

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - No condena

NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

SÍNTESIS DEL CASO: Entre el consorcio Jorge Ariel Velosa Peñarete y R y L Ltda. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB-S.A., se celebró el contrato de obra No. 3702, con el objeto de adelantar, bajo el sistema de precios unitarios, la construcción de “Canalizaciones y Redes Telefónicas Primarias y Secundarias en las ampliaciones generales de la Central Telefónica de Puente Aranda”, en la ciudad de Bogotá. Durante su ejecución se presentaron sobrecostos y pérdidas por una supuesta demora en la entrega del anticipo y una mayor permanencia de obra, generando, presuntamente, para el contratista un desequilibrio económico del contrato y el rompimiento de la ecuación contractual.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER EN SEGUNDA INSTANCIA DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Por la naturaleza del asunto / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER EN SEGUNDA INSTANCIA DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Factor cuantía

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación (...) la competencia para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales recae en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...) la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. (...) en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la declaratoria de nulidad del acto que liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública No. 3702, contenido en la Resolución No. 11208 del 14 de agosto de 1997, y la del acto que lo confirmó por vía de reposición, vertido en la Resolución No. 11313 del 2 de octubre de 1997; decisiones que fueron emitidas por la entidad contratante, Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. –ETB-. Es de advertir que, para la época en que fueron proferidos los actos acusados, la indicada entidad estaba constituida como establecimiento público descentralizado del orden distrital, de conformidad con el Acuerdo N° 72 de 1967, emitido por el Concejo Distrital de Bogotá. Por tanto, huelga concluir que la presente controversia recae sobre la actividad contractual y los actos proferidos, en su momento, por una entidad de carácter estatal. Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia. También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$211'509.479,54, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$118'230.000), exigida en la Ley (...) para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 75 / LEY 446 DE 1998 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 82 / LEY 954 DE 2005

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

El presente debate versa sobre la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se adoptó y se confirmó la liquidación unilateral del Contrato de Obra No. 3702 del 13 de octubre de 1995, celebrado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -ETB y el consorcio *R y L Ltda. y Jorge Ariel Velosa Peñarete*, así como sobre la pretendida ruptura del equilibrio económico de dicho negocio jurídico (...) el negocio jurídico bajo examen se gobernó por las normas de la Ley 80 de 1993, cuestión que determina su sujeción a la regla prevista en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente antes de la Ley 446 de 1998. (...) para el período transcurrido entre agosto y octubre de 1997 –época en que fueron proferidos los actos administrativos enjuiciados-, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo aún no había sido modificado por la Ley 446 de 1998, razón por la cual el término respectivo de caducidad comenzó a correr bajo la vigencia de la disposición normativa (...) en el presente caso, la liquidación unilateral del contrato de obra N° 3702 del 13 de octubre de 1995 –y en la cual recae la controversia- fue adoptada por la ETB mediante Resolución N° 11208 del 14 de agosto de 1997, acto administrativo que fue confirmado, en sede de recurso de reposición, a través de la Resolución N° 11313 del 2 de octubre de 1997. En el proceso no obra constancia de la ejecutoria de tales decisiones, como tampoco la prueba de su notificación. Sin embargo, hay lugar a concluir que la acción de la referencia fue instaurada oportunamente, puesto que la demanda fue presentada el 30 de septiembre de 1999, vale decir, antes de los dos años contados a partir del 2 de octubre de 1997, fecha en la cual, se reitera, fue expedida la Resolución N° 11313, contra la cual ya no procedía recurso alguno. Así pues, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 87 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 / LEY 80 DE 1993 / LEY 446 DE 1998

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE CONSORCIO CONTRATISTA - Probada / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE ENTIDAD CONTRATANTE - Probada

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad *R y L Ltda.* y al señor *Jorge Ariel Velosa Peñarete* para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros del consorcio contratista dentro del negocio jurídico No. 3702 de 1995, en cuyo desarrollo se produjo la supuesta ruptura del equilibrio económico que constituye la materia de reclamación y el cual fue liquidado unilateralmente mediante la decisión sobre la cual recae la solicitud de nulidad. Igualmente, la Sala advierte que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB S.A.– está legitimada en la causa por pasiva, dada su condición de contratante del negocio jurídico presuntamente alterado por la ruptura de su equilibrio económico y por haber sido la entidad pública que expidió los actos administrativos atacados.

NEGOCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB - Régimen jurídico del contrato / EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB - Establecimiento público descentralizado del orden distrital / CONTRATOS CELEBRADOS POR LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB - Empresa de economía mixta con participación estatal superior al 50% / CONTRATO ESTATAL CELEBRADO POR UNA ENTIDAD PÚBLICA - Régimen jurídico aplicable

[E]l Contrato de Obra N° 3702 fue celebrado el 13 de octubre de 1995, fecha para la cual la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB, entidad contratante, ostentaba la naturaleza jurídica de un establecimiento público descentralizado del orden distrital, por cuanto así lo disponía el Acuerdo Distrital N° 72 de 1967, vigente para dicho período. En esta medida, el mencionado Contrato N° 3702, celebrado el 13 de octubre de 1995 por la ETB y por el Consorcio R y L Ltda. y Jorge Ariel Velosa Peñarete, se gobernó por la Ley 80 de 1993, que en su artículo 2° incluyó a los “establecimientos públicos” en la categoría de “entidades estatales” para los efectos previstos en ese mismo estatuto. Cabe señalar, asimismo, que la Ley 142 de 1994 ya establecía en ese momento que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían erigirse como sociedades por acciones y que, por su parte, las entidades públicas descentralizadas que no desearan que su capital estuviera representado en acciones, debían transformarse en empresas industriales y comerciales del Estado. En observancia de lo anterior, la ETB solo adoptó la forma de sociedad por acciones a través del Acuerdo N° 21 de 1997, mientras que en virtud de una venta de participación accionaria efectuada en marzo de 2000, la entidad pasó a ser una sociedad de economía mixta con participación estatal superior al 50%, lo cual le permitió mantener su condición de entidad pública (...) el régimen jurídico del Contrato N° 3702 de 1995 es el previsto en la Ley 80 de 1993, dada la naturaleza que ostentaba la entidad contratante para la época de celebración y ejecución de dicho negocio jurídico y para cuando dispuso la liquidación unilateral a través de las resoluciones hoy demandadas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 2 / LEY 142 DE 1994

RECLAMACIÓN POR EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Factores a evaluar / GRADO DE ALTERACIÓN DE LA ECUACION CONTRACTUAL / RUPTURA DEL BALANCE FINANCIERO DEL CONTRATO / AFECTACIÓN EXTRAORDINARIA, GRAVE, DESPROPORCIONADA Y SIGNIFICATIVA ENTRE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CONVENIDOS POR LAS PARTES

[P]ara evaluar la reclamación por concepto de desequilibrio económico del contrato conviene identificar: i) la ecuación financiera del contrato, es decir, el entendimiento de la fórmula de precio y la distribución de cargas - y riesgos- a cargo de cada una de las partes; ii) la ocurrencia de los hechos que se alegan como origen al supuesto desequilibrio económico del contrato y iii) la afectación económica que el contratista adujo haber sufrido, la cual debe ser acreditada por un monto superior al que le correspondía asumir de acuerdo con la ecuación financiera del contrato. En relación con este último aspecto, es preciso advertir que no todo sobrecosto ni toda pérdida implica necesariamente la ruptura del balance financiero del contrato, toda vez que ello depende del grado de alteración de la ecuación contractual, en la cual suele incorporarse un álea o riesgo propio de la ejecución del contrato. En efecto, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si estos son propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera grave, desproporcionada y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato.

CAUSAS DEL ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Categorías fundamentales / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN -

Noción. Definición. Concepto / HECHO DEL PRÍNCIPE - Noción. Definición. Concepto / RUPTURA DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO - Incumplimiento de obligaciones / RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL - Noción. Definición. Concepto

En cuanto a las causas de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, la jurisprudencia y la doctrina han explicado que estas pueden agruparse en las siguientes categorías fundamentales: a) aquellas que responden a los supuestos de la teoría de la imprevisión y que consisten en hechos justamente imprevisibles y externos a las partes, al Estado y al contrato, que inciden de manera grave y anormal en el regular desarrollo del objeto pactado y en la equivalencia de las prestaciones contractuales; y b) las causas configurativas del denominado “hecho del príncipe”, que resultan imputables al Estado en su ámbito de gobierno y de ejercicio de autoridad y que, siendo ajenas al contrato, inciden en él alterando gravemente la economía contractual. (...) la ruptura de la ecuación económica del contrato también se podría presentar como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones (...) la ruptura del equilibrio contractual hace referencia al desbalance originado en un hecho no imputable a la parte afectada que debe ser restituido por la otra parte del contrato, en virtud del principio de la equivalencia de las prestaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 27 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 28

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES COMO FUENTE DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Supuestos / MARCO DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD BAJO EL ANÁLISIS DE LA CULPA O DOLO EN LA CONDUCTA CONTRACTUAL / CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO INDEPENDIENTE DEL ANÁLISIS DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO / LA ECUACIÓN CONTRACTUAL COMO PARTE INTEGRAL DEL ANÁLISIS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

[A]ún cuando el incumplimiento podría, en principio, configurar una de las fuentes del desequilibrio económico del contrato, esta Subsección suele distinguir los dos supuestos, toda vez que existen diferencias conceptuales en la apreciación de la responsabilidad, entre los eventos de incumplimiento del contrato y de desequilibrio económico: el primero se ubica en el marco de la imputación de responsabilidad contractual bajo el análisis de la culpa o dolo en la conducta contractual, mientras que el segundo se enmarca dentro del concepto de la distribución de las cargas y riesgos del contrato. Por tanto, el desequilibrio económico es independiente de la conducta de cumplimiento del contrato. Otra razón para justificar la diferenciación entre los conceptos que se debaten consiste en que para la cuantificación del perjuicio demostrado en caso de incumplimiento contractual no se tiene que acudir al análisis de la ecuación económica del contrato, mientras que en el desequilibrio económico, el razonamiento en este último aspecto debe versar precisamente sobre la fórmula que gobernó la ecuación contractual, como supuesto esencial para determinar la ruptura del mismo y el alcance del restablecimiento correspondiente.

LA ENTREGA DEL ANTICIPO Y SU INCIDENCIA EN LA ECUACIÓN CONTRACTUAL / PAGO OPORTUNO DEL ANTICIPO / PAGO DEL ANTICIPO DENTRO DEL TÉRMINO ESTABLECIDO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES / ANTICIPO PAGADO ANTES DEL TÉRMINO PACTADO -

Procedencia / INEXISTENCIA DE UN GRAVE DETRIMENTO PATRIMONIAL DE LA ENTIDAD CONTRATANTE / INEXISTENCIA DE MORA EN EL PAGO DEL ANTICIPO / INEXISTENCIA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE RUPTURA DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL

[L]a Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB- no incurrió en incumplimiento del contrato en lo relativo al pago oportuno del anticipo, pues satisfizo dicha obligación dentro del término establecido para ese efecto en el pliego de condiciones y en la cláusula sexta del Contrato de Obra N° 3702 de 1995. En efecto, se reitera que el plazo para el desembolso del anticipo era de 30 días contados a partir de la radicación de la cuenta de cobro, de acuerdo con lo pactado en las cláusulas y con lo establecido en el pliego de condiciones, mientras que en el caso concreto el lapso transcurrido entre la presentación de dicha cuenta -8 de noviembre de 1995- y el pago del mencionado concepto -6 de diciembre de 1995- fue inferior al estipulado en el contrato. En segundo lugar, no se demostró que por el hecho de haberse pagado el anticipo el 6 de diciembre de 1995 y no antes, se hubiera afectado la contraprestación o remuneración legítimamente esperada y proyectada por el contratista, como tampoco se probó que la circunstancia anotada hubiera provocado un grave detrimento patrimonial al consorcio o la imposibilidad de ejecutar de manera normal el objeto del contrato. (...) el período transcurrido entre la celebración del contrato -13 de octubre de 1995- y la entrega del anticipo -6 de diciembre de 1995- no superó los márgenes razonables de tiempo para dar comienzo a la ejecución de las obras ni para adquirir los materiales a precios iguales o similares a los registrados en la fase de licitación, en especial si se tiene en cuenta que el mencionado anticipo se entregó antes de que cerrara el año respectivo. (...) no existe mérito alguno para concluir que la ETB incurrió en mora en el pago del anticipo –ya que fue demostrada la situación contraria- ni para establecer la ocurrencia de una ruptura del equilibrio económico del contrato con ocasión de los gastos que el consorcio cubrió con anterioridad a la celebración y ejecución de las obras objeto del negocio.

MAYOR PERMANENCIA DE OBRA / INEXISTENCIA DE LA RUPTURA DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL / ACUERDO ENTRE LAS PARTES DE PRORROGAR EL TÉRMINO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO / MAYOR PERMANENCIA DE OBRA POR LA FALTA DE PLANEACIÓN DE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE / PRORROGA O ADICIÓN AL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE CONTINGENCIAS AJENAS A LA ENTIDAD CONTRATANTE / INEXISTENCIA DE RECLAMO POR PARTE DEL CONTRATISTA

[D]e conformidad con la cláusula octava del Contrato de Obra N° 3702 de 1995, el plazo de ejecución de los trabajos sería de 150 días calendario “contados a partir de la fecha de entrega del anticipo”, previa suscripción del acta de inicio respectiva. (...) el Acta de Iniciación de la obra fue suscrita el 4 de diciembre de 1996 y no figura en el expediente constancia alguna de que el Consorcio le hubiera manifestado a la ETB su intención de iniciar las obras antes de esa fecha. Por otro lado, el desembolso del anticipo tuvo lugar el 6 de diciembre de 1995, lo cual indicaba que el término de ejecución del objeto contractual estaba llamado a culminar 150 días después, vale decir, el 6 de mayo de 1996. Mediante comunicación del 25 de abril de 1996, el consorcio hoy demandante le solicitó a la ETB la ampliación del plazo de ejecución del contrato por un término de 45 días. (...) Este pacto entre las partes fue refrendado por la ETB

(...) las partes acordaron prorrogar el término de ejecución del contrato por 45 días calendario contados a partir del 2 de mayo de 1996. El mismo plazo adicional fue pactado para la respectiva interventoría, para lo cual la ETB se comprometió a cubrir el 66% de su valor y le cargó al Consorcio el cubrimiento del 34% restante, al señalar que era responsabilidad de este el retraso ocasionado en los trabajos de “empalmería”. El contratista, por su parte, guardó silencio sobre el costo derivado de la prórroga o ampliación del término de ejecución de la obra. (...) se presentaron frecuentes contingencias en el suministro de una parte del cableado correspondiente a la obra (...) no se encuentra en los elementos de prueba que las partes hubieran suscrito (...) actas, sino que realizaron siete liquidaciones, igualmente parciales, a medida que iba avanzando la ejecución del objeto contractual. (...) la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB- incurrió, ciertamente, en una falta de planeación, al no gestionar oportunamente la disponibilidad total del cableado que se requería para la cabal ejecución de la obra contratada y al no haber revisado en debida forma, incluso antes de la respectiva licitación, los estudios y diseños de las redes y canalizaciones que posteriormente serían objeto del Contrato N° 3702 de 1995. (...) el remedio a dichas irregularidades fue abordado y acordado por ambas partes durante los comités de obra (...) en las liquidaciones parciales del contrato y en los dos reajustes de precios, sin que en ninguna de tales oportunidades el contratista hubiera reclamado pagos adicionales a los pactados en los mencionados instrumentos ni los conceptos que adujo en la demanda por la mayor permanencia en el sitio de la obra.

INEXISTENCIA DE MORA EN LOS PAGOS PARCIALES DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE LA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS

Refirió la parte actora que la ETB había incurrido en incumplimiento por mora en el pago de las obras y que tal circunstancia derivó en la alteración del equilibrio financiero del contrato. (...) ninguna de las actas de liquidación y reajuste -firmadas por las partes sobre la totalidad del contrato- fue pagada con posterioridad al vencimiento de los plazos pactados por mutuo acuerdo en las cláusulas del Contrato N° 3702 de 1995. De lo anterior se sigue que la ETB no incurrió en la mora alegada por el Consorcio en el escrito de demanda, de suerte que no existe mérito para establecer la causación de intereses moratorios ni una ruptura del equilibrio financiero del contrato, asociada a las fechas en que la entidad demandada efectuó los pagos de la obra encomendada. Es verdad que dichos pagos no se efectuaron por cortes mensuales, como se había previsto en el clausulado, pero también se demostró que el Contrato mismo establecía como alternativa de periodización de los abonos, las entregas de canalizaciones, distritos y/o cables parcialmente ejecutados que fueran aprobados por la interventoría. (...) no es posible atribuirle a la ETB mora alguna en el pago del contrato, razón por la cual no hay lugar a declarar la obligación de pagar intereses moratorios ni a disponer el restablecimiento del equilibrio económico contractual, como tampoco el pago de perjuicio alguno imputable a la entidad aquí demandada.

