts	449	0	47628
4 de marzo de 1996	Cable telefónico relleno de 900 pares x2x0,4mm	mts	3596	0	47961
	Cable telefónico papel plomo PVC de 100 pares x2x0,4mm	mts	459	0	47940
	Cable telefónico relleno de 600 pares x2x0,4mm	mts	2500	0	47941
	Cable telefónico relleno de 900 pares x2x0,4mm	mts	3566	0	47941
	Cable telefónico relleno de 20 pares x2x0,4mm	mts	4000	0	47943
	Cable telefónico relleno de 100 pares x2x0,4mm	mts	5500	0	47942
21 de marzo de 1996	Cable telefónico relleno de 70 pares x2x0,4mm	mts	2000	0	48616
	Cable telefónico relleno de 200 pares x2x0,4mm	mts	3000	0	48616
	Cable telefónico relleno de 300 pares x2x0,4mm	mts	4000	0	48616
22 de marzo de 1996	Cable telefónico relleno de 600 pares x2x0,4mm	mts	1000	0	48662
3 de abril de 1996	Cable telefónico relleno de 600 pares x2x0,4mm	mts	2000	0	48942
8 de abril de 1996	Cable telefónico relleno de 200 pares x2x0,4mm	mts	1500	0	49013
	Cable telefónico relleno de 300 pares x2x0,4mm	mts	3000	0	49013
22 de abril de 1996	Cable telefónico relleno de 200 pares x2x0,4mm	mts	3452	0	49346
	Cable telefónico relleno de 600 pares x2x0,4mm	mts	2557	0	49346
6 de mayo de 1996	Cable telefónico relleno de 600 pares x2x0,4mm	mts	2557	0	49857
	Cable telefónico relleno de 300 pares x2x0,4mm	mts	6198	0	49857
	Cable telefónico relleno de 200 pares x2x0,4mm	mts	3452	0	49858

⁴⁰⁶ Folios 191 y 192 del cuaderno 2A.
⁴⁰⁷ Folios 370 y 371 del cuaderno 1. Exp. 1999-1988.

14 de mayo de 1996	Cable telefónico relleno de 400 pares x2x0,4mm	mts	342	0	50126
	Cable telefónico relleno de 600 pares x2x0,4mm	mts	2557	0	50126
3 de junio de 1996	Cable telefónico relleno de 600 pares x2x0,4mm	mts	3300	0	50659

Sin embargo, como la misma auxiliar de la justicia lo afirmó en la aclaración del dictamen presentado por solicitud de las partes:

“En cuanto al supuesto incumplimiento de la ETB en suministrar los cables telefónicos de las denominaciones requeridas, no puede aceptarse como motivo que pudiera justificar la prórroga del contrato de obra 3701/95, ya que como lo expresó el Interventor en su oficio CORINT-108-96 del 18 de marzo de 1996, dirigido al representante legal del Consorcio Contratista, ingeniero Javier O. Lemus: ‘...el consorcio, ha recibido el 51% del cable que se necesita para la obra y sus avances en colocación de redes primarias y secundarias están en el 6% y 19% respectivamente, lo que indica junto con el balance de materiales que en bodega se tiene en existencia una buena cantidad de cable, lo que no está de acuerdo con el consumo total estimado en la colocación de cables primarios y secundarios’⁴⁰⁸.

Al expediente se allegó asimismo el oficio CORINT-108-96 del 18 de marzo de 1996 mencionado, por medio del cual la interventoría le comunicó al consorcio contratista que no sería aprobada la petición de suministro de cable requerida, ya que se le había hecho entrega del 51,51% del cable que se necesitaba para la obra, y sus avances en redes primarias y secundarias estaban en el 6% y el 19% respectivamente⁴⁰⁹.

Aparte, el ingeniero Hugo de Jesús Eslava Eljaiek manifestó que el supuesto suministro inoportuno de cables por parte de la ETB era un “*sofisma de distracción para enmascarar los atrasos que [el contratista] venía presentando en la obra*”⁴¹⁰. En esto concuerda con lo afirmado por el ingeniero Álvaro Téllez Mosquera, el cual dijo que durante los tres (3) primeros meses de ejecución del contrato 3701, el consorcio se aprovisionó de cables suficientes, pero luego manifestó continuamente en los comités de obra, que no había cable en las bodegas de la ETB, a lo que esta empresa respondió afirmando que sí contaba con dicho cable, lo que fue avalado por la interventoría⁴¹¹.

Guardan así coherencia lo afirmado por la interventoría en el oficio CORINT-108-96 del 18 de marzo de 1996, con lo aseverado en el dictamen pericial practicado en el proceso y lo dicho en los testimonios mencionados, en cuanto afirman que la ETB no suministró todo el cable solicitado por el consorcio contratista, pero esto no influyó en los retrasos que se presentaron en la ejecución del contrato 3701, ya que la contratista contaba con el cable requerido para estado de avance del proyecto. Este no es así un acto que hubiera ocasionado una mayor permanencia y, consecuentemente, no da lugar al reajuste del balance del contrato.

C) Mayores cantidades de obra:

Esta Subsección estima que, de acuerdo con las pruebas prácticas, en el *sub lite* se comprobó que:

⁴⁰⁸ Folios 2 a 17 del cuaderno número 6.

⁴⁰⁹ Folios 702 y 703 del cuaderno 9.

⁴¹⁰ Folios 607 a 612 del cuaderno 9.

⁴¹¹ Folios 622 a 625 del cuaderno 9.

- El **12 de enero de 1996**, representantes de la ETB, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de avance de obra número 004, en la que se dejó constancia de que, ante el aumento en cantidad de obra y la demora en la expedición de la licencia de excavación, el contratista había presentado un nuevo cronograma que había sido aprobado por la interventoría y la ETB⁴¹².
- **El mismo día**, la interventoría le comunicó a la ETB que el atraso que se venía presentando se debía al replanteo consignado en el acta 01 respecto a la mayor cantidad de obra, razón por la cual el contratista con oficio CSF-014 presentó un programa modificando, que fue analizado y aprobado por la Interventoría puesto que no había desfase en el tiempo de 150 días⁴¹³.

Cabe así concluir que en la ejecución del contrato 3701 se añadieron mayores cantidades de obra, que pudieron ocasionar una dilación en el desarrollo de las actividades, ocasionando así una mayor permanencia en obra por parte del consorcio contratista.

Sin embargo, la Sala encuentra que –como lo manifestó en el examen de los cargos relativos al contrato 3699– la mayor permanencia ocasionada por la adición de mayores cantidades de obra en la ejecución del contrato 3701 no puede considerarse una circunstancia imprevista, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 3.8.1, 3.1.10 y 3.1.11 del pliego de condiciones⁴¹⁴, así como en las cláusulas 13ª y 14ª del contrato 3701⁴¹⁵. De conformidad con las disposiciones contractuales, era así claramente previsible, para el consorcio contratista, que en el desarrollo de las obras convenidas en el contrato 3701 se fuera requerida la adición de mayores cantidades de obra.

La Sala advierte además que el contrato 3701 de 1995 se pactó bajo la modalidad de precios unitarios, según la cláusula 1ª del contrato⁴¹⁶ y el numeral 2º del capítulo III del pliego de condiciones⁴¹⁷. En la jurisprudencia contenciosos administrativa se ha establecido que se recurre a esta modalidad de pago, cuando es imposible determinar con exactitud el valor de la obra⁴¹⁸ y, para la ejecución del objeto contractual, pudiera ser necesario adelantar actividades que no estén previstas en el contrato, las cuales son remuneradas, con base en unos precios determinados previamente⁴¹⁹. Por lo tanto, bajo las condiciones generales en las

⁴¹² Folios 367 a 368 del cuaderno 9.

⁴¹³ Folio 417 del cuaderno 9

⁴¹⁴ Folios 43 y 44 del cuaderno 3A.

⁴¹⁵ CONTRATO 3701 DE 1995. "DÉCIMA TERCERA: CANTIDADES DE OBRA: Las cantidades de obra pactadas son estimativas y podrán cambiar, aumentando o disminuyendo en el desarrollo del contrato, obteniéndose como cantidades finales las que se midan sobre la obra ejecutada, sin que EL CONTRATISTA tenga derecho a reclamación alguna por la variación en las mismas. LA EMPRESA podrá ordenar modificaciones en las cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos. [...] DÉCIMA CUARTA: OBRA ADICIONAL Y SUMINISTROS NO PREVISTOS: Cuando se necesita efectuar por cambios u omisión de especificaciones, obras cuyo precio unitario total no esté pactado, o se solicite a EL CONTRATISTA el suministro de algún material requerido para la obra y no incluido como suministro por parte del mismo en estos pliegos, EL CONTRATISTA presentará un análisis de precios unitarios para estudio y aprobación conjunta de la [sic] Interventoría y LA EMPRESA".

⁴¹⁶ Folio 80 (reverso) del cuaderno 2A.

⁴¹⁷ Folio 37 del cuaderno 3A.

⁴¹⁸ "En similar sentido, como quiera que la modalidad de pago acordada [...] obedeció al sistema de precios unitarios, se precisa que en virtud de esta modalidad, ante la imposibilidad de establecer con exactitud el valor de la obra, previamente a la ejecución del negocio jurídico el proponente establece en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas". CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de marzo de 2017, exp. 51526.

⁴¹⁹ "La definición que se tiene de los contratos por precio unitario ha dado lugar a que por la doctrina se entienda que en este tipo de contratos se busca un fin y es ejecutar un objeto contractual, que si para lograrlo se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato deben ser

cuales fue suscrito el contrato 3701 de 1995 también era previsible que se añadieran mayores cantidades de obra.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la necesidad de ordenar mayores cantidades de obra en la ejecución del contrato 3701 no puede considerarse, en el asunto de autos, un hecho imprevisible ni atribuible a la entidad contratante que dé lugar al reajuste del equilibrio contractual.

Esta Colegiatura encuentra así que las actuaciones que el recurrente achaca a la ETB y que –según éste– ocasionaron un mayor permanencia en obra, no dan lugar al reajuste del equilibrio prestacional del contrato, porque no son imputables a la empresa, no generaron una dilación en el desarrollo de las obras o eran previsibles, bajo las circunstancias concretas y generales del negocio jurídico suscrito.

La Sala, además, considera pertinente añadir que la recurrente no acreditó que la mayor permanencia en las obras del contrato 3701 le hubiera ocasionado perjuicios, que ameritaran el restablecimiento económico contractual. Al respecto, en el dictamen rendido el 19 de septiembre de 2000, la perito Vivian Andrea García Balaguera manifestó lo siguiente:

“[...] 3. Sírvese establecer Señor Perito cuál fue la modalidad que utilizó el Consorcio Contratista en los contratos 3701 y 3699 para la contratación de los trabajadores que utilizó en la ejecución de dichos contratos, es decir, si los tuvo vinculados con contratos de trabajo durante toda la duración de dichos contratos –en cuyo caso debe verificar que lo largo del plazo de los contratos de obra se hicieron todos los aportes, tanto a la seguridad social, como los parafiscales [...]–, o si los trabajadores eran de subcontratistas, o si fueron contratados para la ejecución de tareas concretas? RESPUESTA: Para responder este punto solicité la información pertinente a RYL Ltda. [...] al no ver la información al respecto con soportes, este punto no se puede responder como lo solicita la parte demandada”⁴²⁰.

Posteriormente, en la aclaración del dictamen que la referida auxiliar de justicia presentó, por solicitud de las partes, afirmó:

“4.2.1.9. Cómo es posible sostener que el contratista incurrió en costos por un mayor tiempo de permanencia de su personal en la obra, cuando no estuvieron cesantes dicho personal ni sus recursos, ya que los considerables atrasos en su cronograma de obra fueron, en realidad, el motivo para conceder las prórrogas, pues de lo contrario, la única opción había sido declarar con mayor anticipación la caducidad del contrato; pero siempre se pensó que esta solución, aunque era la que en rigor debió aplicarse desde el comienzo, significaba un serio traumatismo para el servicio público a cargo de ETB, como quiera que comportaba la definitiva paralización de las obras durante el tiempo que demandara el proceso de contratación, hasta que el nuevo contrato entrara en ejecución [...]”⁴²¹.

Es pues claro que, además de no acreditar que se presentaron hechos imprevistos y ajenos al consorcio contratista que hubieran ocasionado una mayor permanencia en obra y pudieran dar lugar al reajuste del equilibrio económico del contrato 3701, la recurrente no demostró que dicha mayor permanencia le hubiera ocasionado un perjuicio.

En consecuencia, la Sala desestimaré este cargo.

desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 1999, exp. 10929.

⁴²⁰ Folios 370 y 371 del cuaderno 1. Exp. 1999-1988.

⁴²¹ Folios 2 a 17 del cuaderno número 6.

3.8.3. Rompimiento del equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de la tarifa del IVA del 14% al 16%

El recurrente, por último, se refirió al “cambio de la tarifa del IVA del 14% al 16%”, la cual –afirma– le ocasionó unos sobrecostos que se calculan en doce millones quinientos sesenta y ocho mil ciento cuarenta y dos pesos con treinta y tres centavos (\$12'568.142,33), los cuales deben ser reconocidos por la ETB, conforme a lo argumentado en el apartado relativo al equilibrio financiero del contrato 3699.

Como mencionó la Sala en las consideraciones relativas a los motivos de inconformidad concernientes al contrato 3699 de 1995, el parágrafo 4º del artículo 14 de la Ley 223 de 1995 estableció que a las licitaciones públicas adjudicadas antes de la entrada en vigencia de dicha ley, es decir, antes del 20 de diciembre de 1995, continuaría aplicándose la tarifa vigente en la fecha de adjudicación, situación en la cual se encuentra el contrato 3701, suscrito el 13 de octubre de 1995, como resultado de la licitación pública 004/95, que se cerró el 5 de julio del mismo año.