INCREMENTO EN EL IMPUESTO A LAS VENTAS IVA / MEDIDAS DE CARÁCTER TRIBUTARIO IMPUESTAS POR EL ESTADO NO IMPLICAN PER SE UNA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO DE LOS CONTRTOS / INEXISTENCIA DE LA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

[E]l Consorcio demandante manifestó que el incremento de la tarifa del IVA, decretado por el legislador y sancionado por el Gobierno Nacional en 1995, había generado un aumento intempestivo de los precios de los materiales que debía adquirir para adelantar la obra contratada, circunstancia que alteró – según su dicho- el equilibrio económico del negocio jurídico, al hacerlo más oneroso para el consorcio y provocarle un “daño diferencial” que le impidió recibir la utilidad pactada. (...) 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. (...) las medidas de carácter tributario impuestas por el 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. En ese orden de ideas, resulta claro que no hay lugar a reconocer indemnización alguna por los conceptos que la parte actora alegó como derivados de las modificaciones tributarias ya señaladas.

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE LIQUIDA UNILATERALMENTE CONTRATO DE OBRA - Improcedencia / INEXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN

[U]na interpretación normativa que se aprecie inadecuada no entraña per se una falsa motivación, puesto que esta causal de nulidad de los actos administrativos no se refiere a las normas sino a los hechos que sustentan la decisión de la Administración, de suerte que solo se configura la falsa motivación cuando la entidad que expide el acto aduce fundamentos fácticos contrarios a la realidad, o bien, cuando habiendo ocurrido el evento referido en el acto administrativo, este no fue valorado jurídicamente de la manera correcta. En el presente caso, se reitera que la ETB aplicó e interpretó unas normas en un sentido referido expresamente por estas, aun cuando es verdad que tales disposiciones también remitían al derecho patrimonial invocado por el contratista, el cual, con todo, también fue resuelto por la entidad hoy demandada al señalar que no se habían cumplido los supuestos alegados por el Consorcio como causales de ruptura del equilibrio financiero del contrato.

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE LIQUIDA UNILATERALMENTE CONTRATO DE OBRA - Improcedencia / INEXISTENCIA DE RUPTURA DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA CONTRACTUAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE ACTOS ACUSADOS - Omisión de prueba

El segundo cargo de nulidad elevado en contra de los [actos demandados] descansó en la vulneración de los artículos 83, 90, 95 y 209 de la Constitución Política; el artículo 2 del C.C.A.; los artículos 4, 5, 24, 25, 27, 28, 50 y 60 de la Ley 80 de 1993; el Decreto 679 de 1994 y el Decreto Ley 2150 de 1995; en cuanto no le reconocieron al Consorcio los derechos que hizo derivar de la supuesta ruptura de la ecuación económica contractual, cercenando con ello, en su sentir, los principios de buena fe contractual, economía y celeridad,

consagrados en tales normas. Teniendo en consideración que la parte demandante no logró acreditar la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 3702 ni los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra –por cuenta de la ampliación del plazo de ejecución que el propio Consorcio solicitó-, resulta propio concluir que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados en los que se negó su reconocimiento, imponiéndose la confirmación de la sentencia apelada.

OBJECCIÓN GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL PARA EL CÁLCULO DE PERJUICIOS SOLICITADOS POR EL CONTRATISTA / OBJECCIÓN POR ERRO GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL - Presupuestos / OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL POR MAYOR PERMANECIA DE OBRA - Prospera

En la presente actuación fue decretada por el *a quo* la prueba consistente en un dictamen pericial referente al cálculo de los perjuicios solicitados por la parte demandante y alegados por esta con ocasión de la pretendida ruptura del equilibrio financiero del contrato. (...) la objeción que las partes pueden formular contra el dictamen pericial procede por “error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”. Vale decir, debe tratarse de un error de tal magnitud que, “de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos”, por lo cual, el yerro debe ser tan significativo que las conclusiones a las cuales conduzca, sean ostensiblemente equivocadas. (...) para que prospere la objeción por error grave, la experticia debe haber cambiado las cualidades del objeto examinado o haber tomado como objeto de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen. En el presente caso son dos, esencialmente, los puntos materia de objeción, a saber: i) la cuestión referente a la mayor permanencia en la obra y, ii), lo relativo a la diferencia de precios causada por la medida tributaria ya aludida a lo largo del debate. Respecto del primer punto de objeción por error grave, la Sala advierte que el mismo está llamado a prosperar, puesto que en él se concluyó que había existido una mayor permanencia en la obra partiendo de un supuesto equivocado y, de tal razonamiento se hicieron derivar cantidades y conceptos que en realidad no se causaron. Así pues, no le asistió razón a los peritos al señalar que la circunstancia de haberse firmado el contrato con posterioridad al 11 de septiembre de 1995 le ocasionó al contratista una prolongación indebida de su permanencia en el lugar de la obra, pues, como lo anotó la parte objetante, dicha obra solo podía comenzar a ser ejecutada una vez se celebrara el contrato mismo y se suscribiera, además, la respectiva Acta de Inicio. (...) no era factible ni posible señalar la causación de mora alguna por mayor permanencia, puesto que el período de desarrollo del contrato no podía contabilizarse desde la finalización de la licitación pública ni desde la fecha de adjudicación, sino desde el momento de suscribirse el acta de inicio de la obra, previo el cumplimiento de los requisitos legales y administrativos pertinentes. (...) se declarará la prosperidad solo parcial de la objeción formulada por la ETB contra el referido dictamen pericial, por cuanto éste adolece de error grave, únicamente en lo que atañe a la alegada “mayor permanencia en la obra”, en los términos que se acaban de precisar.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 238

OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL PARA EL CÁLCULO DE PERJUICIOS SOLICITADOS POR EL CONTRATISTA /

DIFERENCIA EN LOS PRECIOS DERIVADA DE LA VARIACIÓN EN LA TARIFAL DEL IVA / CÁLCULO INEFICAZ / OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL - No prospera

No acontece lo mismo con la cuestión esbozada por la ETB frente a la conclusión del dictamen pericial, atinente a las diferencias en los precios derivadas de la variación en la tarifa del IVA, pues frente a este punto expuesto por los peritos, la entidad demandada cuestionó que se hubiera estimado tal diferencia como obligación “a cargo de la ETB”, aspecto que, en realidad, no fue así expresado en la prueba pericial. Es verdad que no fue afortunado el cálculo mencionado –dado que no fue clara la forma como se extrajeron de las actas de liquidación las cifras expuestas en la experticia, cantidades estas que no se señalaron prima facie en tales actas- y, adicionalmente, es palmario que las entidades estatales no están obligadas a reconocerle a los contratistas la diferencia que pueda surgir por las medidas tributarias que se adopten por el legislador y el Gobierno. Sin embargo, los peritos se limitaron a efectuar la operación que se les solicitó en la demanda y en el decreto de la prueba, pero sin atribuir juicios de valor ni cargas específicas para la ETB, en dicho aspecto.

NO PROCEDE LA CONSTA EN COSTAS - Inexistencia de nulidad de actos administrativos que terminan unilateralmente contrato de obra

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02431-01(36865)

Actor: R Y L ASOCIADOS LTDA. Y OTRO

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ -ETB-

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO - Causales de su ruptura - Derechos del contratista / PAGO DEL ANTICIPO –No hubo mora - No se probó afectación de la ecuación contractual / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA –Se cumplió el término previsto en el contrato y en el acuerdo de prórroga suscrito por las partes - La ampliación del plazo obedeció a causas imputables a ambas partes y a terceros / PAGO DEL CONTRATO –No hubo

mora ni incumplimiento de la entidad - No se probó afectación del equilibrio financiero del contrato / INCREMENTO DEL IVA- No alteró el equilibrio financiero del contrato - El contratista debió estarse a lo acordado en las actas de reajustes de precios / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO - No prosperan los cargos de nulidad formulados contra el acto que la adoptó.

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 30 de septiembre de 1999, la sociedad R y L Asociados Ltda. y el señor Jorge Ariel Velosa Peñarete, integrantes del consorcio *Jorge Ariel Velosa Peñarete y R y L Ltda.*, presentaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB S.A.–, a través de la cual solicitaron que se declarara la nulidad de las siguientes decisiones:

- Resolución No. 11208 del 14 de agosto de 1997, mediante la cual la ETB liquidó unilateralmente el Contrato No. 3702 de 1995.
- Resolución No. 11313 del 2 de octubre de 1997, por la cual el la ETB resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto de liquidación y decidió confirmarlo.

Como consecuencia de la nulidad solicitada y con el fin de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Obra No. 3702, pidieron que la ETB fuera condenada a pagar a los integrantes del consorcio *Jorge Ariel Velosa Peñarete y R y L Ltda.*, en la proporción que a cada uno le correspondiera, la suma de \$211'509.479,54.

Solicitaron, igualmente, el reconocimiento de los intereses causados por el no pago oportuno de las obras, sus reajustes y el anticipo, todo ello estimado en un monto de \$127'653.658,90.

Reclamaron, además, la suma de \$11'456.920,59 por concepto de *“cambios en la tarifa en el impuesto del IVA del 14% al 16%”*, y la cantidad de \$107'897.399 como valor de los costos generados por la mayor permanencia en el sitio de las obras, por causas imputables a ETB.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Superadas las etapas de la Licitación Pública N° 004 de 1995 y, previo acto de adjudicación, el 13 de octubre de 1995 la ETB y el consorcio *Jorge Ariel Velosa Peñarete y R y L Ltda.* celebraron el Contrato de Obra No. 3702, con el objeto de adelantar, bajo el sistema de precios unitarios, la construcción de *“Canalizaciones y Redes Telefónicas Primarias y Secundarias en las ampliaciones generales de la Central Telefónica de Puente Aranda (...)”*.

2.2. El valor total del contrato fue pactado en la suma de \$1.164'366.668. El 50% de dicha cantidad debía ser entregado como anticipo, el cual tendría que ser desembolsado dentro de los 20 días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato.

2.3. El plazo de ejecución de las obras sería de 150 días, contados a partir de la entrega del anticipo y de la firma del Acta de Inicio, la cual se suscribió el 4 de diciembre de 1995. No obstante, el anticipo solo fue pagado por la ETB el 6 de diciembre de ese mismo año.

2.3. De conformidad con el pliego de condiciones base de la licitación, el 95% del valor del contrato debía pagarse en mensualidades dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la correspondiente cuenta de cobro con sus soportes, previa aprobación de las obras parciales por parte del interventor y la suscripción de la respectiva acta de recibo parcial. Asimismo, el pliego establecía que la ETB debía suministrar oportunamente los materiales a su cargo y reconocer los intereses de mora que se llegaran a causar sobre las sumas no pagadas oportunamente al contratista.

2.4. El 20 de diciembre de 1995 -14 días después de haberse iniciado la ejecución del contrato-, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 223 de 1995, por la cual se aumentó al 16% la tarifa del impuesto sobre las ventas (IVA). Como

consecuencia, los precios de los materiales que le correspondía suministrar al consorcio tuvieron un incremento del 2%.

2.5. El primer corte mensual de las obras cerró el 5 de enero de 1996 con el Acta de Obra N° 006. Un mes y 10 días después, el 16 de febrero de 1996, las partes suscribieron el Acta de Liquidación N° 001 sobre la primera entrega parcial de las obras, cuyo valor, establecido en \$203'510.712,70, fue pagado el 13 de marzo de 1996.

La segunda entrega de las obras –correspondiente al segundo corte mensual, efectuado el 5 de febrero de 1996- fue liquidada en el Acta N° 002 del 18 de abril de 1996, oportunidad en la cual se estableció un valor parcial de \$77'891.555,28, pagado al contratista el 6 de mayo de 1996.

2.6. El 25 de abril de 1996, el consorcio solicitó la prórroga del plazo de ejecución del contrato por un término de 45 días, para lo cual adujo causas que le atribuyó a la ETB. La entidad contratante acogió la petición y dispuso la prórroga por 45 días calendario, contados a partir del 2 de mayo de 1996.

2.7. Esa mayor permanencia en la obra le ocasionó sobrecostos al consorcio y una alteración de la remuneración esperada. Por lo anterior, el 16 de mayo de 1996 fue suscrita el Acta de Obra N° 25, en la cual el contratista solicitó que se resolviera el problema económico a fin de evitar el riesgo de paralización de los trabajos.

2.8. El 14 de junio de 1996 las partes firmaron el Acta de Recibo Final de Obra, la cual fue recibida a entera satisfacción de la entidad, así como el Acta de Aprobación de Precios no Previstos, presentados por el consorcio y aceptados por la ETB.

2.9. El 20 de junio de 1996 las partes y el interventor levantaron la primera Acta de Reajuste Parcial de Precios, aplicado a las liquidaciones parciales 001, 002 y 003. El valor plasmado en dicha acta fue de \$64'092.233,66, suma que fue pagada al consorcio el 16 de julio de 1996.

3.0. En los días 17 de julio, 23 de agosto y 11 de octubre de 1996, se suscribieron las Liquidaciones Parciales 004, 005 y 006, correspondientes a las obras ejecutadas entre abril y julio de ese año. Las sumas obtenidas –esto es,

\$65'926.087,83, \$196'253.403,12 y \$88'787.581 respectivamente- fueron pagadas al contratista entre el 8 de agosto y el 3 de diciembre de 1996.

3.1. El 12 de octubre de 1996 se efectuó la Liquidación N° 007 sobre la obra ejecutada durante el séptimo mes de vigencia del contrato. Se obtuvo un monto de \$5'882.682,15, el cual fue pagado al consorcio el 13 de noviembre de ese año.

3.2. El mismo 12 de octubre de 1996, las partes elaboraron la segunda Acta de Reajuste Parcial de Precios, respecto de todas las Liquidaciones Parciales suscritas hasta ese momento (001 - 007). La suma arrojada en el reajuste fue de \$57'705.197,14 y fue pagada al contratista el 19 de noviembre de 1996.

3.3. Mediante *Acta de Liquidación Contable* del 15 de octubre de 1996, la ETB estableció como saldo a favor del contratista el monto de \$41'134.920,08, cuyo pago se verificó el 20 de febrero de 1997.

3.4. En comunicación del 5 de febrero de 1997, el consorcio le solicitó a la ETB que incorporara en la liquidación final del contrato el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por considerar que había sufrido afectaciones patrimoniales graves e incurrido en sobrecostos y pérdidas por la demora en la entrega del anticipo, la mayor permanencia en la obra, incumplimientos de la ETB en la entrega de materiales que estaban a su cargo, la mora en el pago de las obras ejecutadas y el incremento del IVA del 14% al 16%.

3.5. La entidad denegó la solicitud impetrada por el contratista mediante oficio del 20 de marzo de 1997, en el cual señaló que las compras a cargo del consorcio debieron efectuarse con el IVA anterior, ya que el contrato había sido adjudicado antes de la reforma tributaria. De igual manera, la ETB sostuvo que los reajustes de precios ya habían sido reconocidos previamente y que el restablecimiento de la ecuación contractual debió solicitarse durante la ejecución de las obras.

3.6. El contratista refutó las observaciones de la entidad y reiteró sus peticiones económicas en un escrito en el que también pidió que el contrato fuera liquidado de manera bilateral.

3.7. Posteriormente, el consorcio le devolvió a la ETB, sin firmar, el Acta de

Liquidación Final que la entidad le había enviado el 17 de julio de 1997.

3.8. Mediante Resolución N° 11208 del 14 de agosto de 1997, la ETB liquidó unilateralmente el Contrato de Obra N° 3702 de 1995, acto administrativo que fue confirmado por la entidad a través de Resolución N° 11313 del 2 de octubre de 1997, dictada en sede de recurso de reposición.

3. Fundamento de derecho

Al formular los cargos de nulidad, la parte actora sostuvo que las resoluciones acusadas se habían proferido con falsa motivación, por cuanto, en tales actos administrativos se les había dado un alcance equivocado a los artículos 5 - numeral 1 y 25 - numeral 16 de la Ley 80 de 1993, así como al artículo 15 del Decreto 679 de 1994.