Aparte, en el asunto de autos se probó que:

- El 13 de junio de 1996, delegados del contratista, la ETB y la interventoría suscribieron la primera acta de determinación del valor de reajustes del contrato 3701, correspondiente a los precios de actas las actas de liquidación parcial 01 y 02, en la que se dejó constancia de que los ajustes cancelados se basaron en los índices de Camacol y que el valor total de los reajustes ascendía a \$52'533.959,49⁴²².
- Los reajustes correspondientes al anterior acta fueron cancelados, conforme a la orden de pago número 5653 del 26 de junio de 1996⁴²³.
- El 2 de octubre de 1996, representantes del contratista, la ETB y la interventoría suscribieron la segunda acta de determinación del valor de reajustes del contrato 3701, correspondiente a los precios de actas las actas de liquidación parcial 01, 02, 03, 04 y 05, en la cual, nuevamente, se hizo constar que dichos ajustes se basaron en los índices de Camacol y que su valor total equivalía a \$57'164.284,92⁴²⁴.
- En la Resolución 11.113 de 1997, con la cual se liquidó unilateralmente el contrato 3701, la ETB reconoció \$218'918.910,27 por concepto de “[v]alor total de los reajustes de precios de la obra” dentro de las “[c]antidades a favor del contratista”⁴²⁵.

Cabe, además, recordar que –como se manifestó anteriormente– la jurisprudencia civilista precisó que las partes contratantes tienen el deber de prevenir y corregir el desequilibrio contractual, lo que, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, las faculta para disciplinar el negocio jurídico, estableciendo cláusulas de adaptación y reajuste⁴²⁶.

Los anteriores reajustes estaban previstos en el numeral 3.8.1 del pliego de condiciones⁴²⁷, en el que fueron definidas las fórmulas para rectificar los costos en

⁴²² Folios 423 a 427 del cuaderno 2A.

⁴²³ Folio 428 del cuaderno 2A.

⁴²⁴ Folios 429 a 432 del cuaderno 2A.

⁴²⁵ Folios 97 a 108 del cuaderno 2A.

⁴²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia 11001-3103-040-2006-00537-01.

⁴²⁷ Folios 45 a 49 del cuaderno 3 A.

que incurriera el contratista. Además, en el numeral 3.8.1.7 del pliego se estableció que:

“Los precios del contratista y aprobados por la Empresa, no contemplados en los numerales anteriores, que se ejecuten a partir del 1° de enero de 1996, se reajustarán siempre y cuando sea debido a causas no imputables al contratista [...]”⁴²⁸.

De igual manera, en el párrafo 1° de la cláusula 5ª del contrato 3701 se acordó que:

“Para el pago de las obras del presente contrato también se tendrán en cuenta los valores que por concepto de reajustes se causen de acuerdo con las fórmulas de reajuste estipuladas en el pliego de condiciones”⁴²⁹.

Las fórmulas aplicadas en las dos actas de reajuste -establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato- se basaron en los índices de costos Camacol, como lo manifestaron representantes del contratista, la ETB y la interventoría en las actas mencionadas, tomando como mes de referencia el de la licitación pública (julio de 1995) y el de la fecha de suministro del material o de ejecución del ítem, según el caso.

En este orden de ideas, como lo manifestó esta Corporación en un asunto relativo a uno de los contratos adjudicados en la misma licitación que dio lugar a los contratos 3699 y 3701, en el que intervinieron las mismas partes del *sub judice*, el consorcio contratista alega un desfase en los costos que había sido tratado de mutuo acuerdo con la empresa contratante, por lo que su reconocimiento no es procedente. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Colegiatura ha reiterado que las medidas de carácter tributario no implican, de por sí, una alteración del equilibrio económico del contrato, ni la obligación de restablecer el balance contractual por parte de la Administración⁴³⁰. Adicionalmente, la recurrente no acreditó en el proceso, que las sumas reconocidas por concepto de reajustes en la Resolución 11.113 de 1997 fueran inferiores a las requeridas para el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato.

En consecuencia, la Sala rechazará este motivo de inconformidad.

3.8.4. Incumplimiento contractual de la ETB debido a que no se agotaron los procedimientos contractuales para establecer la responsabilidad del consorcio en daños.

El impugnante señaló que los daños descontados en la Resolución 11.133 de 1997, por un valor de \$331'456.984 no estaban debidamente sustentados, ni se había comprobado debidamente la imputabilidad al contratista. Dicho descuento –afirmó– se produjo infringiendo las normas en que debía fundarse, debido a que, según el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para los contratantes. Por lo tanto, alega el consorcio que la ETB debió seguir el procedimiento contractual previsto para el arreglo de daños⁴³¹. Sin embargo –aduce– la empresa

⁴²⁸ Folio 49 del cuaderno 3 A.

⁴²⁹ Folio 77 del cuaderno 2.

⁴³⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de noviembre de 2017, exp. 36865.

⁴³¹ “Se acuerda adoptar el proceso propuesto por la interventoría por medio del cual tan pronto la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá detecte la existencia de un daño, informe a la Interventoría para

procedió a la detección y cobro unilateral de daños, mediante las resoluciones controvertidas.

Aparte, manifestó la parte recurrente que, con arreglo a lo establecido en el contrato 3701 y la cláusula 41ª de la minuta del pliego de condiciones, el contratista debía responder única y exclusivamente por aquellos daños que causara por su *“negligencia y mal trato de su personal”* y que, en tales casos, los daños debían ser objeto de un peritaje previo que realizarían la empresa, la interventoría y el contratista, un vez aquella detectara el daño y les diera aviso. Sin embargo –afirma– de acuerdo con las pruebas aportadas en el proceso, la empresa nunca avisó al contratista ni a la interventoría la detección de daños, por lo que no fue posible hacer el peritaje acordado y levantar las actas pertinentes.

Añade la recurrente que, teniendo en cuenta las afirmaciones de la ETB en los actos administrativos que hoy se demandan, la empresa simplemente *“deduce”* unilateralmente que estos daños fueron causados por el contratista por haberse presentado en su ruta de trabajo, sin determinar la causa del daño, es decir, la *“culpa”* como elemento subjetivo fundamental de la responsabilidad y, en este sentido, la supuesta *“negligencia o mal trato”* de su personal. En este orden de ideas, la recurrente asevera que no le correspondía al contratista probar que la ETB era la responsable del daño, pues a este le correspondía asumir únicamente el costo por los daños derivado de su negligencia. Cualquier otro daño, así no fuera imputable a la ETB, debía ser asumido por esta empresa.

Por las anteriores consideraciones, la parte demandante encontró mérito para solicitar de la ETB la devolución de las sumas descontadas en la liquidación por concepto daños y lucro cesante, las cuales tasa en \$331'456.984.

Antes de entrar en el análisis de este cargo, la Sala considera pertinente recordar que los derechos fundamentales al debido y al acceso a la justicia imponen una interpretación del ordenamiento adjetivo, en el que éste sea concebido como una herramienta al servicio del Derecho sustancial, de forma tal que el primero no se convierta en un obstáculo para conseguir la finalidad perseguida por las normas aplicables al caso⁴³².

En este asunto, el actor acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la acción de controversias contractuales, declarativas y resarcitorias. Las pretensiones de declarativas buscan, entre otros, la reparación de un daño que se haya producido con un acto administrativo, para lo cual se requiere la previa declaración de nulidad de tal acto, ya que debe desvirtuarse primero la presunción de legalidad y eficacia del acto administrativo, según los artículos 85 y 66 del CCA, así como la jurisprudencia constitucional⁴³³ y contencioso administrativa⁴³⁴.

Esta Corporación se abstuvo de pronunciarse sobre la legalidad de dichas resoluciones, debido a que su competencia se limita a juzgar la validez de actos administrativos, no de simples declaraciones de voluntad. Esto, sin embargo, no impide que la Sala entre a analizar las pretensiones resarcitorias de la demanda, que hayan sido planteadas asimismo en el recurso de apelación, buscando, de esa forma, la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad

programar una visita inmediata al sitio y realizar el correspondiente peritaje. La interventoría y el contratista informan acerca de su disponibilidad de 24 horas para este tipo de eventos”.

⁴³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-538 de 1994 y C-426 de 2002.

⁴³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 1995.

⁴³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 28206.

contractual del Estado, siempre que éstas tengan un sustento jurídico y probatorio análogo, y la accionada haya tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto.

En el cargo bajo análisis, el impugnante alega que la ETB realizó unos descuentos por los daños supuestamente causados a las redes de dicha empresa en la ejecución del contrato 3701 de 1995 y por el lucro cesante derivado de tales daños, incumpliendo, con ello, el procedimiento contractual previsto para el arreglo de daños, así como la cláusula 41ª de la minuta del pliego de condiciones, según la cual el contratista debía responder única y exclusivamente por aquellos daños que causara por su “*negligencia y mal trato de su personal*”. Este incumplimiento –alega– le irrogó un perjuicio económico que calcula \$331’456.984, correspondiente a la suma que fue descontada por el anterior concepto de la suma adeudada por la ETB al consorcio contratista, como precio del contrato de 3701 de 1995.

La responsabilidad contractual del Estado se funda, primordialmente, en el artículo 90 de la Constitución Política, conforme a lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996. Tratándose además de un evento de responsabilidad contractual regido preponderantemente por el Derecho privado, se requiere la existencia una obligación derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya sido omitido por el demandado, ocasionando con ello un menoscabo a un interés jurídicamente protegido en cabeza del demandante⁴³⁵.

Salta a la vista, que lo demandado corresponde a una pretensión de responsabilidad contractual, ya que se pretende la reparación de un daño ocasionado con el incumplimiento de un contrato. Por otra parte, esta Colegiatura ha señalado que los principios de *iura novit curia* y de prevalencia del derecho sustancial facultan al juzgador para interpretar los términos del libelo inicial del proceso, con el necesario respeto por la *causa petendi*, lo que no comporta una vulneración del debido proceso, en cuanto la accionada haya tenido la posibilidad cierta y efectiva de defenderse, a lo largo del trámite de la causa, de idénticos planteamientos formulados por la parte actora, los cuales estarían soportados, desde el punto de vista probatorio, en los mismos presupuestos fácticos⁴³⁶. Por lo tanto, esta Subsección procederá a analizar el cargo *sub examine* bajo los supuestos de la responsabilidad contractual formulados en la demanda y el recurso, a los que se hizo referencia anteriormente.

Pues bien, en lo atinente a este motivo de inconformidad, esta Subsección considera que en proceso se acreditó que:

- En la cláusula 9ª del contrato 3701 se estipuló que el consorcio contratista se obligó a:

“Responder por los daños en el evento de que estos ocurran en los cables existentes por causas imputables a EL CONTRATISTA: este autoriza a LA EMPRESA para que el valor correspondiente al arreglo de los mismos sea descontado de las cuentas que LA EMPRESA le adeude. El valor de los daños será el que establezca la División de Operaciones correspondiente de LA EMPRESA. [...] **z)** Hacer un chequeo previo a los cables existentes en las cámaras en donde se va a efectuar los trabajos. [...] En el evento de que por causa del desarrollo del trabajo objeto del presente contrato y por motivos imputables a EL CONTRATISTA, se produzcan daños a los cables, estos serán evaluados por la División de Operaciones correspondiente de LA EMPRESA y descontados de las cuentas de cobro que LA EMPRESA adeude a EL CONTRATISTA. [...] **e-1)** EL

⁴³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 25 de marzo de 2015, exp. 37726.

⁴³⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 17008; y sentencia de la Sección Tercera de 8 de marzo de 2007, exp. 15739.

CONTRATISTA deberá corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer a consecuencia de instalaciones o materiales defectuosos suministrados según el Contrato o por mano de obra deficientes. EL CONTRATISTA al recibir la comunicación respectiva deberá corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer en la obra, por cuenta suya y a entera satisfacción de LA EMPRESA dentro de un término de diez (10) días calendario contados a partir de la fecha de dicha comunicación. En caso de que EL CONTRATISTA no cumpla con las indicaciones de LA EMPRESA, ésta podrá retener la cuenta correspondiente hasta tanto se ejecuten las reparaciones y/o reconstrucciones a satisfacción, retención que autoriza expresamente el contratista con la ejecución del contrato o ejecutar con sus propios medios o utilizando otros, las reparaciones o reconstrucciones de las obras que sean necesarias, pero sin eximir a EL CONTRATISTA de cualquiera de sus responsabilidades de la obra. Los costos totales y gastos en que incurra serán cobrados por la empresa utilizando para ello la garantía de estabilidad. Ni las actas de terminación, ni el acta de recibo final, ni el pago final, ni cualquier estipulación de los documentos del contrato, eximirán a EL CONTRATISTA de la responsabilidad aquí establecida”.

- Conforme a lo convenido en la cláusula 20ª del contrato 3701:

“PROTECCIÓN DE LA OBRA. EL CONTRATISTA tendrá la responsabilidad de la obra contratada desde su comienzo hasta la terminación y responderá por cualquier pérdida o daño que ocurra debido a cualquier causa, salvo fuerza mayor o caso fortuito. En caso de daños o pérdidas, deberá reparar a su costa la parte de la obra perdida o dañada a satisfacción del INTERVENTOR. En caso de que la pérdida o daño sea debido a fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados y aceptados POR LA EMPRESA, EL CONTRATISTA tan pronto le sea ordenado por el INTERVENTOR deberá reponer la obra perdida o dañada a costa de LA EMPRESA”.

- El **25 de enero de 1996**, representantes de la ETB, el consorcio y la interventoría firmaron el **acta de avance de obra número cinco (5)**, en la que se acordó seguir un procedimiento para la reparación de daños, según el cual se debía informar a la interventoría, tan pronto se detectara la existencia de un daño, para realizar una visita al sitio, así como un peritaje, con el propósito de establecer responsabilidades, teniendo en cuenta que: el consorcio había detectado cuatro (4) daños en cable en el desarrollo de las obras; la ETB consideraba que estos eran imputables al contratista; la interventoría consideraba que –“según los indicios presentados” – dos (2) de tales daños eran imputables al consorcio; y que este último afirmó que no podía “avaluar los daños porque la empresa los intervino y por lo tanto él no constató la casa real de la anomalía”⁴³⁷.
- El **26 de enero de 1996**, el interventor del contrato 3701 y el Director de la División de Operación Oriente de la ETB suscribieron el **acta de avance de obra número seis (6)**, en la cual la ETB reiteró su intención de cobrar al consorcio los costos por daños, con fundamento en “la estabilidad que presentaban las redes telefónicas de esta central antes que el Consorcio las interviniera por trabajos de canalización”⁴³⁸.
- El **31 de enero de 1996**, representantes del consorcio y la interventoría suscribieron un **acta de evaluación de daños**, en la que consta que se

⁴³⁷ Folios 369 a 372 del cuaderno 9, y 157 a 158 del cuaderno 2A.

⁴³⁸ Folios 373 y 374 del cuaderno 9.

reunieron “para evaluarlos daños a la red ocasionado por el contratista” en los cables 1108 (distritos 1101, 1102, 1108) y 1109 (distrito 1123)⁴³⁹.

- El **1º de febrero de 1996**, representantes de la ETB, el consorcio contratista y la interventoría firmaron el **acta de avance de obra número siete (7)**, en la que se manifestó que, “[p]ara la reparación del daño de 1200 pares, se aceptó que el Consorcio colocara el tramo de cable entre la Av. Calle 68 con las Cras. 47 a 44, el que será tomado como de reposición”. Aparte, “[s]e acordó que el daño sobre el cable 1105 no era imputable al contratista”⁴⁴⁰.
- El **14 de febrero de 1996**, el **interventor** del contrato 3701 presentó a la ETB un **informe**, en el que cual se enumeran los daños ocasionados por el contratista, los cuales –se indica– habían sido reparados, “arreglados”, “cumplidos” o “reubicados”. Por otra lado, manifiesta que “[...] ve con preocupación que no se está cumpliendo con lo acordado según propuesta de ésta en el Acta de Reunión de Avance de Obra No. 005, de Enero 25/96 donde las partes involucradas entran a determinar las causas y las responsabilidades”. Además, enuncia cuatro (4) daños en cuyo análisis había participado la interventoría, dos (2) de los cuales son imputables al contratista⁴⁴¹.
- El **15 de marzo de 1996**, representantes de la ETB, el contratista y la interventoría firmaron el **acta de evaluación de daños número cuatro (4)**, en la que se dejó constancia de que fueron evaluados los daños que se presentaron en cinco (5) direcciones, dos (2) de los cuales la ETB consideró que eran imputables al consorcio contratista. Aparte, se hizo constar que “se efectuó visita a la Cra. 58 x 67 para determinar si la canalización presentaba aplastamiento y en la inspección se encontró la tubería en perfecto estado”⁴⁴².
- El **18 de marzo de 1996**, el Subgerente de Operaciones, el Director de la Operación Oriente de la ETB, el contratista y el interventor suscribieron el **acta de suspensión parcial del contrato 3701**, en la que se dejó constancia de lo siguiente:

“1. Que dentro de la jurisdicción del desarrollo del contrato, se viene presentando un volumen considerable de daños sobre la red de funcionamiento, los cuales no se ha podido determinar su causa, es decir, si son imputables al contratista, terceros o a la empresa. Por tanto, se hace necesario evaluar dicha situación.

Se ha convenido por parte del contratista, la interventoría contratada y la empresa suspender la actividad de las obras para poder dar curso a determinar las causas de los mismos y proceder al mismo tiempo a las reparaciones, en aras del restablecimiento del servicio.

2. Que la responsabilidad por los daños, se establecerá una vez se hagan las reparaciones. El resultado de las mismas determinará la responsabilidad que le compete a cada una de las partes.

[...]

Durante la suspensión de estas actividades, inicialmente, la empresa, con recursos propios (personal, materiales, herramientas, etc.) atenderá masivamente los daños en la red que se han presentado. Posteriormente el contratista asumirá los [sic] costas de las operaciones efectuadas por la empresa y que se concluya que fueron causadas por el personal del contratista”⁴⁴³.

⁴³⁹ Folio 159 del cuaderno 2A.

⁴⁴⁰ Folios 375 a 377 del cuaderno 9.

⁴⁴¹ Folios 425 a 427 del cuaderno 9.

⁴⁴² Folios 172 y 173 del cuaderno 2A.

⁴⁴³ Folios 129 y 130 del cuaderno 2A, y 396 y 397 del cuaderno 9.

- El **27 de marzo de 1996**, la interventoría dio respuesta a una solicitud de cobro al consorcio por los daños a redes, formulada por la ETB⁴⁴⁴. En esta, hizo referencia a diecisiete (17) daños, cuatro (4) de los cuales eran imputables al contratista; uno (1) de estos era imputable a la ETB; otro se encontraba fuera del área del proyecto; y, de los demás, la interventoría no tuvo conocimiento, o no se le suministraron los cálculos requeridos, o no participó en la determinación de causas y responsabilidades. En atención a lo anterior, la interventoría manifestó que:

“[...] ve con preocupación esto ya que se desconoció el procedimiento propuesto por ésta en la Reunión de avance de Obra No 005 de [sic] Enero 25 de 1996 en la cual se aprobó conjuntamente por la Empresa, el Contratista y la Interventoría que tan pronto la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá detectara la existencia de un daño informaría a la interventoría para programar una visita inmediata al sitio y realizar el correspondiente peritaje. [...] Estima no conveniente el cobro de la cuenta por \$145'948.346,00 sin haber llenado los requisitos anteriormente mencionados y sin los soportes suficientes acordados conjuntamente”.

- El **7 de mayo de 1996**, delegados la ETB y la interventoría del contrato 3701 firmaron un **acta de descuento de daños**. En esta se enuncia que, durante 1995, la Central de San Fernando no presentaba daños considerables y no superaba los 1000 pares fuera de servicio; pero, durante la ejecución del contrato 3701, se presentó “*un volumen diario promedio de 1.000 pares fuera de servicio*”. Habiéndose “*establecido*” que “*los daños se presentaron en la ruta de trabajo de EL CONTRATISTA de obra [...] se deduce que fue su personal quien causó los daños*”. **El valor total de los daños se avalúa en \$203'370,877**, “[...] según cálculo hecho por la Sección Diseño de Redes de la División Operación Oriente de la empresa, en relación que se anexa, en la cual se visualiza da uno de los informes de daños y sus direcciones”⁴⁴⁵.
- El **29 de agosto de 1996**, el Director de la División Operación Oriente de la ETB envió al consorcio contratista “[...] *copia de un grupo de daños, conformado por catorce (14) REPORTES DE DAÑOS EN REDES DE LA ETB, para que se proceda a su reconocimiento y pago por ustedes a la Empresa*”, los cuales ascendían a un valor total de \$87'109.890⁴⁴⁶.
- El **12 de septiembre de 1996**, un representante de la ETB y el interventor del contrato 3701 suscribieron un acta de evaluación de daños, en la que se consignó que:

“[...] se reunieron en el distrito 1162 [...] por parte de la ETB el señor Ricardo Gómez jefe de grupo, por el Consorcio Jorge A. Velosa y RYL Ltda., el supervisor Jorge Moreno y por la Interventoría el Ing. Hans Humberto Varela, con el objeto de evaluar y determinar las causas y responsabilidades de los daños al cable 1114 listones 251 al 256 que se presentaron porque el Contratista en el cambio de bloques plomados a rellenos dejó protegido el empalme por varios días en los cuales por efecto de lluvias le entró humedad; mientras se hacia el ajuste al nuevo cable 1110. Se determinó que el Consorcio contratista haría los trabajos respectivos de ajuste del cable 1114 a 1110 en el menor tiempo posible y poder restablecer el servicio. También se localizó daño en el cable 1127 de 300 pares, este daño fue reparado por personal de la ETB”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Folios 178 y 179 del cuaderno 2A.

⁴⁴⁵ Folios 193 y 194 del cuaderno 2A.

⁴⁴⁶ Folios 244 a 258 del cuaderno 2A.

⁴⁴⁷ Folio 256 del cuaderno 2A.

- El **15 de octubre de 1996**, el Director de la División Operación Oriente de la ETB remitió al interventor del contrato 3701 de 1995 copia de la valoración del daño que se había presentado en la carrera 64 con calle 67, avaluado en \$5'036.217, con el propósito de que fuera cobrado, junto con el lucro cesante causado⁴⁴⁸.
- En la **Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997**⁴⁴⁹, la ETB descontó las siguientes sumas al consorcio contratista:

CONCEPTO	VALOR
Valor de 35 daños en redes telefónicas	\$ 203'370.877,00
Valor lucro cesante de los 35 daños ocasionados	\$ 35'940.000,00
Valor 14 daños según oficio 472253	\$ 87'109.89000
Valor 1 daño según oficio 491283	\$ 5'036.217,00
Total a descontar al contratista	\$ 331'456.984,00

En vista de lo anterior, esta Subsección encuentra que, en el contrato 3701 se pactó que el consorcio contratista asumía la responsabilidad por los **daños ocasionados a los cables existentes** en el desarrollo de las obras, salvo caso fortuito o fuerza mayor, los cuales serían evaluados y cuantificados por la División de Operaciones correspondiente de la ETB, quedando ésta además facultada para descontar los costos de su reparación de las cuentas de cobro. Aparte, cuando aparecieran **defectos como consecuencia de materiales defectuosos o mano de obra deficiente**, el contratista debía corregirlos dentro de un término de diez (10) días, contados a partir de la fecha en la que la empresa se lo comunicara. En caso de que el contratista no cumpliera con las indicaciones de la ETB, ésta podía retener la cuenta correspondiente o ejecutarlos con cargo a la garantía de estabilidad.

El 3 de enero, el 1º de febrero y el 15 de marzo de febrero de 1996 la interventoría, la ETB y, en algunas ocasiones, el contratista dejaron constancia de varios daños en cables existentes, que se venían presentando en el ámbito de ejecución del contrato 3701, siendo algunos de ellos imputables al consorcio.

El **25 de enero de 1996**, las partes contratantes y la interventoría acordaron seguir un **proceso para la reparación de daños**, en el que, tras detectarse la existencia de una daño, la interventoría realizaba un visita, con el propósito de establecer responsabilidades. El día siguiente, se suscribió una nueva acta de avance de obra, en la que la ETB reiteró que debían cobrarse los costos de los daños, debido a que, antes del inicio de las obras, la red era estable.

El **18 de marzo de 1996**, representantes de la ETB, el consorcio y la interventoría suscribieron un **acta de suspensión parcial del contrato**, en la que manifestaron que, debido al volumen de daños sobre la red en funcionamiento, cuya causa no había podido determinarse, se suspendían las actividades en obras por quince (15) días, para que los daños fueran reparados y, en el desarrollo de tales arreglos, se determinaría la responsabilidad por los daños, los cuales serían inicialmente asumidos por la ETB y luego cargados al consorcio, cuando fuera procedente. De esta forma –entiende la Sala– se modificó, por las partes contratantes y la interventoría, el procedimiento, convenido el 25 de enero de 1996, para la reparación de daños.

⁴⁴⁸ Folio 831 del cuaderno 9.
⁴⁴⁹ Folios 97 a 108 del cuaderno 2A.

El 27 de marzo de 1996, es decir, dentro del período de suspensión del contrato 3701, la interventoría dio respuesta a una solicitud de cobro por daños a redes, en la que se atribuyó responsabilidad al consorcio sobre algunos de los daños y se manifestó, además, su preocupación porque no se venía siguiendo el procedimiento para la reparación de daños definido el 25 de enero de 1996.

Sin embargo, como se estableció anteriormente, para ese momento ya se había modificado nuevamente el procedimiento para establecer la responsabilidad sobre los daños ocasionados a las redes existentes, en la ejecución del contrato 3701. A diferencia de lo acordado el 25 de enero de 1996, en el acta de 18 de marzo de 1996 no se preveía, ni era posible, que el interventor interviniera desde el momento en que se detectara el daño, debido a que, bajo estas nuevas condiciones, la atribución de responsabilidad sobre los daños se determinaba luego de su reparación. De hecho, en este mecanismo no estaba prevista la participación del interventor. Cabe recordar que, en ese momento, el volumen de daños en redes y los subsecuentes problemas en la prestación del servicio público de teléfono eran muy altos, lo que hacía necesaria la adopción de un sistema más ágil, para determinar la responsabilidad sobre los daños.

Debe tenerse en cuenta, además, que el 18 de marzo de 1996, esto es, nueve (9) días antes de que se acordara la suspensión parcial del contrato 3701 y se modificara el procedimiento de atribución de responsabilidad por los daños en redes, la Personería Delgada para la Vigilancia de Servicios Públicos Domiciliarios había remitido oficio a la ETB en el que solicitaba darle solución a los usuarios de varios sectores, dentro de los que figuraban los de Barrios Unidos, debido a que *“manifestaron que llevan aproximadamente dos (2) meses con el servicio [de teléfono] muy regular, además manifestaron que no hay control en los contratos 33701/95 [...]”*⁴⁵⁰.

Considera así esta Subsección que era evidente que, bajo las anteriores circunstancias, la paralización de la prestación del servicio público de telefonía conmutada se preveía inminente. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la prestación eficiente de dicho servicio es uno de los fines del régimen colombiano de los servicios públicos domiciliarios⁴⁵¹, que las empresas o entidades autorizadas para su suministro tienen la obligación de asegurar su prestación oportuna y eficiente⁴⁵² y, además, que las normas de contratación en este ámbito específico deben interpretarse de conformidad con los mencionados fines y principios⁴⁵³, era imperiosa la modificación del sistema de asignación de

⁴⁵⁰ Folio 674 del cuaderno 9.

⁴⁵¹ LEY 142 DE 1994. “Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: [...] 2.5. Prestación eficiente. [...] Artículo 5o. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos: || 5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente”.

⁴⁵² LEY 142 DE 1994. “Artículo 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones: || 11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros”.

⁴⁵³ LEY 142 DE 1994. “Artículo 30. Principios de interpretación. Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios”.

responsabilidad sobre los daños en redes existentes que había sido convenido el 25 de enero de 1996, como lo hicieron las partes contratantes y la interventoría el 27 de marzo de 1996.