En efecto, afirmó que la ETB había interpretado dichas normas en el sentido de que toda solicitud o reclamación económica del contratista debía ser presentada, únicamente, durante la ejecución de las obras objeto del contrato, pero no después de haber expirado su vigencia.

Al respecto, señaló que lo previsto en tales normas era, por una parte, el derecho del contratista a que no se alterara el valor intrínseco de su remuneración durante la vigencia del contrato y, por la otra, el silencio administrativo positivo que operaba por virtud de la ley cuando la entidad omitiera dar contestación a las solicitudes presentadas por el contratista en relación con aspectos derivados de la ejecución del contrato.

Bajo tales premisas, sostuvo que la Administración no debió concluir que los artículos referidos se encaminaban a limitar al período de ejecución el plazo para que el contratista pudiera efectuar reclamaciones económicas, cuando, en realidad, el alcance de dichas normas era el de la mencionada figura del silencio administrativo positivo y unos derechos del contratista que la entidad estaba desconociendo con su errónea interpretación normativa.

Agregó que la ETB también había incurrido en falsa motivación, en cuanto le reprochó al consorcio el hecho de solicitar pagos por mayor permanencia en la obra, cuando a lo largo del contrato, según la entidad, se celebraron acuerdos para sobrellevar las dificultades que se presentaron y se había prorrogado el plazo de ejecución por solicitud expresa del contratista. Frente a estos

planteamientos, la parte demandante afirmó que la petición de prórroga había obedecido, precisamente, a causas imputables a la ETB, consistentes en el suministro tardío de los materiales que estaban a su cargo.

Manifestó que la liquidación unilateral del contrato, contenida en las mencionadas resoluciones, también infringía las normas que en que debió fundarse, puesto que no se aplicó lo previsto en los artículos 83, 90, 95 y 209 de la Constitución Política; el artículo 2 del C.C.A.; los artículos 4, 5, 24, 25, 27, 28, 50 y 60 de la Ley 80 de 1993; el Decreto 679 de 1994 y el Decreto Ley 2150 de 1995, así como varios numerales del pliego de condiciones. En tal virtud, explicó que los actos acusados desconocieron principios de la actividad contractual, tales como el de economía y el de buena fe.

Respecto del equilibrio económico del contrato, señaló que su ruptura había sido provocada por la mora en la entrega del anticipo, la mayor permanencia en la obra, el cambio en la tarifa del IVA y el pago tardío de las obras ejecutadas. Frente a este último aspecto, afirmó que los pagos respectivos se habían efectuado, en cada oportunidad, dos o tres meses después de firmarse el acta de recibo parcial, y, que los reajustes de precios que se reconocieron no incluyeron interés moratorio alguno y fueron pagados con demoras superiores a los dos meses.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 21 de octubre de 1999, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada¹.

4.2. Por auto del 6 de septiembre de 2000, la primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda - ETB

En ejercicio de su derecho de contradicción - y dentro del término legal-, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. –ETB- se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que los demandantes carecían de los derechos aducidos como vulnerados.

¹ Fl. 61 c.1.

En referencia a los fundamentos fácticos de la demanda, aclaró que el anticipo se había entregado dentro del plazo establecido en las cláusulas, computado desde la radicación de la cuenta de cobro y no desde el perfeccionamiento del contrato, como lo alegaba la parte actora.

Afirmó que el incremento del IVA no era un hecho imprevisible para el consorcio, puesto que, a la fecha de celebración del contrato ya era de público conocimiento que el respectivo proyecto de ley cursaba su trámite en el Congreso de la República.

Alegó como excepción la *“Legalidad de la liquidación unilateral del Contrato 3702”*, en cuyo sustento manifestó que carecía de sentido atribuirle a los actos acusados una falsa motivación, sobre la base de haberse denegado una reclamación económica que ya había sido resuelta y atendida por la ETB durante la etapa de ejecución de las obras.

Asimismo, expresó que las resoluciones en las que se dispuso la liquidación no infringían las normas invocadas por la actora, puesto que el ordenamiento no obligaba a las entidades contratantes a acoger las reclamaciones económicas de los contratistas, al liquidar unilateralmente los respectivos contratos.

Formuló como segunda excepción, la que denominó *“No hay lugar a restablecimiento del equilibrio financiero del contrato”*, en virtud de la cual señaló que los términos fijados en el contrato para los pagos parciales no se computaban desde el recibo de las obras, sino desde la radicación de la respectiva cuenta de cobro, posteriormente reemplazada por la factura de acuerdo a lo establecido –según su dicho- por la Ley 223 de 1995.

Agregó que, de conformidad con la cláusula séptima del contrato, la eventual mora en que pudiera incurrir la ETB debía ser cobrada por el contratista dentro de los 30 días siguientes al pago tardío de la obligación, so pena de que dicha mora se tuviera como condonada. Como respaldo de lo anterior, afirmó que la jurisprudencia del Consejo de Estado había sostenido que, al recibir el contratista los pagos retrasados sin manifestar inconformidad alguna, era dable entender tal conducta como aceptación del demorado desembolso, y que, igualmente, la regulación de los intereses moratorios se sujetaba, en primer término, a lo convenido por las partes.

Bajo la misma excepción, señaló que la ecuación contractual no se había alterado por mayor permanencia en la obra, puesto que la prórroga acordada por las partes había beneficiado al contratista para corregir sus propios atrasos, sin dar lugar a que su personal o sus recursos permanecieran inactivos, evento este que estaba previsto en las cláusulas pactadas y cuyo mecanismo de solución era la suspensión del contrato, lo cual no aconteció por no configurarse el supuesto de hecho.

Por último, reiteró que el equilibrio financiero del negocio no había sufrido menoscabo alguno por el incremento del IVA ni por un pago retrasado del anticipo.

6. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

Señaló que la negativa al reconocimiento de las reclamaciones económicas del consorcio, plasmada en los actos acusados, no se había fundado únicamente en la supuesta extemporaneidad de tales solicitudes, como lo adujo la parte actora, sino también en la circunstancia de que tales peticiones ya habían sido resueltas durante el período de ejecución del contrato.

De lo anterior coligió el *a quo* que las resoluciones demandadas no presentaban una falsa o indebida motivación, puesto que en ellas se resolvieron de fondo las peticiones previamente presentadas por el contratista. Igualmente, sostuvo que el simple hecho de que tales reclamaciones hubieran sido denegadas por la entidad no implicaba ni acarreaba la nulidad de los actos administrativos por los cuales se adoptó la liquidación unilateral del contrato.

Indicó que, al liquidar dicho negocio de manera unilateral, la ETB había cumplido cabalmente con un deber legal, en particular porque estaba demostrado que las partes no habían logrado llegar a un arreglo durante la etapa prevista para la liquidación bilateral del negocio.

Concluyó el juzgador de primer grado (se transcribe de manera literal, con inclusión de posibles errores):

“Para la Sala es claro que la entidad demandada mediante oficio N° 03318 de 20 de marzo de 1997, informa al actor que la solicitud de restablecimiento económico a sido negada ‘al considerar que (...) la reclamación contractual ha debido presentarse en el curso de la ejecución del contrato y no vencido este lapso (...). Encuentra la Sala que la conclusión a la cual llega la entidad demandada no es correcta, toda vez que no hay un límite señalado para solicitar el restablecimiento del equilibrio económico, tal es así que se acude a la jurisdicción contenciosa para que se restablezca el equilibrio económico aun después de haberse liquidado el contrato por tal motivo dicha apreciación no es admisible (...).

Sin embargo, considera la Sala que si bien la entidad determino que la solicitud era extemporanea, no es menos cierto que la entidad demandada tambien realizo el estudio de fondo de la solicitud explicando el motivo por el cual tampoco accedía a su solicitud de restablecimiento del equilibrio económico...”².

7. El recurso de apelación

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Como punto preliminar, la parte recurrente afirmó que la providencia apelada no cumplía con los requisitos esenciales y legales de las sentencias, puesto que carecía de pronunciamiento de fondo sobre los argumentos esbozados en la demanda. En punto de ello, sostuvo que si bien el fallo hacía un recuento detallado de los hechos y pretensiones del libelo, se limitaba a concluir que tales elementos no eran suficientes para declarar la nulidad de los actos administrativos enjuiciados, sin indicar las razones de dicha afirmación y sin hacer un análisis de lo invocado por las partes.

En relación con el cargo de *falsa motivación* de las resoluciones demandadas, insistió en que dicha causal no solo se configuraba cuando la Administración señalara hechos no ajustados a la realidad, sino también cuando la calificación legal de los supuestos analizados en la decisión no correspondiera con el verdadero alcance de las normas aducidas para darle sustento.

Así, frente al caso concreto, reiteró que la ETB había interpretado de manera equivocada el artículo 5° - numeral 1 de la Ley 80 de 1993, el artículo 25 *ejusdem* y el artículo 15 del Decreto 679 de 1994, en cuanto dedujo de tales normas que el plazo para que el contratista pudiera efectuar reclamaciones económicas correspondía exclusivamente al período de ejecución del objeto

² Fls. 367 – 368 del cuaderno de segunda instancia.

contractual, cuando lo que se desprendía de tales postulados normativos era la consagración de unos derechos a favor de los contratistas y la configuración del silencio administrativo positivo en el desarrollo de la contratación estatal.

Sostuvo que dicho equívoco no era una circunstancia irrelevante, como lo apreció el Tribunal de primera instancia, sino un aspecto que viciaba de nulidad los actos administrativos reprochados, en especial porque aun si se considerara el tema de los límites temporales para solicitar el restablecimiento de la ecuación contractual, la jurisprudencia había indicado que el término correspondiente se prolongaba hasta el período de liquidación, de acuerdo al artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

Reiteró lo expuesto en la demanda en torno a la alegada infracción de las normas en que debieron fundarse los actos administrativos acusados y en lo relativo a la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato por mayor estancia en la obra, mora en la entrega del anticipo, incremento del IVA y pago tardío de la remuneración pactada, aspectos estos que, indicó, no habían sido abordados en forma alguna por el sentenciador *a quo*.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante providencia del 20 de agosto de 2009, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante³.

8.2. Por medio de providencia del 3 de noviembre de 2009, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto⁴.

8.3. En el término otorgado, la parte actora insistió en los argumentos expuestos en la demanda y a lo largo de toda la actuación.

8.4. Por su parte, la ETB manifestó que, de no hallarse probada la nulidad de los actos administrativos, debía prescindirse del análisis atinente al equilibrio financiero del contrato, puesto que las pretensiones alusivas a esta figura habían sido planteadas como subsidiarias o derivadas de la alegada nulidad.

³ Fl. 419 del cuaderno de segunda instancia.

⁴ Fl. 421 *ibídem*.

Respecto del fondo de la controversia, subrayó que la entidad no había incurrido en mora alguna al efectuar los pagos parciales del contrato, puesto que los términos respectivos no comenzaban con los cortes periódicos del cronograma de las obras sino con la radicación de las cuentas de cobro, las cuales dependían de las liquidaciones parciales, actos estos que, a su vez, presentaron demoras por causas imputables al consorcio y al interventor. Como sustento de tales aseveraciones, refirió el contenido de varios elementos probatorios e invocó la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo demás, rebatió los planteamientos de la parte actora, referentes a la mayor permanencia en la obra, la pretendida mora en la entrega del anticipo y el impacto del incremento del IVA en la remuneración económica del contratista.

8.5. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** presupuestos procesales: **2.1)** procedencia y oportunidad de la acción; **2.2)** legitimación en la causa; **3)** análisis del caso: **3.1)** de la prueba de la ruptura del equilibrio económico del contrato por: *a) la alegada mora en la entrega del anticipo; b) el incremento del impuesto sobre las ventas –IVA-; c) la mayor permanencia en la obra; d) las alegadas demoras en los pagos parciales del contrato;* **3.2)** de la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la ETB liquidó unilateralmente el contrato No.3702 y **4)** de las costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75⁵ de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competencia para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales recae en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

⁵ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, norma vigente para la época de presentación de la demanda, consagró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la declaratoria de nulidad del acto que liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública No. 3702, contenido en la Resolución No. 11208 del 14 de agosto de 1997, y la del acto que lo confirmó por vía de reposición, vertido en la Resolución No. 11313 del 2 de octubre de 1997; decisiones que fueron emitidas por la entidad contratante, Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. –ETB-.

Es de advertir que, para la época en que fueron proferidos los actos acusados, la indicada entidad estaba constituida como establecimiento público descentralizado del orden distrital, de conformidad con el Acuerdo N° 72 de 1967, emitido por el Concejo Distrital de Bogotá. Por tanto, huelga concluir que la presente controversia recae sobre la actividad contractual y los actos proferidos, en su momento, por una entidad de carácter estatal.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$211'509.479,54, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$118'230.000)⁶, exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Presupuestos procesales

2.1.- Procedencia y oportunidad de la acción

El presente debate versa sobre la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se adoptó y se confirmó la liquidación unilateral del Contrato de Obra

⁶ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 30 de septiembre de 1999, estaba fijado por el Gobierno Nacional en la suma de \$236.460.

No. 3702 del 13 de octubre de 1995, celebrado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -ETB y el consorcio *R y L Ltda. y Jorge Ariel Velosa Peñarete*, así como sobre la pretendida ruptura del equilibrio económico de dicho negocio jurídico, aspectos estos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilar a través de la acción contractual impetrada.

En lo que atañe a la oportunidad de la acción, se precisa que el negocio jurídico bajo examen se gobernó por las normas de la Ley 80 de 1993⁷, cuestión que determina su sujeción a la regla prevista en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente antes de la Ley 446 de 1998.

En efecto, debe señalar la Sala que para el período transcurrido entre agosto y octubre de 1997 –época en que fueron proferidos los actos administrativos enjuiciados-, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo aún no había sido modificado por la Ley 446 de 1998, razón por la cual el término respectivo de caducidad comenzó a correr bajo la vigencia de la disposición normativa que en ese momento, establecía:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

“(…).

“Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de **ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento**”.

En el presente caso, la liquidación unilateral del contrato de obra N° 3702 del 13 de octubre de 1995 –y en la cual recae la controversia- fue adoptada por la ETB mediante Resolución N° 11208 del 14 de agosto de 1997, acto administrativo que fue confirmado, en sede de recurso de reposición, a través de la Resolución N° 11313 del 2 de octubre de 1997.

En el proceso no obra constancia de la ejecutoria de tales decisiones, como tampoco la prueba de su notificación. Sin embargo, hay lugar a concluir que la

⁷ El Contrato 3702 del 13 de octubre de 1995 se rigió por las normas de la Ley 80 de 1993, debido a que, como ya se anotó, la entidad estatal que en él intervino como contratante fue la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB, la cual, para la época de celebración del contrato, estaba constituida como establecimiento público descentralizado del orden distrital de conformidad con el Acuerdo No. 72 de 1967 proferido por el Concejo de Bogotá, razón por la cual sus relaciones negociales se encontraban sometidas al rigor dicho estatuto de contratación.

acción de la referencia fue instaurada oportunamente, puesto que la demanda fue presentada el 30 de septiembre de 1999, vale decir, antes de los dos años contados a partir del 2 de octubre de 1997, fecha en la cual, se reitera, fue expedida la Resolución N° 11313, contra la cual ya no procedía recurso alguno.

Así pues, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

2.2 Legitimación en la causa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad R y L Ltda. y al señor Jorge Ariel Velosa Peñarete para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros del consorcio contratista dentro del negocio jurídico No. 3702 de 1995, en cuyo desarrollo se produjo la supuesta ruptura del equilibrio económico que constituye la materia de reclamación y el cual fue liquidado unilateralmente mediante la decisión sobre la cual recae la solicitud de nulidad.

Igualmente, la Sala advierte que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB S.A.– está legitimada en la causa por pasiva, dada su condición de contratante del negocio jurídico presuntamente alterado por la ruptura de su equilibrio económico y por haber sido la entidad pública que expidió los actos administrativos atacados.

3. Análisis del caso

Al examinar la demanda y los argumentos centrales del recurso, la Sala encuentra que la censura principal radica en que las resoluciones acusadas adolecen de nulidad –según se alega- por haberse fundado en supuestos jurídicos equivocados, pues, mientras en tales actos administrativos se adujo que el consorcio podía reclamar las compensaciones económicas únicamente durante el período de ejecución de las obras y no en la fase de liquidación, en realidad, lo que establecían las normas aducidas por la ETB era la consagración de unos derechos mínimos a favor del contratista y la configuración del silencio administrativo positivo en el desarrollo de la contratación estatal.