Al no estar prevista la participación de la interventoría en el procedimiento de atribución de responsabilidad sobre daños en redes existentes acordado el 27 de marzo de 1996, esta Colegiatura entiende que la facultad de evaluar, cuantificar y descontar los costos de la reparación de daños recaía en la División de Operaciones correspondiente de la ETB, conforme a lo acordado el 18 de marzo de 1996 –cuando se convino que los arreglos serían asumidos inicialmente por la ETB y en su reparación se determinaría la responsabilidad del consorcio– y de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 9ª del contrato 3701⁴⁵⁴.

No sobra recordar que las anteriores estipulaciones, en las que se definió el régimen de responsabilidad del consorcio contratista en materia específica de daños a redes existentes, son admitidas dentro del margen de autonomía de la voluntad del Derecho privado, en el que, como lo ha manifestado la Corte Suprema, los riesgos contractuales pueden ser negociados por las partes, ya que *“la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, designio, conveniencia e interés y la justicia contractual”*⁴⁵⁵.

Además, el artículo 1604 del Código Civil, en el que se regula el régimen de responsabilidad del deudor, admite expresamente su modificación, lo que, aparte de la variación del sistema de culpas⁴⁵⁶, hace referencia al caso fortuito, su acreditación y la prueba de la diligencia, ya que la posibilidad de variar, mediante acuerdo de partes, las reglas generales de responsabilidad contenidas en dicha disposición, cubre igualmente esos aspectos⁴⁵⁷.

Ahora bien, en este asunto, el Director de la División de Operación Oriente de la ETB y la interventoría del contrato 3701 de 1995, el 7 de mayo de 1996, comunicaron al consorcio contratista que, en atención al enorme aumento de pares fuera de servicio en la central de San Fernando, que se presentó durante la ejecución del contrato 3701 y teniendo en cuenta que los daños habían tenido

⁴⁵⁴ “En el evento de que por causa del desarrollo del trabajo objeto del presente contrato y por motivos imputables a EL CONTRATISTA, se produzcan daños a los cables, estos serán evaluados por la División de Operaciones correspondiente de LA EMPRESA y descontados de las cuentas de cobro que LA EMPRESA adeude a EL CONTRATISTA”.

⁴⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

⁴⁵⁶ “Sin embargo, como lo indica el artículo [1604] últimamente citado, las reglas generales contenidas en él pueden ser modificadas, bien sea por las estipulaciones expresas de las partes, bien por disposiciones especiales de las leyes. Así, los agentes pueden convenir en que uno o más de ellos respondan de determinada culpa distinta de la que legalmente tendrían que prestar, v. gr., que el comodatario solo responda de la culpa leve, o el vendedor de la grave, o el depositario de la levísima”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7ª edición, Temis, Bogotá, 2018, pp. 328 – 329.

⁴⁵⁷ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. || El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. || La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. || Todo lo anterior, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes” (énfasis añadido).

lugar en la ruta de trabajo del consorcio contratista, se deducía que el personal del consorcio contratista había ocasionado los daños que se presentarían en las redes existentes, cuya reparación fue cuantificada en \$203'370,877. Tras ello, el Director de la División Operación Oriente de la ETB envió al consorcio contratista “[...] copia de un grupo de daños, conformado por catorce (14) *REPORTES DE DAÑOS EN REDES DE LA ETB*, para que se proceda a su reconocimiento y pago por ustedes a la Empresa”, los cuales fueron cuantificados en \$87'109.890, mediante oficio de 29 de agosto de 1996⁴⁵⁸. Por último, el Director de la División Operación Oriente de la ETB remitió oficio 491283 de 15 de octubre de 1996, a través del cual comunicó al interventor del contrato 3701 de 1995 copia de la valoración del daño que se había presentado en la carrera 64 con calle 67, avaluado en \$5'036.217⁴⁵⁹.

Los anteriores valores coinciden con los montos descontados al consorcio contratista en la Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997, por concepto de “35 daños en redes telefónicas”, “14 daños según oficio 472253” y “1 daño según oficio 491283”. Siendo el Director de la División Operación Oriente de la ETB quien –conforme a lo anteriormente establecido– tenía la facultad de evaluar, cuantificar y descontar los costos de la reparación de daños en redes ocasionados en la ejecución del contrato 3701, es claro que los descuentos efectuados son válidos.

En este orden de ideas, a través de los anteriores descuentos se hizo efectiva la compensación de obligaciones dinerarias, la cual –en los términos del artículo 1715 del Código Civil– “opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores”, ante la coexistencia de deudas recíprocas dinerarias, líquidas y exigibles⁴⁶⁰. La obligación del consorcio contratista de pagar los daños que ocasionara a las redes de la ETB en la ejecución de la obra objeto del contrato 3701 estaba sujeta a una condición⁴⁶¹, la cual –conforme a lo pactado en las cláusulas novena⁴⁶² y vigésima⁴⁶³– consistía en la ocurrencia de un daño a dichas redes en el desarrollo de las obras contratadas, que no fuera el resultado de eventos de fuerza mayor o caso fortuito. Habiéndose verificado lo anterior, la referida obligación del consorcio contratista era líquida, cuando, según la cláusula novena, estas hubieran sido evaluadas por la División de Operaciones correspondiente de la ETB.

⁴⁵⁸ Folios 244 a 258 del cuaderno 2A.

⁴⁵⁹ Folio 831 del cuaderno 9.

⁴⁶⁰ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1715. Operancia de la compensación. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: || 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. || 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y || 3.) Que ambas sean actualmente exigibles. || Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”.

⁴⁶¹ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1530. Definición de obligaciones condicionales. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”.

⁴⁶² “En el evento de que por causa del desarrollo del trabajo objeto del presente contrato y por motivos imputables a EL CONTRATISTA, se produzcan daños a los cables, estos serán evaluados por la División de Operaciones correspondiente de LA EMPRESA y descontados de las cuentas de cobro que LA EMPRESA adeude a EL CONTRATISTA”.

⁴⁶³ “PROTECCIÓN DE LA OBRA. EL CONTRATISTA tendrá la responsabilidad de la obra contratada desde su comienzo hasta la terminación y responderá por cualquier pérdida o daño que ocurra debido a cualquier causa, salvo fuerza mayor o caso fortuito. En caso de daños o pérdidas, deberá reparar a su costa la parte de la obra perdida o dañada a satisfacción del INTERVENTOR. En caso de que la pérdida o daño sea debido a fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados y aceptados POR LA EMPRESA, EL CONTRATISTA tan pronto le sea ordenado por el INTERVENTOR deberá reponer la obra perdida o dañada a costa de LA EMPRESA”.

Conforme a lo anteriormente expuesto, para la Sala es claro que la obligación de responder por los daños ocasionados en el ámbito de ejecución de la obra objeto del contrato 3701 de 1995, que fueran el resultado de fuerza mayor o caso fortuito, es una obligación dineraria y líquida, en la medida en que la división de operaciones correspondiente de la ETB había procedido a cuantificar los daños. Resta determinar si –según el artículo 1542 del Código Civil⁴⁶⁴– dicha obligación era exigible, es decir, si los daños descontados se produjeron en el ámbito de ejecución de la obra y no se acreditó que estos se hubieran producido por fuerza mayor o caso fortuito, lo que será evaluado a continuación por esta Subsección.

Según lo manifestado por la ETB y la interventoría, el 7 de mayo de 1996⁴⁶⁵, y lo dicho por el ingeniero Hugo de Jesús Eslava Eljaiek en el testimonio practicado en este proceso⁴⁶⁶, los daños en las redes existentes le fueron imputados al consorcio, debido a que estos se presentaron en la ruta de ejecución del contrato 3701; y a que durante 1995, la Central de San Fernando no presentaba daños considerables y no superaba los 1000 pares fuera de servicio; pero, durante la ejecución del contrato 3701, se presentó *“un volumen diario promedio de 1.000 pares fuera de servicio”*. El representante legal del consorcio contratista, Javier Orlando Lemus Lanziano, por su parte, se limitó a afirmar que tenía entendido que el objeto del contrato 3701 consistía en *“la construcción y ampliación de redes precisamente para reemplazar las existentes que por su antigüedad y estado no garantizaba[n] una estabilidad en el servicio lo que necesariamente implicaba un importante número de líneas por fuera permanentemente, adicionalmente en los sectores motivo del contrato no solamente operaba el contratista sino también cuadrillas de mantenimiento de la ETB lo cual quedó demostrado en algunas actas donde en principio se evaluaron las causas de tales daños y en donde aparecieron como responsables de los mismos cuadrillas de la ETB”*⁴⁶⁷. Esta afirmación, que por demás carece de sustento probatorio, no resulta plausible para la Sala, ya que, de ser así, hubiera sucedido lo mismo en la ejecución del contrato 3699, el cual tenía un objeto análogo, pero esto no ocurrió.

En este orden de ideas, esta Colegiatura encuentra que el costo de los daños en redes de la ETB, descontados por dicha empresa, se produjo tras verificarse que los daños ocurrieron en la ruta de ejecución del contrato 3701 –a lo que, por demás, no se opone el actor– y, de acuerdo con el historial de pares fuera de servicio en la central afectada, que se vio incrementado exponencialmente con la ejecución del contrato 3701, estos no pueden atribuirse a eventos de caso fortuito y fuerza mayor. Por lo tanto, en el asunto bajo examen, su pago era exigible y la compensación operaba de pleno derecho.

La Sala observa, por otro lado, que en la Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997 se descontó al consorcio contratista \$35'940.000,00, por concepto de *“[v]alor lucro cesante de los 35 daños ocasionados”*⁴⁶⁸, sin que se especificara la forma en que dicha suma fue cuantificada. Aparte, en el contrato 3701 de 1995 no se estipuló de forma expresa que la ETB estuviera facultada para descontar al contratista sumas a título de lucro cesante, ni se estableció un procedimiento para ello. Además, según la cláusula 9ª del contrato 3701, a la División de Operaciones respectiva de la ETB le correspondía evaluar, cuantificar y descontar los costos por los daños en redes existentes, y el Director de la División Operación Oriente de la ETB no

⁴⁶⁴ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1542. Exigibilidad de la obligación condicional. No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente. || Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

⁴⁶⁵ Folios 193 y 194 del cuaderno 2A.

⁴⁶⁶ Folios 607 a 612 del cuaderno 9.

⁴⁶⁷ Folios 337 a 340 del cuaderno 1.

⁴⁶⁸ Folios 97 a 108 del cuaderno 2A.

suscribió la Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997, ni consta que dicha División hubiere evaluado y cuantificado previamente el lucro cesante.

En consecuencia, al descontar las anteriores sumas por concepto de lucro cesante, la ETB incurrió en un incumplimiento de la cláusula 5ª del contrato 3701 de 1995, con sujeción al cual dicha empresa estaba obligada al pago de las obras ejecutadas, sin que tuviera la facultad de realizar tales descuentos. De esta forma, la ETB vulneró los términos del mencionado negocio jurídico y, con ello, el principio *pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

Al acreditarse así que, al descontar el lucro cesante en la liquidación del contrato 3701 la ETB incurrió en un incumplimiento contractual, la Sala procederá a ordenar, conforme a las pretensiones del libelo introductorio⁴⁶⁹, que se indemnice el detrimento patrimonial ocasionado a la actora.

3.8.5. Incumplimiento del contrato 3701 de 1995, debido a que, tras la terminación del contrato, la ETB levantó carteras inconsultas, y no pagó las obras ejecutadas durante el periodo de liquidación.

La apelante alega que se presentó *“falsa motivación por indebida aplicación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y de las cláusulas segunda, literal g y numeral 3) quinta y trigésima quinta del contrato 3701”*. Sobre este punto, puso de presente que la Resolución 11.133 de 1997 señaló que el plazo del contrato se había vencido el 25 de febrero de 1997, omitiendo así que, según la cláusula 8ª, este tenía un plazo de 150 días, el cual había acaecido el 18 de mayo de 1996. Con fundamento en ello, la ETB liquidó los perjuicios por lucro cesante y *“levantó, con posterioridad a la fecha de terminación del contrato, carteras inconsultas para liquidar las obras llevadas a cabo por el contratista, sin tener en cuenta las actas aprobadas por la interventoría, las cuales fueron anexadas con la demanda”*. De esta forma –aduce– el acto de liquidación unilateral desconoció actuaciones previas del contratista y la interventoría, en la cuales se había seguido los procedimientos contractuales, lo que considera *“ilegal, desde todo punto de vista”*. Además, encontró reprochable que la ETB hubiera descontado el valor de la cláusula penal pecuniaria, *“abrogándose las facultades de juez contractual”*.

El apelante recabó además en el análisis del *“equilibrio de la ecuación económica del contrato”*, así como de las implicaciones de la condición del *“contratista como colaborador del Estado”*. A partir de ese marco, terminó estudiando las causas que dieron origen al rompimiento del equilibrio económico del contrato, comenzando por el *“no pago de la totalidad de las obras ejecutadas”*. Al respecto, manifestó que:

“Sumadas todas las actas, descontado el anticipo, se tiene que el Contratista ejecutó obras por valor de \$1.398’757.604, de los cuales estaban pendientes el valor del Acta No. 007 y el valor de la retención en garantía, es decir, la suma de \$137’782.075,06. No obstante lo anterior, en la Resolución 11133 de 1997 sólo se reconoció como ejecutada la suma de \$ 1.265.927.020; valor inferior a lo que realmente se había ejecutado”.

El impugnante añadió que no procedía afirmar, como lo hizo el a quo, que no hay lugar al restablecimiento del equilibrio del contrato, debido a que, tras la declaratoria de caducidad del contrato de interventoría, la ETB tuvo que asumir

⁴⁶⁹ “2.2. Reconocimiento y pago de los descuentos que indebidamente e ilegalmente fueron practicados en la liquidación del contrato por supuestos e improbados daños causados a las redes de la Empresa, por valor de \$331’456.984,00”. Folio 16 del cuaderno 9.

labores de la misma, encontrando diferencias entre las obras reportadas y las realmente realizadas, ya que esto –según el consorcio– contraviene las cláusulas 5ª y 12ª del contrato 3701, y los apartados 3.11.1.1, 3.11.2 y 3.11.3 del pliego de condiciones.

Considera además la apelante que no es de recibo el argumento del Tribunal según el cual no quedó probado el detrimento patrimonial por el no pago de unas determinadas sumas de dinero, pues esta pretensión se encuentra basada en una negación indefinida que no requiere prueba. *“Siendo así la ETB tenía la carga de probar que dichas sumas sí fueron pagadas”*.

La Sala observa que, con este cargo, la impugnante alega que la ETB, al levantar carteras cuando ya se había vencido el plazo contractual, sin tener en cuenta las actas aprobadas por la interventoría, incumplió las disposiciones contractuales en las que se definía el procedimiento mediante el cual la empresa pagaría el precio de las obras al consorcio contratista. Con ello –en su parecer– se le ocasionó un perjuicio económico, que hace consistir en la diferencia entre lo pagado (\$1'265.927.020) y lo que efectivamente se ejecutó (\$ 1'398'757.604). Las alegaciones del actor van así dirigidas a exigir la reparación de un daño ocasionado con el incumplimiento de un contrato, no a solicitar el reajuste del balance prestacional contrato, la cual se produce cuando el Estado emite actos generales y abstracto con incidencia contractual, la entidad contratante recurre a algunas de sus facultades excepcionales o se presenta una situación imprevista que haga más onerosa la ejecución del contrato; no en eventos de incumplimiento, los cuales se resuelven conforme a las normas de responsabilidad contractual.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo asimismo a que –como se expuso previamente– las normas procesales deben interpretarse de forma tal que permita la eficacia de las normas aplicables al caso⁴⁷⁰, y estando facultado el juzgador para interpretar los términos de la demanda⁴⁷¹, esta Subsección estudiará el presente motivo de inconformidad, bajo los supuestos de la responsabilidad contractual formulados en la demanda y el recurso, a los que se hizo referencia anteriormente.

En lo concerniente a este motivo de inconformidad, esta Subsección encuentra que en el este proceso se acreditó que:

- En la cláusula 2ª del contrato 3701 se acordó lo siguiente:

“Forman parte integrante del presente contrato los siguientes documentos: [...] g) Las actas de entrega parcial de obras de canalización, cables o distritos terminados. [...] i) Las actas que se suscriban en desarrollo del contrato, a saber [...] 3. Actas de recibo parcial de obra sobre tramos de canalización y cámaras asociadas y cables o distritos terminados”.

- En el numeral 4) del párrafo de la cláusula 2ª del contrato 3701 se pactó que:

“Una vez terminadas las obras materia de este contrato a entera satisfacción de LA EMPRESA, deberá suscribirse el acta de recibo final en la cual se dejará constancia entre otros, de los siguientes aspectos: a) De la entrega de obras por parte de EL CONTRATISTA y del recibo a

⁴⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-538 de 1994 y C-426 de 2002.

⁴⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 17008; y sentencia de la Sección Tercera de 8 de marzo de 2007, exp. 15739.

satisfacción por parte de la Interventoría de LA EMPRESA". B) De la cantidad y calidad de la obra ejecutada. [...]".

- En la cláusula 5ª del contrato 3701 se acordó que:

"LA EMPRESA pagará a EL CONTRATISTA el valor del presente contrato así: a) El noventa y cinco por ciento (95%) con base en cortes mensuales sobre la medición y cómputo por obra ejecutada sobre cada cuenta que presente EL CONTRATISTA de tramos de canalización y cámaras asociadas totalmente terminadas que estén contemplados en las obras de canalización y cables y distritos totalmente terminados, lo cual deberá comprobar y aprobar el interventor, obra que deberá cumplir con las especificaciones y medidas prescritas y contar con la aceptación del Interventor, todo lo cual deberá constar en un Acta de Recibo Parcial suscrita por el Interventor y EL CONTRATISTA, documento que se acompañará a la cuenta de cobro o sobre canalizaciones, distritos y/o cables parcialmente ejecutados que no se hayan terminado por causas imputables a LA EMPRESA y aceptadas por la Interventoría en la respectiva acta de recibo parcial. [...] PARÁGRAFO SEGUNDO: Si al recibo de las obras se encontraran observaciones, LA EMPRESA no tramitará las respectivas cuentas de cobro hasta tanto las circunstancias o errores que dieron origen a las mismas no sean corregidas por EL CONTRATISTA y recibidas a satisfacción de LA EMPRESA, sin que haya lugar a reclamación por parte de EL CONTRATISTA".

- En los párrafo 4º y 5º de la cláusula 8ª del contrato 3701 se convino lo siguiente:

"PARÁGRAFO CUARTO: La entrega definitiva se hará constar en el Acta de Recibo Final en dos (2) ejemplares de un mismo tenor, uno para cada una de las partes, en las que figuren el recibo de las obras a satisfacción de LA EMPRESA en los términos contractuales, las cantidades totales de las obras con sus precios unitarios y totales, las sumas de dinero que haya recibido EL CONTRATISTA, la ejecución de la prestación a su cargo; las entregas parciales de las obras no implican el recibo de las partes entregadas, ni menos las de todas las obras contratadas. PARÁGRAFO QUINTO: El Interventor designado por LA EMPRESA para la presente construcción, suscribirá el acta de recibo de la obra, asume la responsabilidad que le corresponde por el eventual incumplimiento de las especificaciones contractuales y será civilmente responsable de los juicios originados en el mal desempeño de sus funciones".

- En la cláusula 9ª del contrato 3701 se estipuló que el consorcio contratista asumía las siguientes obligaciones:

"y) [...] EL CONTRATISTA deberá avisar al Interventor con suficiente antelación, cuando haya trabajo listo para examen o medida. Cualquier inspección o medida por parte de Interventor no releva a EL CONTRATISTA del cumplimiento de las obligaciones contractuales. z) [...] Es obligación de EL CONTRATISTA al terminar los trabajos en las cámaras, asegurarse de que todos los cables se encuentren en perfecto estado de hermeticidad. Cuando se ocasione daños a redes existentes o desconexión a abonados por razón de la ejecución de obras, deberá pagar a la empresa una multa equivalente a \$50.00 diarios por cada línea de abonado o por cada par de cable que dañe en los trabajos de la primera semana. Si continúa el daño, en la segunda semana serán \$100.00 y así sucesivamente. [...]"

- En la cláusula 11ª del contrato 3701, relativa a la interventoría, se convino que:

“La interventoría actuará como Representante de LA EMPRESA ante el contratista y por su conducto se tramitarán todas las cuestiones relativas al desarrollo del presente contrato. [...] I) El interventor será responsable porque las obras que se reciban se ajusten a la cantidad y calidad requerida en el contrato. PARÁGRAFO. EL CONTRATISTA se obliga a atender y a cumplir las órdenes que en desarrollo del contrato le imparta el INTERVENTOR. La vigilancia permanente del INTERVENTOR, no implica aprobación definitiva de las obras que se vayan ejecutando, ni exime de responsabilidad a EL CONTRATISTA, de la buena ejecución de las mismas y de la calidad de los materiales que han sido suministrados por el mismo, pues se entiende que la obligación de EL CONTRATISTA es la de entregar las obras debidamente terminadas de conformidad con los planos y especificaciones”.

- En la cláusula 30ª del contrato 3701 se acordó que:

“En el evento de la declaratoria de Caducidad o que se declare el incumplimiento total o parcial del contrato, sin perjuicio de la imposición de multas, LA EMPRESA podrá imponer a EL CONTRATISTA como Cláusula Penal una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato como estimación anticipada de perjuicios. LA EMPRESA podrá hacer efectivo el valor de la Cláusula Penal descontándola de las sumas que adeude a EL CONTRATISTA en desarrollo del contrato o sobre la Garantía Única de que trata la cláusula vigésima octava del mismo”.

- El **3 de julio de 1996**, el supervisor de redes de la interventoría del contrato 3701, Nelson Molan Barbosa, remitió carta de renuncia irrevocable, debido a que, en el desarrollo del contrato, se produjeron anomalías como:

“Trabajos mal realizados por el Contratista y recibidos por el supervisor de Canalizaciones e Interventoría el Sr. FERNANDO MÉNDEZ, tales como Canalizaciones de cámara, cruces de canalización, en una ocasión él me comentó personalmente que no molestara a los Contratistas porque era socio de ellos (el Sr. GUSTAVO VALDERRAMA)”⁴⁷²⁻⁴⁷³.

- El **5 de julio de 1996**, Nelson Molano Barbosa dirigió comunicación a la ETB en la que especificó las direcciones de los trabajos mal realizados que fueron recibidos por el supervisor de canalizaciones y la interventoría. Dijo, además, que la ausencia permanente del interventor, Hans H. Varela, acarrearía traumatismos, y que se había falsificado su firma, así como documentos en nombre suyo⁴⁷⁴.
- El **1º de agosto de 1996**, el representante legal del consorcio JAVP y RYL expresó al Subgerente de Operaciones I de la ETB su “*profunda preocupación por el anunciado cambio de interventoría*”. Al respecto, solicitó que se le informara “[...] *el momento en que operará [...] por haber quedado en firme la resolución que decretó la caducidad [...] y si tal efecto se produce antes del pago total de las obras ejecutadas y de la liquidación final del contrato, que se impartan por usted las instrucciones necesarias para que esa modificación no nos afecte*”⁴⁷⁵.

⁴⁷² Folio 350 del cuaderno 9.

⁴⁷³ Esta es una transcripción literal, los errores, erratas, énfasis y mayúsculas hacen parte del texto original.

⁴⁷⁴ Folios 351 y 352 del cuaderno 9.

⁴⁷⁵ Folios 231 a 234 del cuaderno 2A.

- La ETB dio respuesta a la anterior comunicación, mediante oficio 471.037, en el que manifestó que le sorprendía lo manifestado por el consorcio JAVP y RYL en relación al cambio de interventoría, ya que –afirma– este fue “[...] *el primero en informar [sic] verbal y por escrito [sic] la irregularidades con que venía trabajando el interventor del contrato*”⁴⁷⁶.
- El **20 de septiembre de 1996**, el Director de la División Oriente de la ETB informó al interventor del contrato 3701 que:

“Como complemento al oficio 475381 del 5 de septiembre de 1996, emanado de esta División, hemos recopilado el resultado de chequeos posteriores al 4 de los corrientes efectuado por nuestro personal, de los cuales anexo fotocopias, para su conocimiento y que sirva de base, para saber el estado tan deplorable que presenta la obra a la fecha. Siguen las inconsistencias, de las que anexo fotocopias, como lo demuestran los chequeos de los listados efectuado los días 5 y 6 de septiembre de 1996, correspondiente a los distritos 1108, 1131 y 1143 del Cable 1104 de la central de San Fernando, con el objeto de que el contratista de obra se sirva corregir esos problemas. También en el presente usted encontrará fotocopia de los oficios – informa, en los que detallamos las falencias que presentan los [sic] Cables en el distribuidor de la central, tales como: coronas con cierres provisionales, carecen de conexión a tierra, sin asegurar en el bastidor, sin placa de identificación o con información equivocada [...]”⁴⁷⁷.

- El **24 de octubre de 1996**, representantes de la ETB, el consorcio y el interventor Hans Humberto Varela Ruiz suscribieron el acta de liquidación parcial número 006, con una amortización del anticipo de \$0,00, una retención de \$6'346.164,29, y un valor neto a pagar de \$120'577.121,46. El Director de Operaciones Oriente de la ETB anotó: *“Me reservo el derecho a verificar las cantidades de obra correspondientes a esta acta”*⁴⁷⁸. Aparece además un total de obra liquidada y acumulada de \$1.327'342.660,86⁴⁷⁹.
- El **27 de noviembre de 1996**, el Jefe de la Dirección de Operaciones Oriente de la ETB puso en conocimiento de la Abogada de la Subgerencia de Operaciones I de la empresa, que, con ocasión de las inspecciones realizadas se habían encontrado anomalías en algunas cámaras y que los *minibloques* de 100 pares utilizados, habían sido los rechazados por la ETB, a través del laboratorio de redes⁴⁸⁰.
- El **6 de diciembre de 1996**, el representante legal del consorcio contratista y el interventor del contrato 3701, firmaron el “*ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA*”, en la que, tras especificar las obras recibidas, consignaron que: *“El recibo de las obras a satisfacción por la Interventoría no exonera a el contratista de corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer a consecuencia de instalaciones y materiales defectuosos o por mano de obra deficiente”*⁴⁸¹.
- El **6 de diciembre de 1996**, el Subgerente de Operaciones I de la ETB remitió al representante legal del consorcio el oficio número 513.338, en el que le manifestó que:

“[...] terminada la última prórroga del contrato No. 3701-95, se programó una inspección con personal de ETB tomando al azar algunos cables primarios y las redes de una partición de distrito a nivel secundario,

⁴⁷⁶ Folios 259 a 261 del cuaderno 2A.

⁴⁷⁷ Folio 433 del cuaderno 9.

⁴⁷⁸ Folio 433 del cuaderno 2A.

⁴⁷⁹ Folios 434 a 437 del cuaderno 2A.

⁴⁸⁰ Folios 479 a 481 del cuaderno 9.

⁴⁸¹ Folios 492 y 493 del cuaderno 9.

tomando nota de las anomalías en su recorrido del cual adjunto fotocopia. Sobre el informe se establece que el contratista de obra continuó trabajando luego del último plazo contractual, que utilizó elementos rechazados por la Empresa, razones suficientes para dejar constancia de tales hechos y solicitarle: [...] 2. Al quedar ejecutoriada la caducidad del contrato de interventoría (3711) la empresa asume directamente la liquidación del contrato de obra razón por la cual deben coordinar directamente con la División de Operación Oriente”⁴⁸².