Igualmente, se reprochan los actos acusados por no haber reconocido el desequilibrio económico del Contrato No. 3702 de 1995, con lo cual –según lo

aduce la parte actora- se vulneró el artículo 27 de la Ley 80, que imponía el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar y la obligación de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento en caso de que dicha igualdad se rompiera.

Sostuvo el censor que dicha ruptura de la ecuación contractual fue causada, fundamentalmente, por cuatro factores, a saber: i) el pago tardío del anticipo por parte de la ETB; ii) el incremento en el impuesto a las ventas –IVA- mediante ley expedida por el Congreso de la República, medida que, en sentir del contratista, provocó alzas en el precio de los materiales que estaban a su cargo; iii) la mayor permanencia en la obra por causas imputables a la ETB, en particular por las demoras en la entrega de los materiales que debían ser suministrados por dicha entidad y, iv) la mora en que, se indica, incurrió la ETB al realizar los pagos parciales del contrato.

Previo a analizar los puntos de debate planteados por la parte actora, la Sala pasará a hacer algunas precisiones jurídicas que resultan relevantes para dilucidar la presente controversia:

3.1. El marco legal del Contrato N° 3702 de 1995 y de las reclamaciones por ruptura del equilibrio económico

3.1.1. Régimen jurídico del contrato

Como se señaló en líneas precedentes, el Contrato de Obra N° 3702 fue celebrado el 13 de octubre de 1995, fecha para la cual la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB, entidad contratante, ostentaba la naturaleza jurídica de un establecimiento público descentralizado del orden distrital, por cuanto así lo disponía el Acuerdo Distrital N° 72 de 1967, vigente para dicho período.

En esta medida, el mencionado Contrato N° 3702, celebrado el 13 de octubre de 1995 por la ETB y por el *Consortio R y L Ltda. y Jorge Ariel Velosa Peñarete*, se gobernó por la Ley 80 de 1993, que en su artículo 2° incluyó a los

“establecimientos públicos” en la categoría de “entidades estatales” para los efectos previstos en ese mismo estatuto⁸.

Cabe señalar, asimismo, que la Ley 142 de 1994 ya establecía en ese momento que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían erigirse como sociedades por acciones y que, por su parte, las entidades públicas descentralizadas que no desearan que su capital estuviera representado en acciones, debían transformarse en empresas industriales y comerciales del Estado⁹.

En observancia de lo anterior, la ETB solo adoptó la forma de sociedad por acciones a través del Acuerdo N° 21 de 1997¹⁰, mientras que en virtud de una venta de participación accionaria efectuada en marzo de 2000, la entidad pasó a ser una sociedad de economía mixta con participación estatal superior al 50%, lo cual le permitió mantener su condición de entidad pública, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia T-181 del 23 de marzo de 2014¹¹.

⁸ Así, el artículo 1° de la Ley 80 de 1993, señala que el objeto de dicha normativa es el de “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales” y, el artículo 2° *ibidem* establece:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1° Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, los departamentos, las provincias, el distrito capital (...), **los establecimientos públicos**, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)...”.

⁹Dispuso el artículo 17 de la citada ley:

“**Artículo 17. Naturaleza.** Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

“**Parágrafo 1°.** Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado”.

¹⁰ Cuyo artículo 1° señalaba:

“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 E.T.B.”.

¹¹ Sostuvo la Corte en dicha providencia:

“En virtud de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la ETB es una empresa de servicios públicos mixta, por cuanto, se trata de una empresa ‘en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%’. Esto se puede verificar al revisar la reciente composición accionaria de la ETB, donde el 88.39% pertenece a entidades de carácter público, mayoritariamente del Distrito Capital (...).

En todo caso, el régimen jurídico del Contrato N° 3702 de 1995 es el previsto en la Ley 80 de 1993, dada la naturaleza que ostentaba la entidad contratante para la época de celebración y ejecución de dicho negocio jurídico y para cuando dispuso la liquidación unilateral a través de las resoluciones hoy demandadas.

3.1.2. El equilibrio financiero del contrato - regulación legal

Ahora bien, el régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993 contempló la figura de la ecuación contractual y dispuso el derecho del contratista a la restitución del equilibrio al punto de no pérdida, en el siguiente marco normativo:

“Artículo 5º.- De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

“1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

“En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

“Artículo 27º.- De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos

“Así mismo, de acuerdo con los artículos 38 y 68 de Ley 489 de 1998 (...), la ETB como empresa de servicios públicos mixta integra la rama ejecutiva de la administración a nivel distrital, específicamente, dentro del sector descentralizado por servicios -Sector de Hábitat-[34], razón por la que, se puede colegir, es una entidad pública”.

y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

“Artículo 28º.- De la interpretación de las reglas contractuales. *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”* (la negrilla no es del texto).

Con fundamento en estas disposiciones legales, es del caso poner de presente que para evaluar la reclamación por concepto de desequilibrio económico del contrato conviene identificar: i) la ecuación financiera del contrato, es decir, el entendimiento de la fórmula de precio y la distribución de cargas - y riesgos- a cargo de cada una de las partes; ii) la ocurrencia de los hechos que se alegan como origen al supuesto desequilibrio económico del contrato y iii) la afectación económica que el contratista adujo haber sufrido, la cual debe ser acreditada por un monto superior al que le correspondía asumir de acuerdo con la ecuación financiera del contrato.

En relación con este último aspecto, es preciso advertir que no todo sobrecosto ni toda pérdida implica necesariamente la ruptura del balance financiero del contrato, toda vez que ello depende del grado de alteración de la ecuación contractual, en la cual suele incorporarse un álea o riesgo propio de la ejecución del contrato.

En efecto, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si estos son propios del álea normal del contrato¹², puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera grave, desproporcionada y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato:

“Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está

¹² Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524: *“Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el ‘Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”*.

sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias”¹³.

En cuanto a las causas de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, la jurisprudencia y la doctrina¹⁴ han explicado que estas pueden agruparse en las siguientes categorías fundamentales: a) aquellas que responden a los supuestos de la *teoría de la imprevisión* y que consisten en hechos justamente imprevisibles y externos a las partes, al Estado y al contrato, que inciden de manera grave y anormal en el regular desarrollo del objeto pactado y en la equivalencia de las prestaciones contractuales; y b) las causas configurativas del denominado *“hecho del príncipe”*, que resultan imputables al Estado en su ámbito de gobierno y de ejercicio de autoridad y que, siendo ajenas al contrato, inciden en él alterando gravemente la economía contractual.

Ahora bien, con base en el tenor literal del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, la ruptura de la ecuación económica del contrato también se podría presentar como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones; al paso que, de acuerdo con el artículo 27 de la misma Ley 80, la ruptura del equilibrio contractual hace referencia al desbalance originado en un hecho no imputable a la parte afectada que debe ser restituido por la otra parte del contrato, en virtud del principio de la equivalencia de las prestaciones, en el mismo sentido en que lo establece el artículo 28 del indicado Estatuto General de la Contratación Administrativa.

No obstante lo anterior, aun cuando el incumplimiento podría, en principio, configurar una de las fuentes del desequilibrio económico del contrato, esta Subsección suele distinguir los dos supuestos, toda vez que existen diferencias conceptuales en la apreciación de la responsabilidad, entre los eventos de incumplimiento del contrato y de desequilibrio económico: el primero se ubica en el marco de la imputación de responsabilidad contractual bajo el análisis de la culpa o dolo en la conducta contractual, mientras que el segundo se enmarca

¹³ Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., 2ª ed., 2003, pg. 493.

¹⁴ Véase, al respecto, la sentencia proferida por esta Subsección el 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571; C.P. Mauricio Fajardo Gomez. Asimismo, la sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. En doctrina, consultar, entre otros, Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen II 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina; págs. 453 y 454.

dentro del concepto de la distribución de las cargas y riesgos del contrato. Por tanto, el desequilibrio económico es independiente de la conducta de cumplimiento del contrato.

Otra razón para justificar la diferenciación entre los conceptos que se debaten consiste en que para la cuantificación del perjuicio demostrado en caso de incumplimiento contractual no se tiene que acudir al análisis de la ecuación económica del contrato, mientras que en el desequilibrio económico, el razonamiento en este último aspecto debe versar precisamente sobre la fórmula que gobernó la ecuación contractual, como supuesto esencial para determinar la ruptura del mismo y el alcance del restablecimiento correspondiente.

De esta manera, sin duda se justifica la delimitación de los conceptos de incumplimiento y desequilibrio económico y de las circunstancias que se controvierten, en orden a desatar los litigios como el que ahora ocupa la atención de la Sala.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en el *sub judice* la parte demandante fundamenta la alegada ruptura del equilibrio contractual en supuestos que refieren el incumplimiento de la ETB, como lo son los pagos tardíos de las entregas parciales de la obra, el pago tardío del anticipo y las demoras que ocasionaron la mayor permanencia del contratista en el sitio de los trabajos. Al hacer mención de estos aspectos, ciertamente, el demandante mezcló los conceptos de incumplimiento y de desequilibrio económico, por lo cual resulta pertinente esbozar en este punto la diferenciación conceptual aludida.

Por otro lado, en lo relacionado con la imposición o el incremento del valor de los impuestos, tasas o contribuciones establecidas por el Estado, de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sección ha establecido que las regulaciones tributarias sobrevinientes a la celebración y ejecución del contrato estatal no acarrearán de manera automática la alteración del equilibrio financiero contractual, puesto que para su reconocimiento es menester demostrar que la imposición o aumento del impuesto o contribución incidió de manera anormal y significativa en la economía del contrato y en su ecuación. Al respecto, ha señalado esta Corporación:

“Las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista”¹⁵.

A la luz de las anteriores pautas normativas y jurisprudenciales pasa la Sala a examinar el caso concreto.

3.2. La entrega del anticipo y su alegada incidencia en la ecuación contractual

La parte actora manifiesta que el anticipo del Contrato N° 3702 de 1995 debió ser pagado por la ETB dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al “*perfeccionamiento*” del contrato y, que si bien el acta de inicio de las obras se suscribió el 4 de diciembre de 1995, solo el 6 de diciembre del mismo año la entidad contratante hizo entrega del mencionado concepto¹⁶.

En punto de ello, sostiene que la pretendida demora de la ETB en el pago de dicha obligación ocasionó una “*inesperada*” alteración de los términos y compelió al contratista a pagar los pedidos de material con recursos propios. De igual manera, manifiesta que si bien se compensó tal mora con un reajuste de precios, se dejó de reconocer el rendimiento dejado de producir “*por el dinero que el contratista dejó de invertir, para cubrir el pago de personal, disponibilidad de bodegas y equipos perdidos...*”¹⁷.

En orden a revisar la cuestión así planteada en la demanda, la Sala referirá lo que en torno a ese aspecto fue materia de acreditación con la documentación administrativa correspondiente al contrato objeto del presente análisis, instrumentos que fueron aportados en copia auténtica por la ETB.

Es del caso señalar que en el presente análisis no se valorará el dictamen pericial que fue rendido en la etapa probatoria de la primera instancia, por las razones que más adelante se expondrán.

Dicho lo anterior, pasa la Sala a señalar los hechos que encontró probados con los elementos ya aludidos:

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. N° 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577), M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Fls. 17 – 18 c.1.

¹⁷ Fl. 47 c.1.

Mediante Resolución N° 9876 del 28 de agosto de 1995, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB- le adjudicó al consorcio R y L Ltda. y Jorge Ariel Velosa Peñarete la Licitación Pública N° 004 de 1995, cuyo objeto consistía en la construcción de canalizaciones y redes telefónicas en las ampliaciones generales de las centrales de *Yomasa - Grupo 1, San Fernando - Grupo 2 y Puente Aranda - Grupo 3*, instaladas en la capital de la República. Así lo comunicó la entidad hoy demandada al consorcio seleccionado, en comunicación del 1° de septiembre de 1995¹⁸.

En virtud de lo anterior, a fin de pactar y ejecutar lo relativo a la **Central Telefónica de Puente Aranda - Grupo 3**, las partes celebraron el Contrato de Obra N° 3702 del 13 de octubre de 1995 por valor total de \$1.164'366.668 y un plazo de ejecución de 150 días calendario, *“contados a partir de la fecha de entrega del anticipo”*¹⁹.

El pliego de condiciones que sirvió de base a la Licitación Pública N° 004/95 estableció, en el numeral 3.10.1, que el pago del anticipo –equivalente al 50% del valor total del contrato- estaría condicionado a la radicación de la respectiva cuenta de cobro por parte del contratista, junto con la copia del programa de inversión debidamente aprobado por el interventor o por el Director de la División de Operaciones de la entidad.

Respecto del plazo para su desembolso, se indicó en el pliego (transcripción literal):

*“...La Empresa cancelará el anticipo dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la radicación de la cuenta y una vez se encuentre aprobada la garantía única respectiva que incluye el amparo del buen manejo del anticipo”*²⁰.

En idénticos términos fue pactado el desembolso del anticipo en la cláusula sexta del Contrato de Obra N° 3702 de 1995, celebrado, como ya se señaló, para ejecutar lo concerniente a las canalizaciones y redes primarias y secundarias de la Central Telefónica de Puente Aranda - Grupo 3²¹.

El consorcio R y L Ltda. radicó la cuenta de cobro N° 10431 para el abono de anticipo el 8 de noviembre de 1995 y, recibió el pago respectivo el 6 de

¹⁸ Fl. 188 c.1.

¹⁹ Fl. 33 c.7.

²⁰ Fl. 10 c.5.

²¹ Fl. 33 c.7.

diciembre de ese mismo año²², vale decir, antes de que se cumplieran los 30 días hábiles previstos como plazo para el pago de esa obligación.

Las partes suscribieron el *Acta de Iniciación* de las obras el 4 de diciembre de 1995²³, esto es, dos días antes del pago del anticipo y cuatro días antes de que venciera el término para su desembolso.

El Consorcio aportó a este proceso copia de varios comprobantes de egreso y algunas facturas expedidas con anterioridad al 6 de diciembre de 1995. Tales instrumentos refirieron la compra de materiales de obra, la adquisición de elementos de oficina, pagos de nómina, el arrendamiento de una bodega, gastos locativos, el pago de honorarios a los profesionales que asesoraron la contratación administrativa con la ETB y el cubrimiento de impuestos y gastos derivados de la participación del Consorcio en la licitación pública²⁴.

Algunas compras de material y varios pagos de nómina fueron sufragados por el contratista durante septiembre, octubre y noviembre de 1995 –es decir, antes de suscribir el contrato y firmar el acta de inicio de las obras-. En todo caso, los valores referenciados en los comprobantes de egreso y en las facturas relativas a esos conceptos y al arrendamiento de bodega oscilaron entre los \$393.800 y los \$7'728.767²⁵.

Evidenciados los anteriores aspectos, resulta palmario, en primer término, que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB- no incurrió en incumplimiento del contrato en lo relativo al pago oportuno del anticipo, pues satisfizo dicha obligación dentro del término establecido para ese efecto en el pliego de condiciones y en la cláusula sexta del Contrato de Obra N° 3702 de 1995.

En efecto, se reitera que el plazo para el desembolso del anticipo era de 30 días contados a partir de la radicación de la cuenta de cobro, de acuerdo con lo pactado en las cláusulas y con lo establecido en el pliego de condiciones, mientras que en el caso concreto el lapso transcurrido entre la presentación de dicha cuenta -8 de noviembre de 1995- y el pago del mencionado concepto -6 de diciembre de 1995- fue inferior al estipulado en el contrato.

²² Fls 74 - 75 c.7.

²³ Fls 71 – 73 c.7.

²⁴ Fls. 360 – 407 c.10.

²⁵ Fls. 363 al 392 c.3.

En segundo lugar, no se demostró que por el hecho de haberse pagado el anticipo el 6 de diciembre de 1995 y no antes, se hubiera afectado la contraprestación o remuneración legítimamente esperada y proyectada por el contratista, como tampoco se probó que la circunstancia anotada hubiera provocado un grave detrimento patrimonial al consorcio o la imposibilidad de ejecutar de manera normal el objeto del contrato.

Cabe señalar, en lo que a ello respecta, que los gastos en que incurrió el contratista durante septiembre, octubre y noviembre de 1995 no evidencian la concreción de riesgos superiores a los que ordinariamente se derivarían del contrato; por el contrario, se trató de erogaciones normales y ordinarias que razonablemente debe hacer cualquier adjudicatario de un contrato estatal, con miras a preparar las condiciones materiales, civiles y económicas que faciliten su cabal desarrollo, de forma que evite incurrir en incumplimientos y en responsabilidades legales.