- El **3 de febrero de 1997**, el Director de Operaciones de Oriente de la ETB número informó al representante del consorcio que:

“En este momento con personal técnico de la Empresa, nos encontramos realizando un chequeo en terreno de las carteras secundarias presentadas por la Interventoría contratada a cargo del ingeniero Hans Humberto Varela Ruíz. Hemos encontrado que en sitios marcados con cola de cable telefónico de 4 Mts., en la cartera, no existe en terreno tal cantidad de cable. Se ha constatado la colocación de bloques de armario que fueron rechazados por el Laboratorio de Redes de la Empresa. Han colocado como cable mensajero nuevo, tramos de cable existente. [...] En razón a que se ha encontrado obra no ejecutada y sí liquidada por la Interventoría, le expreso que ésta División se abstiene de aprobar las carteras que fueron elaboradas para fines de pago”⁴⁸³.

- El **4 de febrero de 1997**, el consorcio JAVP y RYL le dio respuesta a la ETB sobre al listado de fallas y anomalías enumeradas en el oficio 005219 de dicha empresa. El contratista señaló que había conformado un grupo cualificado para realizar una verificación conjunta y que, una vez esta se efectuó, se obtuvieron unos resultados que reflejan una “*situación completamente distinta a la sugerida*”⁴⁸⁴.
- El **7 de febrero de 1997**, la ETB le solicitó al contratista que le indicara el funcionario delegado por esta última que firmaría a diario las carteras que se iban realizando y las que se continuaran levantando, “[...] *con el fin de legalizar las mismas para efectos de la liquidación del contrato 3701/952*”⁴⁸⁵.
- El **12 de febrero de 1997**, el Subgerente de Operaciones de la ETB remitió memorando al ingeniero Eslava, con el que le solicitó que descontara del valor total que se adeudaba al consorcio contratista, la suma de \$127’421.993,40 correspondiente a la cláusula penal ordenada mediante Resolución 10.661 del 25 de octubre de 1996⁴⁸⁶.
- El **4 de marzo de 1997**, el Director de la División de Operación Oriente a la Sección de Radicación de Cuentas ordenó que, según Resolución 10661 del 25 de octubre de 1996, se hiciera efectivo el descuento por cláusula penal del contrato 3701, por un monto de \$127’421.993,40, con lo cual, el saldo final a pagar equivaldría a \$50’319.412,97⁴⁸⁷.
- El **23 de junio de 1997**, la ETB firmó el acta de liquidación contable del contrato 3701, en la que manifestó, entre otros: (i) que se declaró la caducidad del contrato mediante Resolución 10.661 de 25 de octubre de 1996, la cual fue confirmada con la resolución número 10.838 de 2 de febrero de 1997; (ii) que el monto de la cláusula penal por caducidad es de \$127’421.993,40, el cual fue descontado en la orden de pago 002256, a

⁴⁸² Folio 142 del cuaderno 2A.

⁴⁸³ Folio 311 del cuaderno 2A.

⁴⁸⁴ Folios 161 a 165 del cuaderno 2A.

⁴⁸⁵ Folio 312 del cuaderno 2A.

⁴⁸⁶ Folio 348 del cuaderno 9.

⁴⁸⁷ Folio 349 del cuaderno 2A.

través de la cual se canceló el acta número 6; (iii) que el consorcio presentó el acta número 7, por un valor de \$71'414.942, y la tercera acta de reajustes, por un monto \$40.485.571.44, la cuales no fueron convalidadas por el interventor; (vi) que, por disposición contractual, la empresa estaba autorizada para descontar el valor de los daños establecidos por la división de operaciones correspondiente; y que, (v) realizado un balance final de los valores del contrato, se encontraba un saldo final de \$270'348.36,54 a favor de la ETB⁴⁸⁸.

- En la **Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997**⁴⁸⁹, por medio de la cual fue liquidado unilateralmente el contrato 3701, la ETB manifestó lo siguiente:

“6.4. El contratista [sic] presento para pago final las siguientes cuentas, sin la convalidación respectiva de la interventoría contratada a cargo del INGENIERO HANS HUMBERTO VARELA RUIZ (Contrato N° 3711/95) y que constituyen cantidades pendientes por pagarles. || Estos valores son:

CONCEPTO	VALOR DEL ACTA
----------	----------------

ACTA N° 07	\$ 72'414.942,00
3° REAJUSTE	\$ 40'485.571,44

TOTAL ACTAS	\$ 111'900.513,44
-------------	-------------------

No estando convalidadas estas actas por la INTERVENTORÍA CONTRATADA, y siendo asumida la misma por la empresa, se hizo un muestreo de unas carteras de cables primarios con personal de esta Dirección. Se encontraron algunas diferencias en las longitudes de cable colocado y en las reservas dejadas. Por esta razón, se decidió a realizar por completo las carteras de los cables primarios; encontrándose de nuevo diferencias en las mediciones.

Con este resultado, la EMPRESA ordenó efectuar chequeo completo de las carteras en terreno, tanto de las redes secundarias como de los registros de canalización. A solicitud de la EMPRESA se convocó al CONTRATISTA DE OBRA a que participara con un funcionario de ellos en los frentes de trabajo que se abrieron para hacer una verificación conjunta.

Como resultado de esta verificación se logró una liquidación completa del contrato [...].

En consecuencia, y una vez hecho el balance final del contrato arroja un saldo a favor de LA EMPRESA de DOSCIENTOS SETENTA MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL PESOS CON 54/100 M/CTE. (\$270'348.363,57). [...]

9. Que según el memorando N° 011615 de 3 de febrero de 1997 adjunto, de la División de Redes Oriente de la Empresa, le solicitó a EL CONTRATISTA, asignar un delegado para verificación de carteras en terreno; es decir de las carteras levantadas conjuntamente por la INTERVENTORÍA CONTRATADA y EL CONTRATISTA DE OBRA. EL CONTRATISTA delegó al señor Julio Romero [...] a quien le dio instrucciones de observar, mas no de firmar las carteras revisadas. Posteriormente, mediante oficio N° 010113 de fecha 12 de [sic] Febrero de 1997, el contratista informó acerca de su desacuerdo de levantar nuevas carteras y por lo tanto no participó en la revisión total de las mismas. En este sentido LA EMPRESA se [sic] vió obligada a realizar con su personal, la verificación completa de las carteras de obra”.

- A través de la **Resolución 11284 de 18 de septiembre de 1997**⁴⁹⁰, la ETB confirmó la Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997 y ordenó modificar el

⁴⁸⁸ Folios 327 a 334 del cuaderno 2A.

⁴⁸⁹ Folio 97 a 108 del cuaderno 2A.

⁴⁹⁰ Folios 109 a 124 del cuaderno 2 A.

artículo segundo de este último acto, en el sentido de indicar que el valor final que el consorcio adeudaba a la ETB era de \$277'383.529,68.

- Mediante la **Resolución 11.552 del 4 de febrero de 1998**⁴⁹¹, la ETB informó que, tras la liquidación unilateral del contrato, se había realizado un cruce de información y se dejó constancia de que no habían sido tenidos en cuenta algunos boletines de reintegro de cable por un valor de \$73'487.818. Por tal razón, se modificó el numeral 1º de la Resolución 11.284 del 18 de septiembre de 1997 y se estableció que el valor real que adeuda el consorcio a la ETB era de \$203'895.71,68

En vista de lo anterior, esta Subsección concluye que, conforme a lo estipulado en el contrato 3701, la interventoría, como representante de la ETB ante el contratista (cl. 11ª), tenía la facultad de suscribir el acta de recibo final, en la que se hiciera constar la entrega y recibo de las obras a satisfacción por parte de la ETB (cl. 2ª, par. 2.4, y cl. 8ª, pars. 4º y 5º). Sin embargo, el mismo contrato prevé que, las actividades de vigilancia y medidas adoptadas por el interventor no eximen al consorcio contratista de responsabilidad por la buena ejecución de las obras objeto del contrato y de su entrega conforme a los planos y especificaciones [cl. 11ª, lit. l), cl. 9ª lit y)]. Aparte, en el contrato 3701 se estipuló que, cuando se presentaran observaciones al recibo de las obras, la ETB no tramitaría las cuentas de cobro, hasta tanto las circunstancias o errores que hubieran dado lugar a las mismas no hubieran sido corregidas por el consorcio contratista (cl. 5ª, par. 2º).

Ahora bien, en el acta de liquidación parcial número 6, suscrita el 24 de octubre de 1996, el Director de Operaciones Oriente de la ETB dejó constancia de que se reservaba el derecho a verificar las cantidades de obra correspondientes a dicha acta. Por otro lado, en el acta de liquidación contable⁴⁹² y en la Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997⁴⁹³, la ETB manifestó que el consorcio había presentado el acta número 7, por un valor de \$71'414.942, y la tercera acta de reajustes, por un monto \$40.485.571.44, la cuales no habían sido convalidadas por el interventor⁴⁹⁴, lo que se acreditó en este autos⁴⁹⁵. En consecuencia, el pago de estas últimas sumas no era procedente, ya que no cumplía con las exigencias previstas en el literal a) de la cláusula 5ª del contrato 3701, previamente citado.

Adicionalmente, en el "ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA", suscrita el 6 de diciembre de 1996 por el representante legal del consorcio contratista y el interventor del contrato 3701, se anotó que: *"El recibo de las obras a satisfacción por la Interventoría no exonera a el contratista de corregir los defectos o cualquier daño que pudiera aparecer a consecuencia de instalaciones y materiales defectuosos o por mano de obra deficiente"*⁴⁹⁶.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que se habían formulado observaciones al recibo de las obras desde el acta de liquidación parcial número 6, por lo que, conforme al parágrafo 2º de la cláusula 5ª del contrato 3701, el trámite de las cuentas de cobro procedía únicamente cuando las circunstancias o errores que hubieran dado lugar a las mismas hubieran sido corregidas por el consorcio contratista.

⁴⁹¹ Folios 143 a 147 del cuaderno 2A.

⁴⁹² Folios 327 a 334 del cuaderno 2A.

⁴⁹³ Folio 97 a 108 del cuaderno 2A.

⁴⁹⁴ Folios 327 a 334 del cuaderno 2A.

⁴⁹⁵ Folios 79 a 88 del cuaderno 7, 82 a 90 del cuaderno 8.

⁴⁹⁶ Folios 492 y 493 del cuaderno 9.

Esta Subsección considera que, por lo manifestado por el supervisor de redes de la interventoría del contrato 3701, Nelson Molano Barbosa, desde julio de 1996 existían razones para suponer que se habían recibido trabajos que no cumplían con las especificaciones contractuales⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸. Esto llevó a que, en agosto de la misma anualidad, la ETB le informara al contratista que era posible que se presentara un cambio de interventoría⁴⁹⁹⁻⁵⁰⁰. Luego, en septiembre del mismo año, el personal de la ETB realizó chequeos directos a las obras del contrato 3701, en los que se evidenciaron inconsistencias que fueron comunicadas a la interventoría⁵⁰¹. Posteriormente, se encontraron más anomalías en las obras que habían sido aprobadas por la interventoría⁵⁰², lo que llevó a que, el 6 de diciembre de 1996, la ETB comunicara al consorcio que programaría una inspección a las redes primarias y secundarias, y que, al haberse decretado la caducidad del contrato de interventoría, la empresa asumiría directamente la liquidación del contrato⁵⁰³. Como resultado de tales chequeos, en febrero de 1997, la ETB encontró, entre otros, que se había aprobado la colocación de un cable que no había sido instalado, así como la colocación de un cable nuevo, pese a que se había instalado cable existente, por lo que no serían aprobadas las cuentas presentadas⁵⁰⁴. Para realizar dichas constataciones, la ETB le solicitó al contratista que le indicara el funcionario delegado por esta última que firmaría a diario las carteras que se iban realizando y las que se continuaran levantando⁵⁰⁵. Pero, como lo señala el dictamen del perito Walter Celis Vargas: *“El delegado del contratista estuvo en algunas carteras de cables primarios y en otras de redes secundarias. En lo referente a canalizaciones no se presentó el delegado del contratista”*⁵⁰⁶. Todo lo anterior, llevó a que, finalmente, no fuera tenida en cuenta el acta de liquidación número 7, en lo que coincide esta Subsección con lo afirmado por el perito Celis Vargas⁵⁰⁷.

Queda así acreditado que, en los términos del contrato 3701, la ETB tenía la facultad de constatar que las obras objeto de dicho negocio jurídico hubieran sido ejecutadas y terminadas conforme a los planos y especificaciones contractuales. Así procedió dicha empresa, la cual además promovió la participación del

⁴⁹⁷ Folio 350 del cuaderno 9.

⁴⁹⁸ Folios 351 y 352 del cuaderno 9.

⁴⁹⁹ Folios 231 a 234 del cuaderno 2A.

⁵⁰⁰ Folios 259 a 261 del cuaderno 2A.

⁵⁰¹ Folio 433 del cuaderno 9.

⁵⁰² Folios 479 a 481 del cuaderno 9.

⁵⁰³ Folio 142 del cuaderno 2A.

⁵⁰⁴ Folio 311 del cuaderno 2A.

⁵⁰⁵ Folio 312 del cuaderno 2A.

⁵⁰⁶ Folios 1 a 17 del cuaderno 8.