Sin perjuicio de las anteriores conclusiones, es del caso resaltar, además, que el período transcurrido entre la celebración del contrato -13 de octubre de 1995- y la entrega del anticipo -6 de diciembre de 1995- no superó los márgenes razonables de tiempo para dar comienzo a la ejecución de las obras ni para adquirir los materiales a precios iguales o similares a los registrados en la fase de licitación, en especial si se tiene en cuenta que el mencionado anticipo se entregó antes de que cerrara el año respectivo.

En ese orden de ideas, no existe mérito alguno para concluir que la ETB incurrió en mora en el pago del anticipo –ya que fue demostrada la situación contraria- ni para establecer la ocurrencia de una ruptura del equilibrio económico del contrato con ocasión de los gastos que el consorcio cubrió con anterioridad a la celebración y ejecución de las obras objeto del negocio.

3.3. La mayor estancia del contratista en la obra

Tanto en la demanda como en el recurso de apelación, la parte actora señaló que la ecuación económica del contrato también había sido alterada por la circunstancia de haberse tenido que aumentar en 45 días el plazo de ejecución de la obra.

En este punto, reprochó el acto administrativo demandado –que contiene la liquidación unilateral del contrato objeto de controversia- en cuanto dispuso no otorgar compensación alguna al consorcio por los alegados sobrecostos derivados de la aludida *prórroga*, bajo el argumento de que el contratista ya había aceptado previamente las condiciones económicas surgidas con ocasión de esa modificación a la duración del contrato.

Al respecto, la parte actora señaló en la apelación (transcripción literal, con inclusión de los eventuales errores):

“... Tal como se observa en el Acta N° 22, la prórroga del contrato obedeció al incumplimiento de la ETB en el suministro del cable y en la demora que hubo para suscribir el contrato. Mal podría la empresa, argumentar que si el contratista aceptó la prórroga y asumió un porcentaje del valor de los servicios de la interventoría, no puede entonces reclamar los mayores costos en que incurrió por causas imputables a la ETB.

“(...).

“... el contrato que debía ejecutarse hasta marzo de 1996, finalizó en junio de dicho año, esto es, tres meses después, implicando por una parte los costos de administración, imprevistos y utilidades, adicionales y por otra la imposibilidad de recibir oportunamente la remuneración ”²⁶.

Examinados los medios de prueba, se advierte que de conformidad con la cláusula octava del Contrato de Obra N° 3702 de 1995, el plazo de ejecución de los trabajos sería de 150 días calendario *“contados a partir de la fecha de entrega del anticipo”*, previa suscripción del acta de inicio respectiva²⁷.

A renglón seguido pactaron las partes (transcripción literal, con inclusión de posibles errores):

“...No obstante, si EL CONTRATISTA manifiesta expresamente y por escrito la intención de iniciar las obras con anterioridad a la entrega del anticipo, se podrá levantar el Acta de Iniciación en la fecha que éste indique, estando en todo caso legalizado el contrato”²⁸.

Como quedó establecido anteriormente, el *Acta de Iniciación* de la obra fue suscrita el 4 de diciembre de 1996 y no figura en el expediente constancia alguna de que el Consorcio le hubiera manifestado a la ETB su intención de

²⁶ Fls. 409 – 410 del cuaderno de segunda instancia.

²⁷ Fl. 34 c.7.

²⁸ *Ibíd.*

iniciar las obras antes de esa fecha. Por otro lado, el desembolso del anticipo tuvo lugar el 6 de diciembre de 1995, lo cual indicaba que el término de ejecución del objeto contractual estaba llamado a culminar 150 días después, vale decir, **el 6 de mayo de 1996**.

Mediante comunicación del 25 de abril de 1996, el consorcio hoy demandante le solicitó a la ETB la ampliación del plazo de ejecución del contrato por un término de 45 días²⁹.

El contratista fundó su petición en varios hechos y el primero de ellos consistió en haberse dado inicio al objeto contractual en diciembre de 1995, pese a que la licitación pública había sido adjudicada desde septiembre de ese año.

En segundo término, afirmó que la licencia de excavación –necesaria para la obra- solo había sido otorgada el 10 de enero de 1996, 38 días después de haber comenzado la ejecución de los trabajos, aspecto que alteró el cronograma respectivo, debido a que en dicho lapso hubo dificultades para realizar los “*cruces principales*”.

En tercer lugar, sostuvo que las canalizaciones existentes en el sitio de la obra presentaron obstrucciones y taponamientos cuya corrección ameritó trabajos adicionales a los pactados, situación que también incidió negativamente en el cronograma de ejecución.

El contratista también refirió las vicisitudes ocasionadas por la pretendida mora de la ETB en el abastecimiento de cable y señaló la no instalación por parte de la entidad, de las “*formas terminales verticales de la Central Telefónica*”, falla esta que impedía, según su dicho, realizar “*empalmes de corona*” y adelantar labores de cierre de los cables primarios.

En Acta de Obra N° 22 del 29 de abril de 1996³⁰, las partes acordaron “*prorrogar*” el término de ejecución del contrato por 45 días calendario contados a partir del 2 de mayo de 1996, previa solicitud impetrada en tal sentido por el Consorcio hoy demandante.

²⁹ Fls. 93 - 94 del c.7.

³⁰ Fls. 235 - 236 del c.9.

Este pacto entre las partes fue refrendado por la ETB en comunicación del 30 de abril de 1996, mediante la cual la Subgerencia de Operaciones reiteró que la entidad “*accedía*” a la solicitud de prórroga del plazo contractual³¹.

Se sigue de lo anterior que si el término inicial de ejecución del contrato culminaba el 6 de mayo de 1996 –como quedó señalado-, la ampliación de ese plazo en 45 días habría de finalizar el **21 de junio de 1996**. Con todo, el Acta de Recibo Final de la Obra se firmó por las partes el **14 de junio de 1996**³², vale decir, antes de que culminara el término de duración del contrato con la correspondiente prórroga, expresamente solicitada por el contratista y acordada por las partes.

Ahora bien, los factores aducidos por el Consorcio como razón para ampliar la duración del contrato ya habían sido tratados por la entidad, el contratista y el interventor durante los 22 comités que precedieron a la solicitud de prórroga.

En efecto, entre el 6 de diciembre de 1995 y el 29 de abril de 1996 se efectuaron 22 comités de obra, los cuales constan en sendas actas suscritas por las partes para referir lo acontecido con el avance de los trabajos y los eventuales retrasos³³. De lo consignado en dichas actas, la Sala destaca los siguientes aspectos:

En comité celebrado el 6 de diciembre de 1995 –recogido en el Acta de Obra N° 002 de esa misma fecha- la ETB le solicitó al Consorcio el “*análisis de precios unitarios para las actividades no previstas*”. Las partes no señalaron cuáles eran las labores nuevas que se necesitaban para la obra ni las razones por las cuales, dos días después de haber comenzado la ejecución del contrato, ya se precisaba de trabajos adicionales. No obstante, en este y en los siguientes comités la ETB insistió en que el contratista debía entregar el mencionado análisis de precios unitarios. Asimismo, se acordó en el Acta de Obra N° 002 que sería objeto de evaluación económica “*cualquier variación requerida del proyecto en canalización y redes*”³⁴.

³¹ Fl. 95 del c.7.

³² Fl. 98 del c.7.

³³ Fls. 346 – 363 del c.9.

³⁴ Fls. 361 y 362 c.9.

En Acta de Obra N° 003 del 15 de diciembre de 1995³⁵ se refirió nuevamente lo relativo al *análisis de precios unitarios para actividades no previstas*, el cual estaba pendiente de ser presentado por el contratista.

Se adujo, igualmente, que se habían encontrado problemas y errores de dibujo en el diseño de redes, los cuales estaban pendientes de definición. En este punto también se recalcó que la evaluación económica recaería sobre las modificaciones que dicho diseño ameritara.

Por otro lado, las partes hicieron constar que se estaban presentando atrasos en la programación de la obra, debido a que el cronograma entregado adolecía de inconsistencias, puesto que en él se refirió la ejecución o trabajo de algunos planos desde el primer día *“sin dejar tiempo para el replanteo”* y se programaron adelantos o ejecuciones tempranas que por su carácter anticipado, podrían afectarse con las obras posteriores.

Señalaron las partes, igualmente, que la licencia de excavación se encontraba en trámite a la espera de la firma del Secretario de Obras Públicas de Bogotá. Al respecto, se señaló que debido a dicha contingencia, los cruces de las vías principales intervenidas con las obras se habrían de efectuar en la primera semana de enero de 1996³⁶. La obtención de la licencia de excavación era obligación del contratista, tal como se estipuló en la cláusula novena - literal k) del Contrato N° 3702 de 1995³⁷.

En Acta de Obra N° 004 del 22 de diciembre de 1995 se reiteró que la licencia de excavación aún estaba bajo estudio en la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital.

Respecto del *“análisis de precios unitarios para actividades no previstas”* presentado por el contratista, se indicó que no guardaba proporción con los precios del mercado, razón por la cual se le solicitó al Consorcio que realizara los ajustes correspondientes, los cuales habrían de requerir la aprobación previa del interventor del contrato antes de pasar al estudio de la ETB.

En la misma acta, el contratista indicó que presentaría *“en los días siguientes”* la *“evaluación económica de la mayor cantidad de obra”*.

³⁵ Fls. 355 – 358 c.9.

³⁶ Fl. 357 c.9.

³⁷ Fl. 38 c.7.

Al evaluar el avance de la obra, se advirtió que existían atrasos, especialmente en las ejecuciones relativas a algunos planos. En punto de ello, el contratista señaló que tales dilaciones obedecían a los ajustes que debió realizar en la programación, dado que había dejado por fuera la labor de *replanteo*. Agregó que las demoras ocasionadas por la tardía ejecución de los planos que fueron iniciados después del plazo convenido se compensaban con la prelación o antelación registrada en otros planos de la obra que comenzaron a ejecutarse antes de lo previsto³⁸.

En el Acta de Obra N° 005 del 29 de diciembre de 1995 se dejó constancia de que el contratista aún no había presentado el ajuste al *“análisis de precios unitarios de actividades no previstas”*, el cual, junto con la evaluación económica de mayor cantidad de obra, quedó pendiente para ser entregado el 3 de enero de 1996.

Al abordarse lo atinente al avance general de la obra, se refirió en dicha acta que el nivel de atraso era considerable, especialmente en las tareas de canalización. Se consignó en el documento (se transcribe de forma literal, con inclusión de posibles errores):

*“... Se solicita al contratista que a la menor brevedad se ponga al día en el avance de obra, pues comienza a ser alarmante... (...). El contratista presentará formalmente a la interventoría solicitud de modificación de cronogramas exponiendo las razones por las que algunos planos del registro de canalizaciones fueron iniciados en fecha posterior a la programada y en otros se intercambiaron. Con esto el atraso presentado se espera sea mínimo”*³⁹.

El 5 de enero de 1996 las partes suscribieron una nueva *Acta de Obra*, la cual también fue designada con el número 005⁴⁰. En dicha oportunidad, el contratista informó que la licencia de excavación ya había sido aprobada por la Secretaría Distrital de Obras Públicas, de suerte que entregaría la programación de los cruces viales en el curso de los días siguientes.

Para esa fecha -5 de enero de 1996- se encontraba todavía pendiente el ajuste del *“análisis de precios para actividades no previstas”*. Por otro lado, el Consorcio le informó a la ETB sobre una supuesta escasez de cable en la

³⁸ Fls. 351 - 352 c.9

³⁹ Fls. 346 - 348 c.9.

⁴⁰ Fls. 340 - 342 c.9.

bodega de Engativá, al tiempo que advirtió que una omisión en el suministro de dicho elemento podría ocasionar más retrasos en la obra⁴¹.

En el Acta N° 006 del 9 de enero de 1996⁴², la interventoría del contrato le llamó la atención el Consorcio sobre el incumplimiento supuestamente reiterado de varios ítems registrados en bitácora. En tal virtud, se conminó al contratista a que acatará las instrucciones impartidas, especialmente en lo que concernía a las obligaciones relacionadas con el control de impacto urbano y las obras de canalización.

En dicho comité, las partes guardaron silencio sobre la escasez de los cables que se debían reclamar en la bodega de Engativá.

Sin embargo, en Acta de Obra N° 007 del 12 de enero de 1996, se indicó:

“Se requiere que el contratista elabore los boletines para solicitar el cable que no fue entregado en la bodega de Engativá, como fue comunicado por el ingeniero Uriel Benítez y registrado en el libro de obra el pasado martes 9 de enero, dentro de su programación se recomienda agilizar este pedido, pues puede haber escasez si no se retira ahora que hay existencias disponibles...”⁴³.

El 19 de enero de 1996 –comité registrado en el Acta de Obra N° 008- la ETB advirtió sobre la existencia de daños en las obras, particularmente en la red anterior y en los trabajos de canalización. Por esa razón, la entidad le indicó al contratista que debía proteger el cableado de la red existente y que debía atender las indicaciones que en anteriores oportunidades le había hecho con respecto a los daños en los sitios de ejecución de la obra.

En la misma Acta se especificó que aún estaba pendiente la entrega de los ajustes al *“análisis de precios unitarios para las actividades no previstas”* y que se evidenciaban retrasos en la instalación del cableado primario⁴⁴.

En *“Acta de Obra N° 9”⁴⁵*, suscrita el 26 de enero de 1996, las partes retomaron la cuestión referente al análisis de precios unitarios para actividades no

⁴¹ Fl. 341 c.9.

⁴² Fls. 337 – 339 c.9.

⁴³ Fls. 313 – 314 c.9.

⁴⁴ Fls. 302 - 304 cc.9.

⁴⁵ Aunque la secuencia numérica de las mencionadas actas se había precedido con dos ceros (00), el acta firmada el 26 de enero de 1996 sólo fue identificada con el dígito 9 (fl. 294 c.9).

previstas, en los siguientes términos (se transcribe de manera literal, incluyendo eventuales errores):

“Se estableció como precios de actividades no previstas, los que el mismo contratista presentó y fueron aprobados por la ETB para la ampliación de la central Yomasa, quedando pendiente los ítems ya que no están incluidos tampoco. Se solicita al contratista corregir el precio del emparrillado, pues no coincide con lo ejecutado (...). Con estos precios unitarios se actualizará el cuadro de mayores cantidades de obra”⁴⁶.

Respecto del suministro de cable por parte de la ETB, en la misma acta se dijo que en la bodega de Engativá estaban agotadas las existencias de *cable de 20 pares*, lo cual, según el Consorcio, podría llegar a ocasionar retrasos en la terminación de los distritos de las redes.

En el Acta N° 10 del 2 de febrero de 1996⁴⁷, las partes constataron que no había disponibilidad de cables *“de 200 y 20 pares”* en la bodega de Engativá, aspecto que llevó a la ETB a solicitar un informe detallado sobre la incidencia de tal escasez en la obra, a fin de examinar alternativas de solución.

En cuanto al avance del objeto contractual, se reconocieron algunos adelantos en las canalizaciones, pero también se pusieron de manifiesto varios atrasos en las labores de *“empalmería”* y en la ejecución de la red primaria, tareas estas que el Consorcio se comprometió a adelantar hasta alcanzar las previsiones del cronograma.

Frente al análisis de precios por el cual se había requerido al Consorcio en los comités anteriores, se señaló:

“Revisados los análisis de precios unitarios para actividades no previstas, la Interventoría aprueba los presentados para la misma actividad en la Central Yomasa o San Fernando. Para las actividades que tampoco fueron contempladas en dichas Centrales, fueron aprobados los presentados por el Contratista. El análisis de precios para el refuerzo (emparrillado) fue devuelto para revisión, pues no coincide e análisis con lo ejecutado en la obra.

“El análisis para la construcción y suministro de placas de tapa sobre el cárcamo y túnel del separador de la Avenida Américas quedó pendiente por presentar”⁴⁸.

⁴⁶ Fl. 295 c.9.

⁴⁷ Fls. 290 – 293 c.9.

⁴⁸ Fl. 290 c.9.

El asunto relativo a la falta de suministro de cables fue retomado en el Acta de Obra N° 11 del 9 de febrero de 1996⁴⁹, en la cual se advirtió que la ausencia de tales elementos impedía la terminación de los distritos y podría ocasionar mayores atrasos. Como respuesta, la ETB señaló que la disponibilidad de los cables en la bodega de Engativá se proyectaba para estar lista el 15 de febrero de 1996.

En esa misma sesión - la del 9 de febrero de 1996 -, la interventoría del contrato volvió a poner de manifiesto los atrasos que le venía atribuyendo al Consorcio en la colocación de cables primarios de redes y en los trabajos de “empalmería”. Sin embargo, también refirió obstrucciones en varios tramos de canalización que serían reportados al área de diseño de redes de la ETB, puesto que se requería la reconstrucción de dichos segmentos para poder habilitar el paso de los cables instalados por el contratista.

La aducida demora del Consorcio en el ítem referente a la “empalmería” fue destacada una vez más en el Acta de Obra N° 12 del 19 de febrero de 1996. En dicha oportunidad también se reiteró que el desabastecimiento de cables continuaba, razón por la cual la ETB le solicitó al contratista que presentara una cotización de dicho elemento⁵⁰.

En Acta de Obra N° 13 del 23 de febrero de 1996, la ETB le reclamó al contratista por reincidir en incumplimientos relativos al retiro de escombros, la demolición de cajas de paso y la presentación de las cuentas para acreditar el correcto manejo del anticipo. De igual manera, se volvieron a evidenciar retrasos en los trabajos de “empalmería” por falta de rendimiento del personal a cargo del Consorcio.

El contratista pidió que se le recibiera y pagara la totalidad de los distritos objeto del contrato, pero no se le aceptó dicho pedido por haberse concluido que los mencionados distritos aún estaban pendientes de una cabal terminación.

Con respecto al suministro de cable, aunque se tomó en consideración la cotización presentada por el contratista, también se señaló (se transcribe de manera literal, con inclusión de posibles errores):

⁴⁹ Fls. 285 – 289 c.9.

⁵⁰ Fls. 277-279 c.9.

“La Coordinación de la ETB no se explica la falta de cable de 10 y 20 pares que se está necesitando para la terminación de los distritos, ya que la cantidad de cable programado por el Contratista para los meses de enero y febrero ya ha sido entregado en su totalidad, para lo que el Contratista argumenta que se ha presentado una diferencia considerable entre la cantidad de cable instalado según el protocolo y la cantidad real de cable a instalar según el replanteo, adicionalmente el Contratista solicitó a la Interventoría, debido a esto, una reconsideración en cuanto a la programación de los empalmes de (red) secundaria, para lo que la Interventoría responde que va a evaluar la situación en cuanto a la cantidad de cable entregado según los boletines contra la cantidad de cable realmente colocado y hace la aclaración de que la totalidad del atraso no se debe solamente a la falta de cable de 10 y 20 pares ya que esta actividad se comenzó demasiado tarde y analizando los informes semanales, esta actividad hasta antes de la semana 10 no se había efectuado ningún trabajo relacionado con la empalmería de red secundaria”⁵¹.

Respecto de los mencionados trabajos de “empalmería”, cuyo retraso se le cuestionó al Consorcio, este, en las Actas de Obra 14 y 15, suscritas el 1º y el 8 de marzo de 1996, respectivamente⁵², le atribuyó tal dilación a su proveedor y a otros factores externos. Por otro lado, se le insistió al contratista en la demolición de cajas de paso y en la reparación de algunos daños causados durante la obra.

Para las fechas mencionadas persistía la contingencia relacionada con la escasez de cable de “20 pares”, ante lo cual la ETB autorizó de manera provisional la realización de los trabajos con cable de diferente especificación.

En Acta de Obra N° 16 del 18 de marzo de 1996⁵³ se reportó, finalmente, la disponibilidad de algunas referencias de cable en la bodega de Engativá, por lo cual las labores de las redes debieron continuar con el material señalado inicialmente.

En este comité, el Consorcio solicitó que se reconsideraran las advertencias sobre el supuesto atraso en el empalme de la red secundaria, por considerar que las demoras habían obedecido a la falta de suministro de cable de 10 y 20 pares. Frente a ello, la interventoría de la obra le solicitó al contratista toda la relación del cable instalado en cada uno de los distritos de la red durante los

⁵¹ Fls. 273-276 c.9.

⁵² Fls. 261 al 269 c.9.

⁵³ Fls. 246 – 248 c.9.

meses de enero y febrero, a fin de valorar el nivel de incidencia de la escasez de cable, en el avance de la empalmería.

Por lo demás, se señalaron nuevamente algunos atrasos en otros ítemes de la obra contratada y algunos daños reportados en la red existente, aspectos estos que también se abordaron en las Actas de Obra 17 y 18 del 27 y el 29 de marzo de 1996.

Según lo consignado en el Acta de Obra N° 19 del 12 de abril de 1996⁵⁴, se acordó evaluar el valor del reajuste, la mayor cantidad de obra y las actividades adicionales no previstas, en orden a efectuar la correspondiente reserva presupuestal. En dicho comité, la interventoría presentó ante la ETB la petición elevada por el Consorcio para que el contrato fuera prorrogado por 60 días calendario.

Por otro lado, en el Acta de Obra N° 20 del 15 de abril de 1996, se señaló (transcripción de forma literal, con inclusión de eventuales errores):

“La coordinación de la ETB sugiere a la Interventoría parar totalmente la obra, debido a los daños presentados en la red existente, que a la fecha se encuentra en 10.000 pares, sin embargo solicita a la Interventoría su opinión al respecto, para lo que la Interventoría responde que faltando tan poco trabajo no se justifica parar totalmente la obra y propone la reparación de los daños conjuntamente entre la ETB y el contratista...”⁵⁵.

Como consecuencia, las partes asumieron mutuos compromisos para superar la contingencia causada por tales daños y acordaron evaluar el avance de las reparaciones durante los días siguientes, hasta el 19 de abril de 1996.

Como ya se anotó, en escrito del 25 de abril de 1996, el contratista solicitó que se ampliara el plazo de ejecución del contrato por un término de 45 días⁵⁶.

En Acta de Obra N° 22 del 29 de abril de 1996⁵⁷, las partes acordaron prorrogar el término de ejecución del contrato por 45 días calendario contados a partir del 2 de mayo de 1996. El mismo plazo adicional fue pactado para la respectiva interventoría, para lo cual la ETB se comprometió a cubrir el 66% de su valor y

⁵⁴ Fls. 242 y 243 c.9.

⁵⁵ Fl. 240 c.9.

⁵⁶ Fls. 93 - 94 del c.7.

⁵⁷ Fls. 235 – 236 c.9.

le cargó al Consorcio el cubrimiento del 34% restante, al señalar que era responsabilidad de este el retraso ocasionado en los trabajos de “empalmería”.

El contratista, por su parte, guardó silencio sobre el costo derivado de la prórroga o ampliación del término de ejecución de la obra.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el Acta de Obra N° 23 del 6 de mayo de 1996 –ya en período de prórroga-, para esa fecha el contratista daría inicio a labores de terminación y/o reparación de los acabados en los sitios donde había desarrollado la canalización. En los comités siguientes se refirió lo relativo a los atrasos del Consorcio en la recolección de escombros⁵⁸.

Revisadas las actas de los comités de obra reseñados, se tiene que, en efecto, se presentaron frecuentes contingencias en el suministro de una parte del cableado correspondiente a la obra, dada la escasez que de tales elementos se registró en una bodega de la localidad de Engativá. Sin embargo, quedó igualmente referida la entrega oportuna del material restante por parte de la ETB, pese a lo cual, las actas de obra también dieron cuenta de algunos retrasos imputables al contratista, particularmente en lo relacionado con el retiro de escombros, los trabajos de “empalmería”, la tardía instalación del “cableado primario” y la reparación de los daños ocasionados en la zona de las obras.

Ahora bien, las partes efectuaron siete liquidaciones parciales del contrato y dos reajustes de precios, documentos en los cuales el Consorcio se abstuvo de reclamar lo correspondiente a los eventuales sobrecostos que le podía haber acarreado la ampliación del plazo de ejecución de la obra.

Aunque la cláusula quinta del Contrato de Obra N° 3702 establecía que los pagos periódicos y graduales de las obras debían estar precedidos por la firma de las correspondientes actas de recibo parcial⁵⁹, no se encuentra en los elementos de prueba que las partes hubieran suscrito tales actas, sino que realizaron siete liquidaciones, igualmente parciales, a medida que iba avanzando la ejecución del objeto contractual.

⁵⁸ Fls. 207 – 234 c.7.

⁵⁹ Fls. 32 y 33 c.7.

Así pues, el 27 de febrero de 1996 se elaboró y signó el *Acta de Liquidación N° 001*⁶⁰, en la cual se señaló la suma de \$581'459.179,16 como valor de las obras ejecutadas en el primer corte –del cual no se refirió fecha alguna- y el monto de \$203'510.712,70 como saldo a pagar al contratista tras la deducción del porcentaje de amortización del anticipo.

En fechas 18 de abril, 24 de mayo y 21 de junio de 1996 se suscribieron, respectivamente, las Actas de Liquidación 002, 003 y 004, en las cuales también se señalaron –como se detallará más adelante- los valores parciales de las correspondientes entregas de obra, así como los porcentajes de amortización del anticipo y los saldos por pagar al contratista. En ninguna de tales actas se expusieron salvedades sobre los montos liquidados ni sobre obligaciones pecuniarias eventualmente causadas a favor del Consorcio⁶¹.

Por su parte, las Actas de Liquidación 005, 006 y 007 del Contrato N° 3072 de 1995 fueron suscritas el 23 de agosto, el 22 de septiembre y el 12 de octubre de 1996, respectivamente. En dichas oportunidades se señalaron, igualmente, los valores de las obras entregadas, el detalle de la amortización del anticipo y el consiguiente saldo a favor del contratista –aspectos que se expondrán de manera específica *ut infra*-, todo ello sin reserva alguna expresada por las partes.

El 20 de junio de 1996 las partes establecieron un reajuste parcial de precios sobre las Actas de Liquidación 001, 002 y 003, operación en la cual incluyeron el precio de diversos materiales suministrados por el contratista y de varias actividades previstas en el contrato, valores cuyo reajuste se calculó sobre los índices de costos establecidos por CAMACOL⁶².

Asimismo, el 12 de octubre de 1996 se efectuó un segundo reajuste parcial de precios, el cual incluyó la totalidad de las Actas de Liquidación correspondientes al Contrato N° 3702 de 1995.

Dichas operaciones implicaron que las Actas 001 a 003 fueran reajustadas en dos oportunidades, mientras que las Liquidaciones 004 a 007 fueron objeto de un solo reajuste. En todo caso, los balances de la obra ni los reajustes de precios merecieron salvedades del Consorcio contratista.

⁶⁰ Fl. 84 c.7.

⁶¹ Fls. 89 del c.7, 179 y 217 c.9.

⁶² Fls. 101 - 104 c.7.

Entre tanto, el 19 de abril de 1996 la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB- profirió la Resolución N° 10320, por la cual le impuso al Consorcio una sanción pecuniaria por los supuestos daños ocasionados en la red existente, durante la ejecución del contrato⁶³.

El 15 de octubre de 1996 las partes suscribieron el “Acta de Liquidación Contable” del contrato, en la cual, además de referir los cortes de obra, las liquidaciones y los reajustes antes mencionados, señalaron como saldo a favor del contratista la suma de \$41'134.920 por concepto de las retenciones que debían devolverse, descontados los montos que debía pagar el Consorcio por concepto de daños causados y de multas impuestas por la ETB⁶⁴.

Dicho valor le fue pagado al contratista el 20 de febrero de 1997, previa presentación de la cuenta de cobro el 17 de febrero de ese mismo año⁶⁵.

Solo el 15 de octubre de 1996, al suscribirse la aludida Acta de Liquidación Contable, el contratista señaló que solicitaría el reconocimiento del “desequilibrio económico del contrato generado por la mayor permanencia en la obra”, contingencia que estimó en la suma de \$50'000.000.

Habidas las anteriores circunstancias, salta a la vista que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB- incurrió, ciertamente, en una falta de planeación, al no gestionar oportunamente la disponibilidad total del cableado que se requería para la cabal ejecución de la obra contratada y al no haber revisado en debida forma, incluso antes de la respectiva licitación, los estudios y diseños de las redes y canalizaciones que posteriormente serían objeto del Contrato N° 3702 de 1995. Por cuenta de estos dos factores –entre otros hechos- fue necesario postergar el plazo de terminación de las labores encomendadas al Consorcio *Jorge Ariel Velosa Peñarete y R y L Ltda.*

Sin embargo, el remedio a dichas irregularidades fue abordado y acordado por ambas partes durante los comités de obra aquí reseñados -cuyas actas reposan en el proceso-, en las liquidaciones parciales del contrato y en los dos reajustes de precios, sin que en ninguna de tales oportunidades el contratista hubiera reclamado pagos adicionales a los pactados en los mencionados

⁶³ Fls. 180 – 182 c.11.

⁶⁴ Fls. 146 - 148 y 157 - 159 c7.

⁶⁵ Fls. 150 - 154 c.7.

instrumentos ni los conceptos que adujo en la demanda por la mayor permanencia en el sitio de la obra.

Adicionalmente, la *prórroga* o adición del plazo de ejecución del contrato – sobre la cual el Consorcio alegó esa mayor permanencia- no tuvo como única causa la falta de planeación de la ETB en lo relativo al suministro de cableado y la verificación de la idoneidad de los diseños de redes, sino que también obedeció a contingencias ajenas a la entidad, tales como las dilaciones iniciales de las autoridades distritales durante el trámite de la licencia de excavación – cuya gestión, dicho sea de paso, le correspondía al contratista-, la demora del mismo Consorcio en el avance y ejecución de otros ítems correspondientes al contrato, las inconsistencias evidenciadas en el cronograma presentado por el contratista y los daños provocados en la red existente, los cuales ameritaron, además, la imposición de sanciones pecuniarias.

En todo caso, el Acta de Recibo Final de la Obra se suscribió el 14 de junio de 1996⁶⁶, esto es, siete días antes de que culminara el plazo total de ejecución del contrato, el cual habría de finalizar el **21 de junio de 1996**, como anteriormente se señaló, lapso que comprendió el período de prórroga solicitado por el contratista y pagado por la ETB.

Al respecto, vale la pena reiterar lo que en anteriores pronunciamientos ha señalado esta Corporación a propósito de los acuerdos celebrados por las partes para superar las contingencias surgidas durante la ejecución del contrato. Sobre esta materia, ha señalado la Sección Tercera⁶⁷:

*“...es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que **no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.***

“Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron

⁶⁶ Fl. 98 del c.7.

⁶⁷ Sentencia del 31 de agosto del 2011, expediente N° 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato⁶⁸.

“(…).

“No sólo no resulta antijurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales **cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole.** Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.

“(…).

“Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, **la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional (...).**

“Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, ‘...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento’, suscribiendo para tales efectos ‘los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...’.

“Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos(...), que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas” (énfasis fuera de texto).

⁶⁸ (Cita transcrita) “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de julio de 1992, exp. 6032, C.P. Daniel Suárez Hernández”.

Tal criterio jurisprudencial resulta aplicable al presente asunto, puesto que concurren los mismos supuestos abordados en dicho pronunciamiento, vale decir, la celebración de acuerdos previos y el pacto de reajustes de precios durante la ejecución del contrato para superar las anomalías que ameritaron su prolongación, sin que en ninguno de esos compromisos mutuos el contratista hubiera solicitado los conceptos y supuestos sobrecostos que luego reclamó cuando ya se habían suscrito todas las liquidaciones parciales y los citados reajustes.

3.4. La mora alegada por el demandante respecto de los pagos parciales del contrato

Refirió la parte actora que la ETB había incurrido en incumplimiento por mora en el pago de las obras y que tal circunstancia derivó en la alteración del equilibrio financiero del contrato. En tal virtud, solicitó el restablecimiento de dicha ecuación y el reconocimiento de los intereses moratorios causados sobre las sumas tardíamente pagadas por el ente demandado.

Revisado el material probatorio, se aprecia que la cláusula quinta del contrato estableció el procedimiento para su pago en los siguientes términos (se transcribe de manera literal):

*“... 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, 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 (...). Las cuentas se cancelarán **dentro de los treinta (30) días siguientes a la radicación de la cuenta de cobro en la Tesorería de LA EMPRESA, acompañada de Acta de Recibo Final de las obras a entera satisfacción de LA EMPRESA y de la aprobación del manejo del anticipo**”* (destaca la Sala).

Como quedó señalado anteriormente, el Acta de Iniciación de los trabajos se suscribió el 4 de diciembre de 1995.

En comité de obra del 26 de enero de 1996 –consignado en el Acta de Obra N° 009-, el interventor del Contrato 3702 de 1995 señaló que en la primera revisión de la cuenta de cobro presentada por el contratista había encontrado “*varios*

errores y tramos sin emboquillar, terminar y rematar las cámaras anexas”, razón por la cual advirtió que no tramitaría la mencionada cuenta mientras no se corrigieran las anomalías anotadas”⁶⁹.