⁵⁰⁷ Al respecto, el perito Celis Vargas manifestó que: *“En la resolución 11133, numeral 6-4 se dice que el contratista presentó para pago final las siguientes cuentas: [...] Estas cuentas no tienen la convalidación respectiva de la interventoría contratada a cargo del Ingeniero Hans Humberto Varela Ruíz [...]. No estando convalidadas estas actas por la interventoría contratada y siendo asumida esta por la empresa, la empresa realiza un muestreo de cartera de cables primarios, encontrando algunas diferencias en las longitudes de cable colocado y en las reservas dejadas. Al encontrar este resultado la empresa ordena efectuar un chequeo completo de las carteras en terreno, convocando al contratista de obra para que participara en este medición conjunta. El delegado del contratista estuvo en algunas carteras de cables primarios y en otras de redes secundarias. En lo referente a canalizaciones no se presentó el delegado del contratista. DEL RESULTADO DE ESTA VERIFICACIÓN COMPLETA SE LOGRÓ UNA LIQUIDACIÓN COMPLETA DEL CONTRATO. [...] CONCLUSIÓN: Cuando la empresa efectúa las mediciones y encuentra inconsistencias al recibo de la obra, la empresa no tramita la respectivas cuentas de cobro hasta tanto las circunstancias o errores que dieron origen a las mismas sean corregidas por el contratista y recibidas a satisfacción de la empresa, sin que haya lugar a reclamación por parte del contratista (cláusula quinta. Parágrafo segundo, del contrato 3701). Esta es la razón por la cual no se tiene en cuenta el acta número 07 en la liquidación, pero hay que tener presente que en la misma resolución 11133, esta acta constituye una cantidad pendiente por pagar [...]. En el acta de liquidación unilateral del contrato 3701, además de determinarse la medida total de la obra, se incluye la totalidad de los reajustes, el reconocimiento de la devolución de retención por garantía, el valor total del anticipo, menos el valor total de las 6 actas pagadas, incluido el anticipo y su amortización. Esto se puede observar en los respectivos cuadros de la resolución No. 11133 [...]”*. Folios 1 a 17 del cuaderno 8.

contratista en la constatación y, al encontrar que las obras no correspondían a lo señalado por la interventoría, liquidó unilateralmente el contrato 3701, conforme a los resultados de su verificación. De esta forma, cabe añadir, la ETB ejerció su deber y derecho de exigir al contratista la ejecución idónea del objeto del contrato, y adelantar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, para verificar que estas cumplieran las condiciones de calidad ofrecidas por el contratista, conforme a los principios de economía⁵⁰⁸, eficiencia⁵⁰⁹ y responsabilidad⁵¹⁰⁻⁵¹¹.

Por lo tanto, la Sala desestimaré el cargo bajo examen, en lo que respecta al supuesto levantamiento de carteras inconsultas para liquidar las obras llevadas a cabo por el contratista, sin tener en cuenta las actas aprobadas por la interventoría.

Por otro lado, la recurrente reprochó que la ETB hubiera descontado el valor de la cláusula penal pecuniaria, *“abrogándose las facultades de juez contractual”*. Al respecto, la Sala pone de presente que, conforme a la cláusula 30ª del contrato 3701, arriba trascrita, la ETB tenía la facultad de hacer efectiva la cláusula penal, *“[...] equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato como estimación anticipada de perjuicios [...]”*⁵¹², descontándola de las sumas adeudadas al consorcio contratista. Dicho descuento equivale a una compensación de obligaciones dinerarias, la cual –como se estableció anteriormente– *“opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores”*, ante la coexistencia de deudas recíprocas dinerarias, líquidas y exigibles⁵¹³.

Según el artículo 1592 del Código Civil:

⁵⁰⁸ “Este principio orientado [...] tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15324.

⁵⁰⁹ “Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios”. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-826 de 2013.

⁵¹⁰ “Como puede apreciarse este principio apunta a que los sujetos que intervienen en la actividad contractual (Estado, servidores y contratistas) actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

⁵¹¹ “El artículo 26 de la Ley 80 de 1993, consagra otro vital principio de la actividad contractual, en virtud del cual, se prevé buena parte de la responsabilidad, tanto de los servidores públicos⁵¹¹ como de los contratistas, por las actuaciones u omisiones antijurídicas que desplieguen o dejen de hacer, según el caso, en asuntos de índole contractual, al tiempo que les impone el deber de indemnizar los daños que ocasionen con ellas. || Entre las reglas previstas por esta norma se subraya el deber en que se encuentran los servidores públicos de cumplir a cabalidad con los fines de la contratación y vigilar la correcta ejecución del contrato para proteger los derechos de la entidad, los del contratista colaborador de aquella y los de terceros que pueden verse afectados con su ejecución”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15324.

⁵¹² Folio 91 (reverso) del cuaderno 2 A.

⁵¹³ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1715. Operancia de la compensación. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: || 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. || 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y || 3.) Que ambas sean actualmente exigibles. || Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”.

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Con la cláusula penal surge así una obligación accesoria⁵¹⁴ sujeta a condición suspensiva⁵¹⁵, lo que, en el negocio jurídico referido, se concreta en la obligación del contratista de pagar el equivalente al 10% del valor total del contrato, en caso de que se declare la caducidad o el incumplimiento total o parcial del consorcio JAVP y RYL. Su función, en los términos de la cláusula 30ª del contrato 3701, consiste en estimar de forma anticipada los efectos de dicha declaración de caducidad o incumplimiento.

Según el artículo 1715 del Código Civil,

“La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”.

En este caso, al efectuar el descuento controvertido por la actora, la ETB compensó su obligación de pagar el precio convenido en el contrato 3701 de 1995 (pactado en sus cláusulas 3ª, 4ª, 5ª y 10ª) con la obligación del consorcio JAVP y RYL de pagar el equivalente al 10% del valor total del contrato mencionado, en caso de incumplimiento o caducidad (prevista en la cláusula 30ª). Se compensaron así, en primer lugar, obligaciones dinerarias.

Para que una deuda sea líquida debe estar determinada su cuantía. Esto, sin embargo, no implica que su monto tenga que estar determinado en un guarismo fijo, bastando con que éste pueda liquidarse con una “*operación matemática, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas*”, de acuerdo con el artículo 491 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 424 del Código General del Proceso. En este caso, la obligación de la ETB de pagar el precio del contrato había sido liquidadas en las actas de recibo parcial 1 a 6, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas 3ª, 4ª y 5ª del contrato 3701 de 1995. La obligación del consorcio JAVP y RYL de pagar el equivalente al 10% del valor total del contrato mencionado era evidentemente liquidable, ya que el monto total del contrato, del cual únicamente había que extraer un porcentaje determinado, estaba definido expresamente en la cláusula 3ª del contrato 3701 en \$1.274'219.934. Se compensaron así, en segundo lugar, obligaciones claramente liquidables.

Por regla general, una obligación “*es actualmente exigible en cuando es cierta y además no está sujeta a condición ni a plazo suspensivo*” y se considera “*cierta cuando su existencia no es dudosa, como cuando consta en documento que*

⁵¹⁴ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1499. Contrato principal y accesorio. El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

⁵¹⁵ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1530. Definición de obligaciones condicionales. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. [...] Artículo 1536. Condición suspensiva y resolutoria. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

proviene del deudor”⁵¹⁶. La obligación de la ETB de pagar el precio del contrato 3701 constaba en dicho contrato. Por lo tanto, dicha obligación es cierta. Aparte, las condiciones para que se produjeran los pagos se definían en la cláusula 5ª del contrato referido. Por ende, de acuerdo con el artículo 1542 del Código Civil⁵¹⁷, su exigibilidad estaba sujeta al cumplimiento de dichas condiciones, lo que se verifica con las actas de recibo parcial 1 a 6.

Por otra parte, con la cláusula penal surge una obligación condicional suspensiva –como quedó establecido– por lo que su exigencia se somete al acaecimiento de dicha condición, lo que en, el *sub lite*, ocurre en con la declaratoria de caducidad del contrato.

Pues bien, en la Resolución 11.133 de 1997 consta lo siguiente:

“3. Que durante la ejecución de las obras, LA EMPRESA declaró [la] caducidad del contrato mediante las siguientes resoluciones [...]:

3.1.- Con resolución N° 106611 (25 de Octubre de 1996) declara CADUCIDAD.

3.2.- Con resolución N° 10838 (3 de febrero de 1997) se resuelve el recurso de reposición contra la resolución del numeral 3.1, confirmándola en todas su partes y dejándola en firma. [...] El valor de la cláusula penal por CADUCIDAD es el 10% del valor inicial de[l] contrato; es decir, la suma de \$127'421.993,40 a descontarle al contratista las [sic] Actas de obra N° 6 y la SEGUNDA DE REAJUSTE DE PRECIOS”⁵¹⁸.

La declaración de caducidad del contrato 3701 de 1995, es así un hecho acreditado en el proceso, cuya ocurrencia y validez, por demás, no es discutida por las partes del *sub judice*. Siendo ello así, la Sala concluye que, en este caso, se compensaron obligaciones exigibles.

En consecuencia, al descontar el monto de la cláusula penal, la ETB hizo efectiva la compensación de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, la cual –según el artículo 1715 del Código Civil– opera por el sólo ministerio de la ley. Dicho descuento, por lo tanto, es válido, por lo que las alegaciones de la recurrente, en este aspecto, no están llamadas a prosperar.

En consecuencia, esta Subsección negará este cargo en su integridad.

3.8.6. Incumplimiento en el pago oportuno de cuentas.

El consorcio argumentó que sí hubo retardo por parte de la ETB en el pago de las obras construidas, con sus respectivos reajustes y del anticipo, por lo que hay lugar al cobro de intereses moratorios sobre los valores de cada una de las cuentas. En línea con lo argumentado con respecto a la terminación unilateral del contrato 3699, manifestó que *“el pago se debió hacer con base en cortes mensuales de la cantidad de obra ejecutada y no sobre la presentación de la cuenta”*. Teniendo asimismo que la cláusula 7ª del contrato 3701 estableció unos intereses de mora equivalentes a la tasa DTF vigente a la fecha programada para el pago del saldo en mora, la actora calculó que suma de la mora en que incurrió la empresa ascendió a \$94'381.018,04, los cuales corresponden a los seis (6)

⁵¹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª edición, Temis, Bogotá, 2001, p. 426.

⁵¹⁷ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1542. Exigibilidad de la obligación condicional. No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente. || Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

⁵¹⁸ Folio 102 del cuaderno 2 A.

cortes mensuales de obra ejecutados entre el 6 de diciembre de 1995 y el 3 de mayo de 1996. En relación con el anticipo –señala– el monto de los intereses moratorios asciende a \$25'792.071,38.

El impugnante consideró asimismo vulnerado el principio de economía de las actuaciones administrativas, que conlleva una carga de seriedad de la administración en el periodo de formación del contrato, debido a la demora en la suscripción del contrato 3701.

En todo caso, la Sala recalca que –como indicó en el análisis de los cargos relacionados con el contrato 3699– la parte impugnante alega que se le ocasionó un daño como resultado de un incumplimiento contractual por parte de la ETB, consistente en la omisión del pago de los intereses pactados en la cláusula séptima del contrato 3699. En consecuencia, este cargo se analizará a acuerdo con las reglas de responsabilidad civil contractual, previamente referidas.

La Sala recuerda que –como lo manifestó anteriormente–, según el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, se entienden incorporadas a los contratos las leyes vigentes al momento de su celebración, salvo las relativas al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato y las establezcan penas para el caso de infracción de lo estipulado. El contrato 3701 fue suscrito el 13 de octubre de 1995; mientras, el Decreto-Ley 2150 de 1995 entró a regir a partir del 5 de diciembre de dicho año (art. 152). En consecuencia, lo allí establecido no se aplica al contrato 3701 de 1995.

Por otra parte, en la cláusula 5ª del contrato 3701 se estipuló que los pagos se realizarían de la siguiente manera:

“LA EMPRESA pagará a el Contratista el valor del presente contrato así: a) El noventa y cinco por ciento (95%) con base en cortes mensuales sobre la medición y cómputo por obra ejecutada sobre cada cuenta que presente EL CONTRATISTA de tramos de canalización y cámaras asociadas totalmente terminadas que estén contemplados en las obras de canalización y cables y distritos totalmente terminados, lo cual deberá comprobar y aprobar el interventor, obra que deberá cumplir con las especificaciones y medidas prescritas y contar con la aceptación del Interventor, todo lo cual deberá constar en un Acta de Recibo Parcial suscrita por el Interventor y EL CONTRATISTA, documento que se acompañará a la cuenta de cobro o sobre canalizaciones, distritos y/o cables parcialmente ejecutados que no se hayan terminado por causas imputables a LA EMPRESA y aceptadas por la Interventoría en la respectiva acta de recibo parcial. Las cuentas se cancelarán dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su radicación en la tesorería de LA EMPRESA. [...] PARÁGRAFO SEGUNDO: Si al recibo de las obras se encontraran observaciones, LA EMPRESA no tramitará las respectivas cuentas de cobro hasta tanto las circunstancias o errores que dieron origen a las mismas no sean corregidas por EL CONTRATISTA y recibidas a satisfacción de LA EMPRESA, sin que haya lugar a reclamación por parte de EL CONTRATISTA”.

Lo anterior no contradice lo previsto en los apartados 3.11.2 y 3.11.3 del pliego de condiciones, en los que se definieron las reglas generales de los pagos⁵¹⁹, sino

⁵¹⁹ “3.11.2. El pago de las obras de contrato para cada uno de los grupos se hará por medio de liquidaciones mensuales aplicando los valores unitarios totales estipulados en el contrato a las cantidades de obra ejecutadas y aprobadas durante el mes correspondiente a la cuenta. También se tendrán en cuenta los valores que por concepto de reajustes se causen de acuerdo con las fórmulas de reajustes estipuladas en el numeral 3.8.1. || 3.11.3. Para efectos de la liquidación de cuentas los valores unitarios totales y reajustes de precios correspondientes consignados en estos contratos se aplicarán durante el plazo de ejecución de las obras y el pago de las obras se hará por actas parciales de obra ejecutada durante el mes considerado”. Folio 52 del cuaderno 3 A.

que viene a concretar los requisitos formales y el procedimiento que debe seguirse para los pagos derivados del contrato 3701 de 1995.

De acuerdo con la referida cláusula, la ETB se obligaba a pagar el valor de las liquidaciones parciales de obra, dentro de los treinta (30) días calendario contados a partir de la fecha de radicación de la cuenta de cobro respectiva en la Tesorería de la Empresa, acompañada del acta de recibo parcial correspondiente.

Ahora bien, en el dictamen presentado el 23 de marzo de 2004 por el perito Walter Celis Vargas⁵²⁰, este manifestó que:

“En el expediente se encuentran siete actas de liquidación, de estas siete actas de liquidación, el acta de liquidación No. 007 no aparece firmada por el interventor, y no aparece la orden de pago correspondiente a la mencionada acta.

El acta de pago No. 006 [sic] esta liquidada, pero no aparece la respectiva orden de pago.

En las demás actas de liquidación, el sello correspondiente a la fecha de pago no aparece legible. Tomando la información legible que aparece en las actas de liquidación y las correspondientes órdenes de pago se pudieron establecer las siguientes fechas:

Acta de liquidación No. 001 elaborada 17 de febrero de 1996 orden de pago marzo 07/96.

Acta de liquidación No. 002 elaborada 16 de abril 1996 orden de pago mayo 10/96.

Acta de liquidación No. 003 elaborada 03 de junio de 1996 orden de pago junio 21/96.

Acta de liquidación No. 004 elaborada 21 de junio de 1996 orden de julio 9/96.

Acta de liquidación No. 005 elaborada 03 de septiembre de 1996 orden de pago nov. 8/96.

Acta de liquidación No. 006 elaborada 24 de octubre de 1996 no aparece orden de pago.

Acta de liquidación No. 007 elaborada 15 de enero de 1997 no aparece firmada por el interventor.

[...]

Teniendo en cuenta las fechas de elaboración de las actas de liquidación y el correspondiente pago se puede observar que sí hubo mora en el pago correspondiente al acta No. 005.

Cuando esta situación se presenta, el contratista debe elaborar una factura para el reconocimiento de esos intereses de mora máximo dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, labor que ha debido realizar el contratista”.

Esta Sala cotejó lo dicho en el dictamen anterior con la documentación allegada al expediente y la que se fue tomada en cuenta en la elaboración de esta experticia. A partir de lo anterior, constató lo siguiente:

- El **acta de liquidación parcial número 01** tiene fecha del 17 de febrero de 1996⁵²¹ y orden de pago del 4 marzo de 1996⁵²².
- El **acta de liquidación parcial número 02** tiene fecha del 16 de abril de 1996⁵²³ y orden de pago del 10 de mayo de 1996⁵²⁴.
- El **acta de liquidación parcial número 03** tiene fecha del 3 de junio de 1996⁵²⁵ y orden de pago del 11 de julio de 1996⁵²⁶.

⁵²⁰ Folios 1 a 17 del cuaderno 8.

⁵²¹ Folios 393 a 395 del cuaderno 2A

⁵²² Folio 27 del cuaderno 8.

⁵²³ Folios 396 a 398 del cuaderno 2A

⁵²⁴ Folio 399 del cuaderno 2A.

⁵²⁵ Folios 400 a 402 del cuaderno 2A.

⁵²⁶ Folio 34 del cuaderno 8.

- El **acta de liquidación parcial número 04** tiene fecha del 21 de junio de 1996⁵²⁷ y orden de pago del 2 de agosto de 1996⁵²⁸.
- La **primera acta de reajuste parcial de precios de actas de liquidación No. 01 y 02**, fechada el 13 de junio de 1996⁵²⁹ y orden de pago del 26 de junio de 1996⁵³⁰.
- La **segunda acta de reajuste parcial de precios de actas de liquidación No. 01, 02, 03, 04 y 05** tiene fecha del 2 de octubre de 1996⁵³¹ y no se encuentra la orden de pago.
- El **acta de liquidación parcial número 05** tiene fecha del 3 de septiembre de 1996⁵³² y orden de pago del 6 de noviembre de 1996⁵³³.
- El **acta de liquidación parcial número 06**, en la que el Director de Operaciones Oriente de la ETB anotó “[m]e reservo el derecho a verificar las cantidades de obra correspondientes a esta acta”⁵³⁴, tiene fecha del el 24 de octubre de 1996⁵³⁵ y no se aportó la orden de pago.
- El **acta de liquidación parcial número 07**, sin firma de la ETB, tiene fecha de liquidación del 15 de enero de 1997⁵³⁶ y no se allegó orden de pago.

En el *sub lite* no se acreditó la fecha en la que fueron efectivamente pagadas las anteriores actas de liquidación. Por ende, la Sala tomará la fecha de emisión de las órdenes de pago, como el momento hasta el cual se contabilizará la mora de la ETB, ya que es evidente que la cancelación de las actas correspondientes no pudo efectuarse antes; por otra parte, tomar una fecha posterior, sin que esta hubiera sido demostrada, daría lugar a un enriquecimiento sin justa causa por parte del demandante.

Además, no se aportó orden de pago de la segunda acta de reajuste parcial de precios a las actas de liquidación No. 01, 02, 03, 04 y 05 del 2 de octubre de 1996. No obstante, en la Resolución 11.113 de 1997, con la cual se liquidó unilateralmente el contrato 3701, consta que en el balance final se tuvo en cuenta un “[v]alor total de los reajustes de precios de la obra” dentro de las “[c]antidades a favor del contratista”, por un monto \$218’918.910,27. Por otra parte, en la primera acta de reajuste parcial de precios, firmada el 13 de junio de 1996, consta que el valor de reajuste parcial de las actas de liquidación número 1 y 2 ascendía a \$52’533.959,49; mientras en la segunda acta de reajuste parcial, firmada el 2 de octubre de 1996, se estableció que el valor a pagar era de \$57’164.284,93. Esta Colegiatura infiere así, que al haberse reconocido, en la liquidación del contrato 3701, un monto de \$218’918.910,27 a favor del contratista por concepto del valor total de reajustes, en el acto administrativo de liquidación fueron cancelados todos los reajustes que se produjeron en la ejecución del contrato 3701. En consecuencia, la fecha en que fue emitida la Resolución 11.113 de 1997 será tomada por esta Corporación como el momento en el cual se pagó la segunda acta de reajuste parcial.

Por último, cabe recordar que la ETB presentó observaciones al acta de liquidación parcial número 6 y el acta de liquidación parcial número 7 no fue suscrita por la interventoría, entonces a cargo de la ETB. Como se expuso

⁵²⁷ Folios 403 a 4011 del cuaderno 2A.

⁵²⁸ Folio 44 del cuaderno 8.

⁵²⁹ Folios 422 a 427 del cuaderno 2A.

⁵³⁰ Folio 428 del cuaderno 2A.

⁵³¹ Folios 429 a 432 del cuaderno 2A.

⁵³² Folios 413 a 420 del cuaderno 2A.

⁵³³ Folio 421 del cuaderno 2A.

⁵³⁴ Folios 433 a 437 del cuaderno 2A.

⁵³⁵ Folios 413 a 420 del cuaderno 2A.

⁵³⁶ Folios 441 a 449 del cuaderno 2A.

anteriormente, la empresa accionada tenía la facultad contractual, así como el derecho y el deber legal de verificar que las obras del contrato 3701 hubieran sido entregadas conforme a los planos y las especificaciones contractuales, y, según el parágrafo 2º de la cláusula 5ª, cuando se presentaran observaciones al recibo de las obras, la ETB no tramitaría las cuentas de cobro, hasta tanto las circunstancias o errores que hubieran dado lugar a las mismas no hubieran sido corregidas por el consorcio contratista. En consecuencia, la ETB no se encontraba en mora en el pago de las actas de liquidación parcial número 6 y 7, ya que su pago no era exigible.

En este orden de ideas, la mora en el pago de las actas del contrato 3701 es la que se muestra en la siguiente tabla.

NÚMERO DEL ACTA	DÍAS DE MORA
1	0
2	0
3	8
4	12
Primera acta de reajuste	0
Segunda acta de reajuste	275
5	33

Sobre la procedencia y pago de intereses de mora por pago inoportuno, en la cláusula 7ª se estipuló lo siguiente:

“INTERESES DE MORA: LA EMPRESA reconocerá intereses de mora sobre las sumas no canceladas oportunamente a EL CONTRATISTA, por causas no imputables a él, equivalentes a la tasa DTF vigente en la fecha programada para dicho pago, sobre el [sic] sado en mora. Se cancelaran los intereses de mora dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la aceptación por parte de LA EMPRESA de la respectivas cuentas de cobro, las cuales deberán ser presentadas por EL CONTRATISTA máximo dentro de los treinta días calendario siguientes a la fecha en que LA EMPRESA cancele el monto que se encontraba en mora.

Ahora bien, conforme a las consideraciones previamente expuestas, el contrato 3701 de 1995 no se rige por el Decreto-Ley 2150 de 1995. Por lo tanto, la exigencia contractual de radicación de cuenta de cobro se mantuvo plenamente vigente durante los períodos de ejecución y liquidación de dicho negocio jurídico. Siendo ello así, el consorcio contratista debió haber elaborado cuanta de cobro o facturas para el reconocimiento de y cancelación de los intereses de mora, máximo, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en la que la ETB había cancelado las sumas cuyo pago se encontraba en mora, como lo manifestó el perito Walter Celis Vargas. Esto, sin embargo, no se acreditó en este proceso. En consecuencia, no es procedente el pago de intereses de mora por pagos tardíos, ya que estos no llegaron a hacerse exigibles.

Con respecto al pago del anticipo, en la cláusula 6ª del contrato 3701 de 1995 se convino que:

“LA EMPRESA reconocerá y pagará A EL CONTRATISTA un anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del cobro en la Sección de Radicación de Cuentas, acompañada de la copia del programa de inversión del anticipo aprobado por el Interventor o el Director de División correspondiente. La cuenta de cobro deberá radicarse dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la aprobación del Programa de Inversión. La empresa cancelará el anticipo dentro de los treinta (30)

días calendario siguientes a la radicación de la cuenta, previa aprobación de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo”.

Pues bien, en el proceso se acreditó que la cuenta de cobro para el pago del anticipo del contrato 3701 fue radicada el siete (7) de diciembre de 1995⁵³⁷ y ese mismo día fue pagada⁵³⁸, en lo que esta Colegiatura coincide con lo afirmado por el auxiliar de la justicia Walter Enrique Celis Vargas. Por ende, la ETB no incurrió en mora en el pago del anticipo del contrato 3701.

Conforme a lo anterior, la Sala desestimaré este cargo.

3.9. Perjuicios

3.9.1. Derivados de la ejecución de las obras de reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala

El 2 de abril de 1996, delegados de la ETB, la interventoría y el contratista firmaron un acta especial, en la que se dejó constancia de que: “7. *Las reparaciones [en la vía de acceso al barrio La Fiscala] cumplidas por el contratista valoradas a precios del Contrato 3699 – 95 tuvieron un valor de \$55’150.201*”⁵³⁹. Esta cifra, sin embargo, supera lo solicitado por la parte actora como costo asumido por las obras ejecutadas en el acceso al barrio La Fiscala, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 305 del CPC⁵⁴⁰, la Sala tomará el valor de la demanda para el cálculo de los perjuicios, el cual fue tasado en \$52’700.663,80. Esta suma será actualizada, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Valor actual} = \text{Valor histórico} \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

$$\text{Valor actual} = \$52'700.663,80 \times \frac{141,70071}{34,68176}$$

$$\text{Valor actual} = \$52'700.663,80 \times 4,08574$$

$$\text{Valor actual} = \$215'321.210$$

3.9.2. Derivados de la ejecución del descuento por lucro cesante en la liquidación del contrato 3701 de 1995

En la Resolución 11.133 de 4 de julio de 1997 se descontó al consorcio contratista \$35’940.000,00, por concepto de “[v]alor lucro cesante de los 35 daños ocasionados”⁵⁴¹, con lo que la entidad demandada incurrió en un incumplimiento contractual, por lo que, como se manifestó anteriormente, la Sala procederá a ordenar que se indemnice el detrimento patrimonial ocasionado a la actora. En consecuencia, dicha cifra será actualizada, de acuerdo a la fórmula anterior, de la siguiente manera:

$$\text{Valor actual} = \$35'940.000 \times \frac{141,70071}{34,68176}$$

⁵³⁷ Folio 19 del cuaderno 8.

⁵³⁸ Folio 20 del cuaderno 8.

⁵³⁹ Folios 104 y 105 del cuaderno de pruebas número 2. Folios 117 y 118 del cuaderno 8. Expediente acumulado 1999-1988.

⁵⁴⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 305. Congruencias. [...] No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”.

⁵⁴¹ Folios 97 a 108 del cuaderno 2A.

34,68176

Valor actual = \$35'940.000 x 4,08574

Valor actual = **\$146'841.495**

3.13. Condena en costas.

No hay condena en costas, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se vislumbra que se hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: Revocar la sentencia del treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, y, en su lugar, disponer lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que, al negar el reconocimiento y pago de los gastos en que incurrió el consorcio conformado por R. y L. LTDA. y Jorge Ariel Velosa Peñarete con la reparación de la vía de acceso al barrio La Fiscala, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (ETB) incumplió la obligación estipulada en el literal c-1) de la cláusula novena (9ª) del contrato 3699 de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (ETB) al pago de doscientos quince millones trescientos veintiún mil doscientos diez pesos (\$215'321.210) a favor de la sociedad R. Y L. LTDA. y de Jorge Ariel Velosa Peñarete, por el del emergente ocasionado con el incumplimiento de la obligación de la ETB estipulada en el literal c-1) de la cláusula novena (9ª) del contrato 3699 de 1995.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda 1999-1988.

CUARTO: DECLARAR que, al descontar el lucro cesante en la liquidación del contrato 3701, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. incumplió la cláusula quinta (5ª) del contrato 3701 de 1995 en el que incurrió la ETB.

|

QUINTO: CONDENAR a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (ETB) al pago de ciento cuarenta y seis millones ochocientos cuarenta y un mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$146'841.495) a favor de la sociedad R. Y L. LTDA. y de Jorge Ariel Velosa Peñarete, por el del daño emergente ocasionado con el incumplimiento de la cláusula quinta (5ª) del contrato 3701 de 1995.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda 1999-2344.

CUARTO: RECONÓZCASE al doctor Jorge Julián Baracaldo Mosquera, como apoderado sustituto de la sociedad demandante, en los términos y para los efectos a que alude la sustitución presentada⁵⁴².

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

JAIME ENRÍQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Aclaración de voto

542 Folio 820: C. 2ª instancia.