Los pagos efectuados por la ETB y recibidos por el contratista no se sustentaron sobre Actas de Recibo Parcial de obra, como se había acordado, sino sobre las ya referidas Actas de Liquidación suscritas durante el período de ejecución del contrato, así como sobre los dos reajustes parciales de precios que se efectuaron sobre este.

Así, el Acta de Liquidación N° 001 del 17 de febrero de 1996 arrojó como valor de los trabajos ejecutados la suma de \$581'459.176,16 y como saldo a favor del contratista tras la amortización del anticipo, la cantidad de \$203'510.712,70. La cuenta de cobro correspondiente –número 1723- fue presentada por el Consorcio el **11 de marzo de 1996**, mientras que el pago efectivo fue realizado dos días después, el **13 de marzo** de ese mismo año, de conformidad con la orden de pago con sello de recibo, obrante en el proceso⁷⁰.

En el expediente no figuran cuentas de cobro presentadas para el pago de las Actas de Liquidación 002, 004 y 005; sin embargo, se demostró con comprobantes firmados por el Consorcio que la ETB desembolsó las sumas allí reconocidas, en las siguientes fechas⁷¹:

ACTA	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	VALOR DE LAS OBRAS	SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	FECHA DE PAGO
002	18 de abril de 1996	\$222'547.300,80	\$77'891.555,28	6 de mayo de 1996
004	17 de julio de 1996	81'725.409,00	\$65'926.087,83	9 de agosto de 1996
005	23 de agosto de 1993	\$206'582.529,60	\$65'926.087,83	20 de septiembre de 1996

Se advierte, de esta manera, que entre la fecha de firma de cada una de las mencionadas Actas de Liquidación y el día de su correspondiente pago

⁶⁹ Fl. 296 c.9.

⁷⁰ Fls. 84 – 88 c.7.

⁷¹ Fls. 89 – 92 y 107 – 123 c.7.

transcurrió siempre un lapso no superior a los 30 días previstos en el contrato, los cuales, incluso, no se contaban a partir de la suscripción de las actas sino desde la presentación de la respectiva cuenta de cobro.

Ahora, el Acta de Liquidación N° 003 del 24 de mayo de 1996 estableció la suma de \$146'777.325,50 como valor de las obras ejecutadas en el tercer corte y el monto de \$51'372.063,92 como cantidad para reconocer al contratista tras descontar la amortización del anticipo⁷². Dicha acta reposa en el expediente en copia auténtica, pero no se acompañó con la cuenta de cobro ni con comprobante de su pago, razón por la cual no es posible establecer la fecha exacta en que la ETB le entregó al Consorcio la suma allí reconocida.

No obstante lo anterior, hay lugar a establecer que el saldo registrado en el Acta de Liquidación N° 003 de 1996 sí le fue pagado al contratista, puesto que así quedó señalado y aceptado por este en el “Acta de Liquidación Contable”, suscrita respecto de la totalidad del negocio jurídico el 15 de octubre de 1996⁷³. En todo caso, resulta claro que en este proceso no se probó que la ETB hubiera efectuado el pago del acta mencionada por fuera de los plazos y términos establecidos en el Contrato de Obra N° 3702 de 1995.

Con respecto a las Actas de Liquidación 006 y 007, su pago fue acreditado en el proceso con las cuentas de cobro, las órdenes de pago y las firmas de recibo del contratista, así:

ACT A	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	VALOR DE LAS OBRAS	SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	RADICACIÓN DE CUENTA DE COBRO	FECHA DE PAGO
006	11 de octubre de 1996	\$93'460.611,68	\$88'787.581	8 de noviembre de 1996	3 de diciembre de 1996
007	12 de octubre de 1996	\$6'192.297,00	\$65'926.087,83	Sin fecha de radicación. Factura elaborada el <u>18 de octubre de 1996</u>	13 de noviembre de 1996

⁷² Fl. 217 c.9.

⁷³ Fls. 147 – 149 c.7.

Este mecanismo de corte periódico del contrato, así adoptado por las partes para facilitar la liquidación gradual del valor de las obras y su consecuente pago, fue explicado mediante declaración testimonial rendida en este proceso por el señor Jairo Martín Martín, quien para la época de los hechos fungió como ingeniero residente de la firma interventora del contrato y suscribió en nombre de esta, varias Actas de Obra. Dicho testigo se refirió al procedimiento que precedía a la firma de las actas de liquidación parcial y a las razones por las cuales las fechas de estos instrumentos no coincidieron con las de los cortes de la obra. En punto de ello, relató lo siguiente (se transcribe de manera literal, incluso con posibles errores):

“Las actas mensuales de liquidación, se iniciaban con la medición en campo por parte de los inspectores tanto de interventoría como del contratista de la obra que se hubiera ejecutado, hasta la fecha de corte, realizadas estas mediciones de forma independiente, el contratista enviaba un borrador del acta de liquidación, al ser el residente de la interventoría reenviaba la información de las carteras de medición realizadas por interventoría a la oficina, con el fin de que fueran comparadas con las cantidades enviadas por el contratista (...).

“...la demora en la legalización del acta de liquidación número 1 se debió al igual que en el acta número 2 a la continuidad repetitiva de errores por parte del contratista en la presentación de las actas (...). Un atraso ya de dos meses y medio que presentó en la primera acta de liquidación (...), ya es imposible recuperarlo, el atraso se mantiene constante a lo largo de todas las actas, si se compara con el tiempo contractualmente estipulado (...).

“...me consta que varias veces se le devolvieron las actas corregidas al contratista y ellos, al devolverlas a interventoría corregidas, se observaba en ellas la corrección a las observaciones dadas por interventoría pero se observaba que a las partes ya revisadas por parte de la interventoría habían sufrido cambios en las cantidades (...), no sé si consciente o inconscientemente se realizaba este tipo de trabajo, pero lo que nos obligaba a devolver nuevamente las actas al contratista, tan claro es lo que informo, que hasta la fecha del acta 25, que fue el 16 de mayo, nunca existió ninguna comunicación o queja a la interventoría o a la ETB”⁷⁴.

A la luz de los hechos aquí acreditados es dable concluir que la ETB no sobrepasó los términos previstos en el contrato para el pago de cada una de las actas en que se liquidaron las entregas parciales de la obra y que la circunstancia de no haber sido posible el corte, liquidación y pago mensual del

⁷⁴ Fls. 213 – 214 c.7.

negocio jurídico, obedeció a diversas causas, varias de ellas imputables al contratista.

El cumplimiento oportuno de la ETB en los pagos parciales de las obras también se evidenció con las dos actas de reajuste de precios del contrato, pues, en efecto, el primer reajuste parcial, efectuado el 20 de junio de 1996 sobre las Actas 001 a 003, reflejó un valor adicional de \$64'092.233,66, monto que le fue pagado al Consorcio el **16 de julio de 1996**, previa presentación de la cuenta de cobro el 8 de julio de ese mismo año⁷⁵.

De igual manera, el segundo reajuste de precios –efectuado el 12 de octubre de 1996- fijó como valor de tal operación la suma de \$58'583.957,14, la cual se le pagó al contratista el 19 de noviembre de 1996, con cuenta de cobro elaborada el 18 de octubre de la misma anualidad⁷⁶.

Por último, encuentra la Sala que el Acta de Liquidación Contable del Contrato N° 3702 de 1995 se suscribió el 15 de octubre de 1996 y que dicho instrumento, además de relacionar los valores y saldos referidos en las anteriores actas parciales y en los reajustes del contrato, señaló las cantidades adeudadas al contratista por concepto de “*devolución de retenciones*”, ítem que fue calculado en la suma de \$41'134.920⁷⁷.

El Consorcio efectuó el cobro de dicho valor el 17 de febrero de 1997, mientras que el pago respectivo fue realizado por la ETB el 20 de febrero de ese mismo año⁷⁸.

Se concluye y reitera, con fundamento en los hechos aquí relatados, que ninguna de las actas de liquidación y reajuste -firmadas por las partes sobre la totalidad del contrato- fue pagada con posterioridad al vencimiento de los plazos pactados por mutuo acuerdo en las cláusulas del Contrato N° 3702 de 1995. De lo anterior se sigue que la ETB no incurrió en la mora alegada por el Consorcio en el escrito de demanda, de suerte que no existe mérito para establecer la causación de intereses moratorios ni una ruptura del equilibrio financiero del contrato, asociada a las fechas en que la entidad demandada efectuó los pagos de la obra encomendada.

⁷⁵ Fls. 101 – 106 c.7.

⁷⁶ Fls. 138 – 145 c.7.

⁷⁷ Fls. 146 – 149 c.7.

⁷⁸ Fls 150 – 152 c.7.

Es verdad que dichos pagos no se efectuaron por cortes mensuales, como se había previsto en el clausulado, pero también se demostró que el Contrato mismo establecía como alternativa de periodización de los abonos, las entregas de canalizaciones, distritos y/o cables parcialmente ejecutados que fueran aprobados por la interventoría.

Asimismo, es del caso recalcar que el tramo o corte de trabajo que el contratista adujo para recaudar el primer pago recibió algunos reparos y observaciones del interventor –como lo refirió el testimonio reseñado precedentemente-, al punto de advertir que postergaría la gestión del cobro hasta tanto el Consorcio cumpliera cabalmente con el tramo de la obra, circunstancia esta que impide, con mayor razón, establecer que los pagos hubieran sido tardíos y que tales demoras hubieran obedecido a la culpa de la ETB.

Luego, a la luz del material probatorio anteriormente analizado, no es posible atribuirle a la ETB mora alguna en el pago del contrato, razón por la cual no hay lugar a declarar la obligación de pagar intereses moratorios ni a disponer el restablecimiento del equilibrio económico contractual, como tampoco el pago de perjuicio alguno imputable a la entidad aquí demandada.

3.5. De la ruptura del equilibrio económico del contrato por el incremento en el impuesto a las ventas -IVA-

Como quedó señalado anteriormente, el Consorcio demandante manifestó que el incremento de la tarifa del IVA, decretado por el legislador y sancionado por el Gobierno Nacional en 1995, había generado un aumento intempestivo de los precios de los materiales que debía adquirir para adelantar la obra contratada, circunstancia que alteró –según su dicho- el equilibrio económico del negocio jurídico, al hacerlo más oneroso para el consorcio y provocarle un “*daño diferencial*” que le impidió recibir la utilidad pactada.

En efecto, 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 1996⁷⁹.

⁷⁹ Dispuso la norma:

“Artículo 14. El artículo 468 del Estatuto Tributario quedará así:

Sin embargo, la misma norma estableció en el párrafo 4°:

“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 aquí citado y, como ya se indicó, el 20 de junio y el 12 de octubre de 1996 la ETB y el Consorcio efectuaron reajustes a los precios de las obras contratadas, incluyendo los materiales y la mano de obra suministrados por el contratista⁸⁰.

Dichos reajustes estaban previstos en el numeral 3.8.1. de la licitación pública, la cual estableció las fórmulas para rectificar los costos en que incurriera el contratista y, adicionalmente, estableció en el numeral 3.8.1.7:

“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...”.

De igual manera, la cláusula cuarta del Contrato N° 3702 de 1995 señalaba:

“Los precios unitarios pactados estarán sujetos a reajustes de acuerdo con la clasificación y fórmulas establecidas en los numerales 3.8.1.1 a 3.8.1.6 del Pliego de Condiciones. Los precios pactados no contemplados en los numerales citados, que se ejecuten a partir del 1° de enero de 1996, se reajustarán siempre y cuando sea debido a causas no imputables a EL CONTRATISTA”.

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 la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL para cada uno de los rubros actualizados, tomando como meses 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.

‘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”.

⁸⁰ FIs. 104 y 144 c.7.

Tal y como se refirió *ut supra*, la primera acta de reajuste parcial de precios comprendió las liquidaciones 001, 002 y 003 del Contrato y arrojó la suma de \$64'092.233,66, reconocida a favor del contratista tras precisar los siguientes resultados⁸¹:

LIQUIDACIÓN PARCIAL	VALOR	SUMATORIA	REAJUSTE
001 del 21 de febrero de 1996	\$581'459.176,16		
002 del 27 de marzo de 1996	\$222'547.300,80		
003 del 23 de mayo de 1996	\$146'777.325,50		
Total liquidaciones 001, 002 y 003		\$950'783.805,46	\$64'092.236,66 (20 - 06 - 1996)
Total liquidaciones anteriores más el primer reajuste			\$1.014'876.042,12

Por su parte, la segunda acta de reajuste parcial de precios –suscrita el 12 de octubre de 1996- abarcó la totalidad de las liquidaciones del Contrato, incluyendo una segunda actualización de precios referidos en las actas 001, 002 y 003. En dicha operación se obtuvo un monto de \$122'676.190,80, del cual se descontó la cantidad reconocida en el primer reajuste, así:

LIQUIDACIÓN PARCIAL	VALOR	SEGUNDO REAJUSTE	LIQUIDACIONES MÁS REAJUSTES
001 del 21 de febrero de 1996	\$581'459.176,16		
002 del 27 de marzo de 1996	\$222'547.300,80		
003 del 23 de mayo de 1996	\$146'777.325,50		
004 del 17 de julio de 1996	\$81'725.409,00		

⁸¹ Fl. 104 c.7.

005 del 23 de agosto de 1996	\$206'582.529,60		
006 - 11 de octubre de 1996	\$93'460.611,68		
007 - 12 de octubre de 1996	\$6'192.297,00		
Total liquidaciones 001- 007	\$1.338'744.652,74	\$122'676.190,80	\$1.461'420.843,54
Menos primer reajuste		-\$64'082.233,66	
<u>Neto a pagar por concepto de reajustes</u>		<u>\$58'583.957,14</u>	

El valor del primer reajuste de precios, realizado en acta del 20 de junio de 1996, fue pagado al contratista el 16 de julio de ese mismo año⁸².

A su vez, el valor del segundo reajuste, adoptado en acta del 11 de noviembre de 1996, le fue entregado al Consorcio el 19 de noviembre de dicha anualidad⁸³.

Se advierte de esta manera que desde la misma celebración del contrato, las partes implementaron medidas para preservar la ecuación financiera del mismo y conjurar los efectos que pudieran provocar los eventuales cambios en los precios, lo cual llevaba implícitos aquellos cambios provenientes de las medidas tributarias adoptadas por el Congreso y el Gobierno Nacional.

En efecto, cabe resaltar que los reajustes de precios efectuados por las partes se fundamentaron en índices de costos reportados en el momento de suministro de los materiales y de ejecución de los ítems de obra, índices que, por corresponder a la dinámica misma del mercado y de los precios, habrían de contemplar la tarifa del I.V.A. que para ese entonces ya estaba fijada por virtud de la Ley 223 de 1995.

El Consorcio suscribió las actas de reajuste mencionadas sin formular reservas, observaciones ni reparos. Sin embargo, cuatro meses después, el 5 de febrero de 1997, le solicitó a la ETB el restablecimiento de la ecuación contractual y,

⁸² Fl. 106 c.7.

⁸³ Fl. 144 c.7.

frente al mencionado incremento tributario, manifestó que se le debían reconocer las diferencias surgidas en los precios de los materiales con ocasión de dicha medida⁸⁴.

El 20 de marzo de 1997 la ETB dio contestación a la solicitud del contratista y señaló que tal petición debió ser presentada dentro del término de ejecución del contrato y después de la fecha de entrega definitiva de las obras⁸⁵.

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 dichos documentos y que, por si fuera poco, no demostró que al margen de tales reajustes y rectificaciones, el incremento en la tarifa del IVA hubiese ocasionado en todo caso una ruptura de la ecuación del contrato con grave, anormal y extraordinario detrimento patrimonial para el contratista.

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 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.

⁸⁴ Fl. 172 c.7.

⁸⁵ Fl.185 c.7.

En ese orden de ideas, resulta claro que no hay lugar a reconocer indemnización alguna por los conceptos que la parte actora alegó como derivados de las modificaciones tributarias ya señaladas.

4) De la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la ETB liquidó unilateralmente el Contrato No. 3702

La solicitud de nulidad recae sobre los siguientes actos administrativos:

-. Resolución No. 11208 del 2 de julio de 1997 por la cual la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá efectuó y adoptó la liquidación unilateral del Contrato de Obra N° 3702 de 1995. En el contenido de dicho documento se plasmó el balance financiero el contrato en los siguientes términos⁸⁶:

<i>“VALOR TOTAL DE LA OBRA EJECUTADA</i>	<i>\$1.461'420.843,54</i>
<i>VALOR PAGADO AL CONTRATISTA</i>	<i>\$1.461'420.843,54</i>
<i>SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA</i>	<i>\$0.00”.</i>

La entidad señaló que para dicha tasación tomaba en cuenta el Acta de Liquidación Contable suscrita el 15 de octubre de 1996 –referida anteriormente– y que no existían saldos pendientes de pago a cargo de ninguna de las partes.

Contra la anterior decisión el contratista interpuso recurso de reposición el 28 de agosto de 1997, para solicitar el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por las alegadas y supuestas causales de mora en el pago del anticipo, mayor permanencia en la obra, mora en los pagos parciales del contrato e incremento en la tarifa del impuesto a las ventas IVA⁸⁷.

En su recurso, el Consorcio puso de presente la petición que había presentado el 5 de febrero de 1997, también referente a la pretendida ruptura de la ecuación financiera del contrato y contestada por la ETB el 20 de marzo de 1997.

-. Resolución No. 11313 del 2 de octubre de 1997, por la cual la ETB resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la Resolución del 2 de julio de 1997 y dispuso confirmarla.

⁸⁶ Fls.18 - 20 c.7.

⁸⁷ Fls. 2 – 15 c.3.

En la motivación de tal decisión, la entidad señaló que tanto el pago del anticipo como el de los cortes mensuales del contrato se habían hecho dentro de la oportunidad establecida en el negocio y que no le correspondía cubrir los gastos en que hubiera incurrido el Consorcio antes de la firma del acuerdo de voluntades. Subrayó, igualmente, que la mayor permanencia en la obra había obedecido a la ampliación del término de su ejecución, aspecto que en su momento fue solicitado por el propio contratista y acordado expresamente por las partes.

Con respecto al punto expuesto por el allí recurrente respecto de las compensaciones por el incremento de la tarifa del IVA, la ETB manifestó (se transcribe de manera literal, con inclusión de eventuales errores):

“Si bien es cierto la Ley 223 de 1995, incremento en 2 puntos el Impuesto al Valor Agregado IVA, también lo es el hecho de que el contratista en su momento debió manifestar a la Empresa tal circunstancia tal como lo establecen el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 y el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 15 del Decreto Reglamentario N° 679 de 1994, por lo tanto, como la reclamación no se hizo durante la vigencia del contrato mal podría entrar a considerarse, en razón a que aparte de ser extemporánea la reclamación, esto implicaría una violación al contenido de las normas del Estatuto General de la Contratación Pública”.

-. De la falsa motivación

Como primer cargo de nulidad formulado en contra de los anteriores actos administrativos se planteó la *falsa motivación*, vicio que la parte actora hizo consistir en lo que consideró una errónea e inadecuada interpretación de las normas aducidas por la ETB, esto es, el artículo 15 del Decreto 679 de 1994 y los artículos 5 - numeral 1 y 25 - numeral 16 de la Ley 80 de 1996.

Al respecto, la parte demandante manifestó que si bien, con fundamento en tales disposiciones normativas la entidad sostuvo que las reclamaciones económicas atinentes al equilibrio financiero del contrato solo podían efectuarse durante el período de ejecución del objeto contractual, lo cierto era que los artículos mencionados consagraban derechos económicos que se le debían reconocer al contratista, pero no establecían plazos concretos ni límites temporales para solicitar su reconocimiento.

Pues bien, establecen las indicadas normas:

- Ley 80 de 1993:

“Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

“1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

“En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato...”.

“Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

“En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley”.

- Decreto 679 de 1994:

“Artículo 15. Del silencio administrativo positivo. De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación con **aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el periodo de la misma**, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia dentro de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud”.

De las normas aquí citadas se desprende que en ellas se consagra, ciertamente, el derecho del contratista a que se le restablezca la ecuación económica del contrato. Sin embargo, siguiendo el tenor literal de los artículos 25 - numeral 16 de la Ley 80 de 1993 y 15 del Decreto 679 de 1994, se advierte que las aludidas disposiciones también circunscriben el ejercicio o la reclamación de dichos derechos a la etapa de ejecución del contrato, aun cuando nada impida que deban resolverse las eventuales peticiones presentadas con posterioridad, dado que tal actividad administrativa debe

acompañarse con la garantía constitucional del derecho fundamental de petición.

En todo caso, lo que se debe subrayar frente a esta cuestión es que las normas referidas en los actos acusados -y hoy invocadas por la parte actora- bien pueden admitir una interpretación como la que efectuó la ETB al adoptar y confirmar la liquidación unilateral del contrato, máxime cuando tal razonamiento se hizo únicamente respecto de la incidencia que la reforma tributaria de 1995 habría tenido supuestamente en la ecuación financiera del negocio jurídico, mientras que en los demás puntos alegados por el contratista la ETB insistió en que los derechos invocados no se habían causado.

Resulta pertinente señalar, además, que una interpretación normativa que se aprecie inadecuada no entraña *per se* una falsa motivación, puesto que esta causal de nulidad de los actos administrativos no se refiere a las normas sino a los hechos que sustentan la decisión de la Administración, de suerte que solo se configura la *falsa motivación* cuando la entidad que expide el acto aduce fundamentos fácticos contrarios a la realidad, o bien, cuando habiendo ocurrido el evento referido en el acto administrativo, este no fue valorado jurídicamente de la manera correcta.

En el presente caso, se reitera que la ETB aplicó e interpretó unas normas en un sentido referido expresamente por estas, aun cuando es verdad que tales disposiciones también remitían al derecho patrimonial invocado por el contratista, el cual, con todo, también fue resuelto por la entidad hoy demandada al señalar que no se habían cumplido los supuestos alegados por el Consorcio como causales de ruptura del equilibrio financiero del contrato.

En tal virtud, resulta claro que el primer cargo de nulidad alegado por la parte actora no tiene vocación de prosperidad.

-. De la violación de normas del ordenamiento

El segundo cargo de nulidad elevado en contra de los anteriores actos descansó en la vulneración de los artículos 83, 90, 95 y 209 de la Constitución Política; el artículo 2 del C.C.A.; los artículos 4, 5, 24, 25, 27, 28, 50 y 60 de la Ley 80 de 1993; el Decreto 679 de 1994 y el Decreto Ley 2150 de 1995; en cuanto no le reconocieron al Consorcio los derechos que hizo derivar de la

supuesta ruptura de la ecuación económica contractual, cercenando con ello, en su sentir, los principios de buena fe contractual, economía y celeridad, consagrados en tales normas.

Teniendo en consideración que la parte demandante no logró acreditar la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 3702 ni los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra –por cuenta de la ampliación del plazo de ejecución que el propio Consorcio solicitó-, resulta propio concluir que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados en los que se negó su reconocimiento, imponiéndose la confirmación de la sentencia apelada.

5) De la objeción por error grave, formulada contra el dictamen pericial rendido en el proceso

En la presente actuación fue decretada por el *a quo* la prueba consistente en un dictamen pericial referente al cálculo de los perjuicios solicitados por la parte demandante y alegados por esta con ocasión de la pretendida ruptura del equilibrio financiero del contrato.

El dictamen fue decretado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 6 de septiembre de 2000 y practicado conjuntamente por dos auxiliares de la justicia –un contador y un ingeniero electricista- en documento presentado el 20 de noviembre de 2001⁸⁸.

En su experticia, los peritos concluyeron que la ETB no había registrado ningún día de mora en el pago del anticipo ni de las entregas periódicas de la obra. Sin embargo, establecieron una supuesta *mayor permanencia* en el lugar de ejecución del contrato equivalente a 78 días, luego de fijar el 11 de septiembre de 1995 como fecha en la que, según su dicho, “*debió firmarse el contrato*”. Señalaron (se transcribe de manera literal):

“Determinando los mayores costos causados por la mayor permanencia en la obra, desde la fecha en que debió firmarse el contrato según la licitación y el contrato firmado, hay una diferencia de treinta y dos (32) días; teniendo en cuenta la prórroga solicitada siguiendo los parámetros dados por la licitación, con referencia al contrato hay una diferencia de cuarenta y seis (46) días, para un total de setenta y ocho (78) días”.

⁸⁸ Cuaderno N° 5.

Con base en esa premisa, efectuaron el cálculo de la supuesta “*mora*” causada entre los días en que debieron hacerse los pagos del anticipo y del contrato -partiendo desde el 11 de septiembre de 1995- y las fechas en las que efectivamente se realizaron los correspondientes abonos. En dicha operación obtuvieron la suma de \$96’875.307 por concepto de “*daño emergente*” traducido en los supuestos sobrecostos causados durante los días de la pretendida tardanza y, la suma de \$81’685.038 como “*lucro cesante*” consistente en la actualización del valor del referido *daño emergente* a octubre de 2001, mes anterior a la fecha de presentación del dictamen pericial⁸⁹.

Por otro lado, refirieron la cuestión atinente a la imposición de una tarifa del 16% por concepto del IVA, en los siguientes términos: (se transcribe de forma literal, con inclusión de posibles errores):

“Para determinar este punto hubo necesidad de analizar cada una de las liquidaciones de las respectivas actas de la N° 1 a la N° 7, extractando únicamente los valores relacionados con los materiales, efectuando cálculos para encontrar la diferencia entre el valor del IVA del 14% al 16%, para posteriormente, mediante la utilización del Índice de Precios al Consumidor (...), actualizar cada una de las cifras a octubre 31 del 2001...”.

Como diferencia en los precios de los materiales con el 14% y el 16% del IVA, señalaron un “*lucro cesante*” de \$9’488.371, presentando el siguiente cuadro:

CONCEPTO	VALOR MATERIALES	DIFERENCIA POR IVA DEL 14% AL 16%	IPC FECHA INICIAL	IPC FECHA FINAL	FACTOR DE ACTUALIZACIÓN	VALOR ACTUALIZADO
Acta 2	\$350’424.835	\$6’147.804	Mayo 3/96	Oct 30/2001	1,87	\$11’496.393
Acta 3	\$71’461.930	\$1’253.719	Junio 21/96	Oct 30/2001	1,84	\$2’306.843
Acta 4	\$27’034.808	\$474.295	Agosto 12/96	Oct 30/2001	1,79	\$848.988
Acta 5	\$139’460.315	\$2’446.673	Sept 18/96	Oct 30/2001	1,77	\$4’330.611
Acta 6	\$64’251.945	\$1’127.226	Dicmbre 3/96	Oct 30/2001	1,73	\$1’950.101

⁸⁹ Fl. 14 c.5.

Acta 7	\$410.640.	\$7.205	Novbr e 8/96	Oct 30/20 01	1,74	\$12.357
TOTAL S	\$653'044. 473					\$20'945.29 3

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -ETB- formuló objeción por error grave contra el dictamen, aspecto que no fue abordado ni resuelto por el Tribunal a quo en el fallo apelado, pese a que así lo dispone el artículo 235 - numeral 6 del CPC. Por esta razón, la Sala procederá a decidir lo pertinente sobre las inconformidades planteadas por la indicada entidad contra la prueba pericial.

En efecto, la ETB manifestó en su escrito de objeciones que la supuesta tardanza en la celebración y perfeccionamiento del Contrato de Obra N° 3702 de 1995 no podía tener la virtualidad de acarrear costos ni sobrecostos por mayor permanencia en la obra, dado que la ejecución del objeto contractual en el sitio o lugar intervenido solo podía comenzar una vez suscrito el acuerdo de voluntades.

En este punto, cuestionó que la experticia hubiera señalado en un primer momento que la ETB no había incurrido en mora alguna en el pago del contrato, para luego establecer que sí la hubo por no haberse suscrito el negocio jurídico en una determinada fecha.

Señaló, igualmente, que no podía causarse interés de mora ni lucro cesante por concepto del pago del anticipo, ya que este debía coincidir con la fecha de inicio de la obra y no con la de suscripción del contrato.

En los mismos términos cuestionó la “mora” que los peritos asociaron a la pretendida postergación de la firma del contrato, al derivar de tal fenómeno la causación de sobrecostos derivados de su prórroga y de las fechas en que se suscribieron las siete actas de liquidación parcial.

Por último, señaló que debía reputarse grave el error consistente en haber establecido “a cargo de la ETB” el pago del mayor valor de los materiales que debía suministrar el contratista, tras el aumento en la tarifa del IVA.

Al respecto, se precisa lo siguiente:

De conformidad con el artículo 238 del C.P.C., la objeción que las partes pueden formular contra el dictamen pericial procede por *“error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”*. Vale decir, debe tratarse de un error de tal magnitud que, *“de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos”*, por lo cual, el error debe ser tan significativo que las conclusiones a las cuales conduzca, sean ostensiblemente equivocadas.

En torno a los presupuestos de este mecanismo de contradicción probatoria, esta Corporación ha señalado:

“...la objeción por error grave procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por su falencia fáctica intrínseca, a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia, ‘(...) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, (...) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (...) no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva’ (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)” (énfasis fuera de texto).

De lo anterior se sigue que, para que prospere la objeción por error grave, la experticia debe haber cambiado las cualidades del objeto examinado o haber tomado como objeto de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen.

En el presente caso son dos, esencialmente, los puntos materia de objeción, a saber: i) la cuestión referente a la *mayor permanencia en la obra* y, ii), lo

relativo a la diferencia de precios causada por la medida tributaria ya aludida a lo largo del debate.

Respecto del primer punto de objeción por error grave, la Sala advierte que el mismo está llamado a prosperar, puesto que en él se concluyó que había existido una *mayor permanencia en la obra* partiendo de un supuesto equivocado y, de tal razonamiento se hicieron derivar cantidades y conceptos que en realidad no se causaron.

Así pues, no le asistió razón a los peritos al señalar que la circunstancia de haberse firmado el contrato con posterioridad al 11 de septiembre de 1995 le ocasionó al contratista una prolongación indebida de su permanencia en el lugar de la obra, pues, como lo anotó la parte objetante, dicha obra solo podía comenzar a ser ejecutada una vez se celebrara el contrato mismo y se suscribiera, además, la respectiva Acta de Inicio.

Como se evidenció en el análisis anteriormente expuesto por la Sala, los tiempos previstos en el contrato para la ejecución y finalización de los trabajos, así como para el pago de los mismos, fueron cumplidos sin dilación alguna. Asimismo, quedó acreditado que la *prórroga* o ampliación del plazo de ejecución del objeto contractual se había dispuesto por mutuo acuerdo entre las partes, por causas imputables tanto a los dos extremos de la relación comercial como a factores exógenos, todo ello manejado por ambas partes en más de 25 comités de obra y tanto en materia técnica como económica, siempre en la medida en que fue avanzando la obra dentro de los plazos previstos.

Por tanto, no era factible ni posible señalar la causación de mora alguna por *mayor permanencia*, puesto que el período de desarrollo del contrato no podía contabilizarse desde la finalización de la licitación pública ni desde la fecha de adjudicación, sino desde el momento de suscribirse el acta de inicio de la obra, previo el cumplimiento de los requisitos legales y administrativos pertinentes.

Como consecuencia, resulta claro que el primer punto de objeción formulado por la parte demandada, ha de declararse próspero.

No acontece lo mismo con la cuestión esbozada por la ETB frente a la conclusión del dictamen pericial, atinente a las diferencias en los precios derivadas de la variación en la tarifa del IVA, pues frente a este punto expuesto

por los peritos, la entidad demandada cuestionó que se hubiera estimado tal diferencia como obligación “a cargo de la ETB”, aspecto que, en realidad, no fue así expresado en la prueba pericial.

Es verdad que no fue afortunado el cálculo mencionado –dado que no fue clara la forma como se extrajeron de las actas de liquidación las cifras expuestas en la experticia, cantidades estas que no se señalaron *prima facie* en tales actas– y, adicionalmente, es palmario que las entidades estatales no están obligadas a reconocerle a los contratistas la diferencia que pueda surgir por las medidas tributarias que se adopten por el legislador y el Gobierno. Sin embargo, los peritos se limitaron a efectuar la operación que se les solicitó en la demanda y en el decreto de la prueba, pero sin atribuir juicios de valor ni cargas específicas para la ETB, en dicho aspecto.

Como consecuencia, se declarará la prosperidad solo parcial de la objeción formulada por la ETB contra el referido dictamen pericial, por cuanto éste adolece de error grave, únicamente en lo que atañe a la alegada “*mayor permanencia en la obra*”, en los términos que se acaban de precisar.

6) Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el *sub examine* que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: DECLARAR QUE PROSPERA PARCIALMENTE la objeción por error grave, formulada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB S.A. E.S.P. contra el dictamen pericial rendido en el proceso, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA