

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Caducidad – Cómputo

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo – en su texto vigente para la fecha de celebración del contrato - la acción contractual debía interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. De acuerdo con la jurisprudencia vigente para ese entonces, todas las acciones que a bien tuviera promover el contratista con ocasión de la ejecución del contrato, debía formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación o a su liquidación, si ésta era necesaria, so pena de que operara el fenómeno de la caducidad de la acción. La Sala ya ha precisado desde tiempo atrás la forma de computar el plazo para el ejercicio de la acción contractual; en tal sentido ha sido reiterada la jurisprudencia en señalar que todas las acciones que a bien tenga promover el contratista con ocasión de la ejecución del contrato, debe formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación o a su liquidación si ésta era necesaria, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción. Puntualiza la Sala que al margen del análisis de legalidad que se efectuará respecto de los actos de liquidación del contrato (...) y a la conclusión a la que se llegue, se procederá a contar el término de caducidad a partir de la ejecutoria de dichos actos, en tanto que es el único elemento con el que se cuenta para realizar el respectivo conteo y que coincide con lo previsto en ese entonces por la Ley y por la jurisprudencia vigentes.

CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS – Regulación – Naturaleza jurídica

Para la época de celebración del contrato, ETB tenía la naturaleza de un establecimiento público y su objetivo era “la prestación del servicio público telefónico y similares, en el Distrito Especial de Bogotá y en su zona de influencia”. El artículo 365 de la Constitución Política de 1991 estableció la competencia para que el legislador definiera el régimen jurídico al cual se sujetarían los servicios públicos, mandato en cuyo desarrollo se profirieron, entre otras, las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, normas especiales en materia de servicios públicos domiciliarios. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 vigente al momento de celebración del contrato.

Así entonces, a partir de las normas que vienen de verse es posible concluir que los contratos que celebren las entidades señaladas anteriormente y que correspondan al “giro ordinario de las actividades” propias de su objeto social, no estarán sujetas a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, de manera que lo que no esté comprendido allí quedará cobijado por el estatuto general de Contratación Estatal. Ahora, respecto del alcance de la expresión “giro ordinario de las actividades” propias del objeto social, la jurisprudencia ha precisado que el giro ordinario de las actividades está constituido por su función principal; igualmente ha sostenido que también hacen parte del mismo aquellas actividades conexas con la función principal. [...] Así pues, es claro que, según lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 que viene de verse, al contrato [...] en mención no le era aplicable la Ley 80 de 1993, en tanto que si bien el contrato no tenía por objeto la prestación directa del servicio público de telecomunicaciones – función principal -, sí se trataba de una actividad conexas, directamente derivada del objeto principal, cuyo propósito era garantizar tal función principal. Cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios – como el que ahora se estudia – es el previsto en el derecho privado y, según se observa, al contrato [...] le eran aplicables las disposiciones del Código de Comercio, por cuanto ETB desarrollaba actividades comerciales. Adicionalmente, es necesario precisar que cuando la Administración Pública celebra contratos a los cuales se aplican preponderantemente aquellas reglas que son propias de los contratos que celebran los particulares, no puede afirmarse que tales contratos sean en estricto sentido contratos de derecho privado, es decir, iguales a los que celebran los particulares entre sí, pues el hecho de que sean celebrados por una entidad pública conlleva, necesariamente, la aplicación de una serie de reglas propias del derecho público, tales como las relativas a la competencia, las que determinan la formación de la voluntad y aquellas que regulan la forma, entre otras; entonces, se puede afirmar que tales contratos son fundamentalmente actos jurídicos mixtos que estarían regidos de un lado por el derecho público (competencia, voluntad y forma) y, de otro lado, por el derecho privado (efectos de las obligaciones, consentimiento, objeto), lo cual también puede afirmarse de los llamados contratos administrativos .

DICTAMEN PERICIAL – Valoración – Valor probatorio

Sea lo primero decir que la finalidad del experticio como medio probatorio es la de verificar hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o

artísticos (artículo 233 del Código de Procedimiento Civil). De conformidad con el numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, cualquiera de las partes de un proceso judicial –también ambas partes - puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo. Se precisa que para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, vale decir una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4° y 5° del artículo 238 del C. de P. C. [...] Valga precisar que los desacuerdos de la parte con el criterio del perito, no pueden calificarse como errores graves, así como tampoco las supuestas interpretaciones jurídicas que, además, en el caso estudiado no existieron, pues las respuestas del segundo dictamen objetadas por la parte demandada, solamente se limitaron a responder los cuestionamientos formulados por la parte actora en la demanda y en la corrección.

CONSEJO DE ESTADO – Competencia en segunda instancia – Acción de controversias contractuales

Resulta necesario precisar que el fallo de primera instancia fue impugnado únicamente por la parte actora, razón por la cual, la Sala, en su condición de juez de segunda instancia, se limitará a realizar el estudio de los puntos específicos relacionados en el recurso de apelación formulado por el actor. Conviene recordar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial – en este caso la que contiene una sentencia –, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con las propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo.

IMPOSICIÓN DE MULTAS – Competencia – Causal de ilegalidad

En cuanto a la competencia que tiene la Administración para imponer multas, encuentra la Sala que si bien es cierto que sólo en la demanda se hizo alusión a una supuesta falta de competencia de la entidad demandada para imponer multas, mas no en la apelación, para la Sala resulta imperativo examinar, incluso de oficio, el tema relacionado con la competencia de la entidad para tales efectos. Lo anterior en razón a que la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave ilegalidad; razón que impone al juez adelantar, oficiosamente, el examen del punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. [...] Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas sobre competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar, incluso de oficio, su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad.

MULTAS UNILATERALES – Imposición – Principio de Legalidad

Resulta claro que en aquellos contratos gobernados por el derecho privado – como el que ahora se examina – las entidad públicas (sic) no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad. Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista. Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias

determinadas expresamente por la Ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. [...] En ese sentido, si bien es cierto que en el clausulado del contrato [...] las partes contratantes convinieron en la posibilidad de que la entidad pública le impusiera unilateralmente multas al contratista, no lo es menos que en este caso ETB no estaba facultada por la Ley para imponer multas unilateralmente. Así las cosas, se concluye que ETB carecía de competencia funcional para imponer unilateralmente multas al contratista, por cuanto las normas de derecho privado no consagran dicha potestad y, en consecuencia, los actos que ahora se demandan se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia. [...] es claro entonces que la cláusula [...] se encuentra viciada de nulidad por objeto ilícito por contravenir normas de orden público, en tanto que por tratarse de un contrato sujeto a normas del derecho privado, no resultaba posible pactar la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, dado que dicha estipulación es a todas luces contraria al mandato constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la Ley le autorice, norma que delimita el campo de acción de la Administración frente a los administrados y que goza de la naturaleza de orden público.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL – Competencia – Asignada por la Ley

En ese orden de ideas, es claro que la potestad que tiene la Administración – en este caso ETB – para liquidar unilateralmente un contrato, es una facultad que debe estar asignada por la Ley, pues de lo contrario, la entidad carecería de competencia para tomar decisiones unilaterales. Ya se dijo que el contrato [...] se regía por el derecho privado y que en dicho ordenamiento no existe norma alguna que habilite a las entidades estatales que contratan con particulares para liquidar unilateralmente los contratos, de lo que se sigue que la entidad contratante – ETB - no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato [...], cuyo objeto consistió en la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en la ampliación de la central telefónica de Soacha, toda vez que para la expedición de este tipo de actos unilaterales que gozan de fuerza ejecutiva resultaba indispensable contar con la respectiva habilitación legal. En el caso que nos ocupa, comoquiera que la ETB carecía de competencia funcional para proferir los actos mediante los cuales se liquidó unilateralmente el contrato [...], la Sala procederá a declarar la nulidad de los mismos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13889-01(29165)

Actor: JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA -E.T.B.-

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(APELACIÓN SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 28 de abril de 1997, el señor JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra de LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA – en adelante ETB -, a la que señaló como parte demandada. Planteó las siguientes pretensiones¹:

***“PRIMERA.-** Decretar la nulidad de las Resoluciones 9451 del 28 de Diciembre de 1994 y 9303 del 3 de abril de 1995, mediante las cuales se impusieron multas al contratista JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA en desarrollo del contrato 3445 de 1994 y se confirmaron las mismas, respectivamente.*

***SEGUNDA.-** Decretar la nulidad de las Resoluciones 9734 del 20 de junio de 1995 y 9930 del 2 de octubre de 1995, mediante las cuales se impusieron multas al contratista JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA en desarrollo del contrato 3445 de 1994 y se confirmaron las mismas, respectivamente.*

***TERCERA.-** Decretar la nulidad de las Resoluciones 10539 del 22 de agosto de 1996 y 10724 del 9 de diciembre de 1996, mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato 3445 de 1994 y se confirmó la liquidación unilateral, respectivamente.*

***CUARTA.-** Que se declare que la EMPRESA DE*

¹ Folios 2 al 28 del cuaderno No. 1.

TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA incumplió gravemente el contrato 3445 de 1994, al no suministrar los materiales que se requerían para ejecutar la obra en debida forma, por no solicitar los permisos ante el Municipio de Soacha para la ruptura de las calzadas, por negarse al reintegro de los materiales suministrados por la entidad contratista y por el no pago oportuno de las obras ejecutadas y no canceladas.

QUINTA.- *Que el anterior incumplimiento causó perjuicios al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA, los cuales deben ser reparados en su totalidad y los cuales se estiman a continuación.*

SEXTA.- *Que como consecuencia del incumplimiento en el suministro de los materiales a que estaba obligada y la previsión para que el Municipio de Soacha permitiera la rotura de calzadas, se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA a pagar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000.00), por concepto de mayores costos administrativos causados por mayor permanencia en obra.*

SEPTIMA.- *Que como consecuencia del incumplimiento en el suministro de los materiales a que estaba obligada, se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a pagar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.00), por concepto de las obras ejecutadas y no canceladas al contratista, debido a que no se pudo facturar por no encontrarse terminados los distritos y cables por causas imputables a la entidad.*

OCTAVA.- *Que como consecuencia del incumplimiento en el reintegro de los materiales suministrados por la entidad pública, se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a pagar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00), por concepto de los costos incurridos por el contratista en el bodegaje de los materiales, desde la fecha en que se rompieron unilateralmente las conversaciones hasta la fecha del reintegro efectivo de los materiales.*

NOVENA.- *Que se ORDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a recibir los elementos o materiales suministrados al contratista y ante lo cual la demandada ha sido renuente al recibo de los mismos.*

DECIMA.- *Que se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a reintegrar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de VEINTE MILLONES SETECIENTOS SEIS MIL CUARENTA Y OCHO PESOS (\$20.706.048.00), por concepto del descuento irregular y/o sanción sui*

generis para cancelar los valores de la adición del contrato de la interventoría.

DECIMA PRIMERA.- *Que se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a reintegrar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TRES PESOS (4'272.503.00), por concepto de las multas impuestas al contratista en virtud de las resoluciones 9451 del 28 de diciembre de 1994 y 9603 del 3 de abril de 1995, respectivamente.*

DECIMA SEGUNDA.- *Que se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a reintegrar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$7'439.516.00), por concepto de las multas impuestas al contratista mediante las resoluciones 9734 del 20 de junio de 1995 y 9930 del 2 de octubre de 1995, respectivamente.*

DECIMA TERCERA.- *Que se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a reintegrar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL PESOS (\$14'465.000.00), por concepto de la retención adicional del cinco por ciento (5%) prevista en el contrato y que a la fecha no ha sido cancelada a mi cliente.*

DECIMA CUARTA.- *Que se CONDENE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA a pagar al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (4.000.000.00), por concepto de los costos incurridos por el contratista en transporte de materiales de una obra a otra, de acuerdo con la autorización de trasladar materiales de un contrato a otros contratos.*

DECIMA QUINTA.- *Que las sumas pretendidas se actualicen a la fecha de la Sentencia, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha en que se ocasionó el perjuicio, y la época de la Sentencia, mediante la aplicación de criterios técnicos de corrección monetaria.*

DECIMA SEXTA.- *La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA, pagará al ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 177 del C.C.A., intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la Sentencia e intereses moratorios después de este término”.*

La parte actora presentó un escrito de corrección de la demanda, con la finalidad de relacionar nuevos hechos que habrían ocurrido con posterioridad a la presentación de la misma y corregir las pretensiones tercera y novena de la demanda en los siguientes términos²:

“PRIMERA.- *Corregir la pretensión tercera de la demanda, en el sentido de que se DECRETE la nulidad parcial de las resoluciones 11492 del 29 de diciembre de 1997 y 11648 del 2 de abril de 1998, mediante las cuales se modificó la liquidación unilateral del contrato 3445 de 1994.*

SEGUNDA.- *Corregir la pretensión novena de la demanda, en el sentido de que se ORDENE a la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá que reciba o contabilice para efectos de la liquidación contable, los materiales que no fueron tenidos en cuenta para la misma por considerarlos inservibles la entidad demandada”.*

2. Hechos.

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

2.1. Entre el señor José Trespacios Arrázola y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB - se celebró el 1° de septiembre de 1994 el contrato No. 3445, cuyo objeto consistió *“la construcción de canalización y redes telefónicas primarias y secundarias en la ampliación general de la central telefónica de Soacha con el suministro de algunos materiales”.*

2.2. En el contrato se acordó que el contratista proporcionaría algunos materiales y que la entidad contratante se encargaría de suministrar los faltantes, tales como cables, máquinas de empalmar, muflas, coronas, entre otros, los cuales eran necesarios para poder ejecutar el contrato.

2.3. Sostuvo el actor que desde el inicio de ejecución de la obra, lo que tuvo lugar el 25 de noviembre de 1994, se presentó un retraso en la misma por causas imputables a la entidad contratante, en tanto que ésta no le proporcionó al contratista todos los materiales necesarios para la ejecución del contrato.

² Obra solicitud de corrección de la demanda presentada por el actor entre los folios 78 al 84 del cuaderno No. 1.

2.4. Señaló que la anterior situación le generó al contratista *“problemas en el flujo de caja de la obra, puesto que a la luz del clausulado contractual (Clausula cuarta) el contratista sólo podía facturar por distrito terminado y al faltar elementos para la culminación total de los distritos la facturación se redujo sustancialmente”*.

2.5. Afirmó que en varias comunicaciones el contratista había manifestado su inconformidad con el irregular suministro de los materiales por parte de la entidad contratante y agregó que en aplicación de la cláusula cuarta del contrato le había solicitado a la entidad contratante que los pagos se efectuaran teniendo en cuenta las cantidades de obra ejecutadas a pesar de que no se hubieran terminado los distritos, puesto que la no terminación de los mismos era imputable exclusivamente a la entidad, dado que no le había suministrado al contratista todos los materiales necesarios para ejecutar la obra.

2.6. Sostuvo que *“la reducción en la facturación y el no pago por no estar terminados los distritos generó para el contratista una merma en el desarrollo de los trabajos y problemas para el pago del personal y de los proveedores de otros materiales distintos a los que debía suministrar la empresa contratante”*.

2.7. Manifestó el actor que a pesar del incumplimiento de la entidad contratista relacionado con la falta de suministro de materiales necesarios para la obra, la entidad mediante Resolución 9451 del 28 de diciembre de 1994 le impuso una multa al contratista, acto que fue recurrido y confirmado a través de la Resolución No. 9603 del 3 de abril de 1995.

2.8. Expresó que por causa de la *“imprevisión en la elaboración de los pliegos y especificaciones técnicas de la licitación, no previó la repavimentación de las calzadas. Cuando este hecho se generó..., [el contratista] presentó análisis de precios para que fueran aprobados por la empresa y así ejecutar este ítem no previsto, los cuales no fueron aceptados por la entidad”*.

2.9. Indicó que el hecho de que no se hubiesen efectuado *“las repavimentaciones de la calzadas”* ocasionó malestar y preocupación a las autoridades del Municipio de Soacha, circunstancia que condujo a la suspensión de los trabajos efectuados por el contratista hasta tanto no se repararan las calzadas.

2.10. Como consecuencia de todo lo anterior, señaló que la entidad contratante decidió prorrogar el plazo del contrato por el término de noventa (90) días. Sostuvo que en el mismo documento de ampliación del plazo, la entidad contratante *“decidió imponer al contratista una especie de sanción no prevista contractualmente, consistente en que el atraso imputable al contratista, en su parecer, correspondía al cuarenta y cuatro por ciento (44%) de la obra, y en consecuencia el contratista debía cancelar el mismo porcentaje a la entidad para cubrir los costos de la interventoría, so pena de ser sancionado con las cláusulas excepcionales previstas en el contrato 3445 de 1994”*.

2.11. Expuso que como resultado de lo anterior, el contratista tuvo que incurrir en unos *“mayores costos administrativos que deben ser resarcidos”*.

2.12. Adujo que faltando dos (2) días para que finalizara el contrato – 20 de junio de 1995 -, la entidad contratante decidió imponerle al contratista unas multas, bajo el argumento de que las obras se encontraban atrasadas.

2.13. Sostuvo que *“llegado el vencimiento del plazo de la adición (22 de junio de 1995) las obras no habían sido terminadas en su totalidad por las razones mencionadas, y la entidad pública procedió a llamar a la compañía garante y al contratista para buscar fórmulas de conciliación que permitieran la finalización de las obras”*. Señaló que el contratista habría acudido *“en forma sistemática al representante legal de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA para que decidiera el curso del contrato, sin obtener respuesta alguna sobre el particular”*.

2.14. Manifestó que la entidad contratante le solicitó al contratista la entrega de algunos materiales que habían sido destinados para el desarrollo de la obra objeto del contrato No. 3445/94, ello con el fin de utilizar esos materiales para ejecutar otras obras similares.

2.15. Adujo en la demanda que el contratista le pidió a la entidad contratante una autorización para el reintegro de los materiales sobrantes suministrados a la entidad, solicitud que, según él, le fue negada bajo el argumento de que *“a la luz del contrato los materiales debían ser reintegrados a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del plazo”*. Agregó que *“no era nada lógico que la entidad contratante quisiera llegar a un acuerdo para la culminación*

de las obras y por otra parte estuviera solicitando al contratista el reintegro de materiales, para que en caso de llegar a él, tuviera que nuevamente suministrar los elementos reintegrados”.

2.16. Indicó que el contratista le informó a la entidad contratante su intención de liquidar el contrato No. 3445/94, puesto que además de los perjuicios causados a él durante la ejecución del contrato *“a la fecha aún estaba incurriendo en costos adicionales, como era el bodegaje de los materiales que no querían ser recibidos por la entidad”.*

2.17. Expresó que en este caso existió una *“falta de voluntad de los funcionarios de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA, para la medición de la obra, así como para autorizar el reintegro de los materiales en poder del contratista”.*

2.18. Señaló que mediante acto administrativo No. 10539 del 22 de agosto de 1996, ETB realizó unilateralmente la liquidación del contrato en mención, la cual dio como resultado un saldo a favor de la entidad de mil ciento sesenta millones cuatrocientos veinticinco mil novecientos catorce pesos (\$1.160'425.914). Dicha decisión fue recurrida por el contratista y confirmada por la entidad a través de la Resolución No. 10724 del 9 de diciembre de 1996.

2.19. Expuso que los mencionados actos contentivos de la liquidación unilateral del contrato fueron revocados de manera oficiosa por la entidad contratante mediante la Resolución No. 11492 del 29 de diciembre de 1997 *“argumentando que sólo hasta esa fecha se pudieron establecer los valores finales, puesto que los materiales que se encontraban en bodegas del contratista habían sido efectivamente reintegrados”.*

2.20. Agregó que esta última Resolución No. 11492, arrojó un saldo a favor de la entidad demandada de trescientos treinta y nueve millones de pesos (\$339'000.000), monto que se redujo, a través de la Resolución No. 11648 del 2 de abril de 1998 – mediante la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto en contra de la primera -.

2.21. Manifestó que la entidad demandada *“en relación con el reintegro de los materiales... rechazó gran cantidad de los suministrados con el argumento de que*

los mismos se encontraban inservibles y por tanto no los tuvo en cuenta para su valorización". Sobre ese aspecto en particular anotó que "según la norma 004 elaborada por la ETB, la cual fue aprobada y adoptada por la resolución 6268 del 14 de noviembre de 1990, la definición de cable inservible es cuando 'un cable telefónico es considerado inservible para el tendido, cuando su longitud se ve reducida de la mínima establecida'".

2.22. Al respecto señaló que la entidad demandada debió haber reconocido y aceptado todos los materiales, *"puesto que ellos son inservibles por desarrollo normal de la obra y no porque el contratista los hubiere cortado todos, hasta el punto de convertirlos en inservibles"*.

2.23. Preciso que *"los materiales que la entidad alega como de vigencia expirada, no corresponde a la totalidad del elemento, sino a una parte de ella, que de ser adquirida e instalada, el material presta correctamente su servicio"*. Agregó que *"si dichos elementos se vencieron se debe única y exclusivamente a la responsabilidad de la entidad demandada, por cuanto..., la sistemática renuencia de la entidad a recibir los materiales hizo que parte de estos se entregaran en forma extemporánea"*.

2.24. Por último, sostuvo que la entidad contratante no le canceló al contratista el total de las obras ejecutadas por él, que si bien no fueron terminadas fue por culpa exclusiva de la entidad. Igualmente, señaló que a la fecha tampoco le *"ha sido cancelada la retención adicional del cinco por ciento (5%) prevista en el contrato y que debía ser cancelada a más tardar con la liquidación del contrato"*.

3. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante sostuvo que las resoluciones demandadas contrariaron lo previsto en los artículos 2 y 90 de la Constitución Política, en los artículos 1604, 1608, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil y en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 por las siguientes razones:

Señaló que ETB vulneró *"los derechos que el estatuto contractual consagra para los contratistas, en especial lo relacionado con la aplicación de cláusulas que por no ser excepcionales, no podían ser aplicadas en forma omnímoda por la"*

administración, sino que era indispensable acudir al juez del contrato para poder hacerlas efectivas”.

Expuso que en este caso la entidad contratante al expedir los actos “*mediante los cuales hizo efectivas las multas en forma unilateral*” vulneró lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, “*puesto que al no ser excepcionales la competencia para decretarlas y hacerlas efectivas corresponde al juez del contrato*”.

Finalmente, manifestó que la entidad contratante no podía exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, en tanto que fue ella quien no le entregó los materiales necesarios para ejecutar el contrato, ocasionando en el contratista la imposibilidad de cumplir con lo acordado.

4. El trámite de la primera instancia.

La demanda presentada el 28 de abril de 1997³, fue admitida mediante auto del 29 de mayo de 1997⁴ y notificada en legal forma al Ministerio Público el 27 de junio de 1997⁵ y al representante legal de ETB, el 21 de octubre de 1997⁶.

Entre los folios 14 al 18 del cuaderno No. 1 obra el escrito contentivo de la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados elevada por la parte actora, petición que, en el auto admisorio de la demanda fue negada por el Tribunal *a quo* y confirmado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante proveído del 28 de mayo de 1998⁷.

5. Contestación de la demanda.

³ Folio 28 del cuaderno No.1. La parte actora presentó un escrito contentivo de la corrección de la demanda, la cual fue admitida por el Tribunal *a quo* mediante auto del 6 de mayo de 1999 – Fl. 119 del cuaderno No. 1 -. Notificada al Ministerio Público el 13 de mayo de 1999 – Anverso del Fl. 119 – y a la ETB S.A. ESP., el 18 de agosto de 1999 – Fl. 121 del cuaderno No. 1-.

⁴ Folios 31 al 34 del cuaderno No.1.

⁵ Anverso del folio 34 del cuaderno No. 1.

⁶ Folio 39 del cuaderno No. 1.

⁷ Folios 48 al 55 del cuaderno No. 1.

La empresa de telecomunicaciones de Bogotá – ETB - contestó la demanda para oponerse a las pretensiones y, en cuanto a los hechos relatados en la demanda, aceptó unos y rechazó otros⁸.

Señaló que debido al incumplimiento del contratista en la ejecución del contrato, el cual se hizo evidente en los informes de interventoría presentados a la entidad contratante, esta última le impuso multas al contratista.

Manifestó que “*el Acta de Acuerdo suscrita el 24 de mayo de 1995*”, en virtud de la cual el contratista se “*compromete a responder por el 44% de los costos de interventoría durante el período de ampliación de ejecución de las obras objeto del contrato No. 3445, en un total de \$20'706.048*” fue avalada y firmada por el mismo.

Igualmente, afirmó que contrario a lo dicho por el actor, la Administración sí estaba facultada para imponer multas de manera unilateral con el fin de impulsar su ejecución, sin necesidad de acudir al juez del contrato.

Al respecto, expresó que “*al celebrar el contrato de marras, contratante y contratista convinieron en pactar cláusula de multas, por tanto, tal acuerdo constituye ley para las partes, y su aplicación en desarrollo del contrato, resultaba totalmente legal, viable y en estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales*”.

En cuanto al cargo consistente en que la entidad contratante no podía exigir el cumplimiento del contratista, por cuanto fue ella quien incumplió en “*forma sistemática y reiterada la entrega de materiales*”, expuso lo que se transcribe a continuación:

“Sobre este cargo, bien vale la pena resaltar que la firma PONCE DE LEON, a la sazón interventora del contrato que nos ocupa, rindió informes consecutivos en el sentido de poner de presente el incumplimiento por parte del contratista, los cuales se encuentran identificados y detallados en los actos acusados...”

Pero además, es cierto que mi representada presentó algunos inconvenientes en la entrega de materiales al contratista, pero

⁸ Folios 67 al 72 del cuaderno No. 1. Obra entre los folios 122 al 139 del cuaderno No. 1. la contestación a la demanda de corrección.

también, es cierto, que el atraso en que incurrió la E.T.B. en la entrega de materiales no le causó el menor perjuicio al contratista ni fue el motivo que determinara su incumplimiento, ello quedo plenamente establecido en el oficio No. 1312125 dirigido al contratista por la interventoría en el que luego de hacer un resumen del estado de la obra señala: con respecto a esta comunicación, nosotros conocemos que no se les ha entregado todo el material necesario para ejecutar toda la obra, pero aclaramos que en estos momentos cuentan ustedes con material en bodega para adelantar un gran porcentaje de la obra”.

Sostuvo que es cierto que a través de las Resoluciones Nos. 11492 y 10179, la entidad contratante revocó oficiosamente los actos administrativos mediante los cuales se liquidó unilateralmente el contrato No. 3445/94, sin embargo, señaló que no es cierto que dicha revocatoria se hubiese efectuado porque *“solo hasta esa fecha se pudieron establecer los valores finales, puesto que los materiales que se encontraban en bodegas del contratista habían sido efectivamente reintegrados”.*

Al respecto manifestó que si bien los valores finales de los materiales y carretes solo se pudieron establecer el 11 de diciembre de 1997, ello obedeció única y exclusivamente a la actitud del contratista, quien solamente después de haber sido denunciado penalmente por la entidad, reinició de manera lenta el reintegro de los materiales de propiedad de ETB, los cuales mantuvo en sus bodegas por más de un año sin justificación alguna.

6. Los alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante auto del 20 de junio de 2000, abrió el proceso a pruebas⁹ y, a través de la providencia del 18 de septiembre de 2003, dispuso correr traslado para alegar de conclusión¹⁰, oportunidad procesal en que se pronunciaron la parte demandante y demandada para reiterar los argumentos expuestos en la demanda, en la contestación y a lo largo de proceso¹¹.

El Ministerio Público guardó silencio.

7. La sentencia de primera instancia

⁹ Folios 162 y 163 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Folio 226 del cuaderno No. 1.

¹¹ Folios 227 al 265 del cuaderno No. 1.

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante sentencia proferida el 14 de septiembre de 2004, negó las súplicas de la demanda¹².

En cuanto al supuesto incumplimiento del contrato No. 3445/94 en que, según el actor, incurrió la entidad demandada por no suministrarle de manera oportuna al contratista los materiales necesarios para ejecutar la obra contratada, expuso el *a quo* lo siguiente:

En primer lugar sostuvo que según la cláusula primera del contrato *“durante le construcción de las canalizaciones, los implementos debían ser aportados por el Ingeniero José Trespalacios Arrazola. A contrario sensu, en la ejecución de la red primaria y secundaria, los materiales y maquinarias que se requerían debían ser proveídas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá”*.

Señaló el Tribunal que de conformidad con lo dicho por el interventor en varias comunicaciones enviadas en su mayoría al contratista, resultaba evidente que el atraso en las obras, así como el retraso en la entrega del ítem de canalizaciones obedeció al actuar negligente del mismo contratista.

En relación con la supuesta no entrega oportuna de materiales por parte de la entidad, tales como cables de 10 a 20 pares, coronas, máquinas y prensa, entre otros, necesarios para la *“terminación y prueba de las redes primarias y secundarias”*, el *a quo* transcribió algunos informes de la interventoría, a través de los cuales esta última le habría manifestado al contratista que si bien era cierto que no contaba con todos los cables necesarios para la culminación de la obra, lo era también que de los 2170 metros de cables que le había suministrado la entidad al contratista, le quedaba pendiente por instalar un saldo de 1224 metros de cable, razón por la cual le exigían aumentar los recursos de personal para instalar los cables restantes.

Así mismo transcribió otras comunicaciones de la interventoría, en virtud de las cuales se le informaba al contratista que no había lugar a suspender la ejecución del contrato, por cuanto éste contaba con material suficiente para desarrollar la obra.

¹² Folios 269 al 306 del cuaderno principal.

Igualmente hizo referencia a unos memorandos elaborados por la entidad contratante, mediante los cuales se dejó constancia del atraso del contratista en la construcción de canalizaciones, redes primarias y secundarias.

El *a quo* transcribió algunos de los memorandos en las cuales se habría consignado la siguiente información:

- Que *“el 25 de abril la Alcaldía de Soacha instauró un veto a la ejecución de NUEVOS TRABAJOS DE CANALIZACIONES hasta tanto el Contratista concluyera los trabajos que había iniciado y dejó sin terminar/tales como excavaciones sin rellenar, cámaras sin terminar, sobrantes sin retirar y vías sin pavimentar”*.

- Que *“el veto de la Alcaldía”* se produjo como consecuencia del incumplimiento del contratista en la ejecución de los trabajos.

- Que *“el contratista intentó tomar como argumento para justificar el atraso de la obra, el veto de la Alcaldía, sin tener en cuenta que él estaba obligado a realizar los trámites respectivos para obtener las licencias de excavación de acuerdo con lo contemplado en la cláusula décimo cuarta, literal X del contrato de obra...”*.

- Que el contratista *“aprovechó a su favor el hecho de no contar con los precios definidos en el contrato para el reparcho de vías”*, con lo cual le presentó a la entidad contratante una relación de precios para esos efectos *“totalmente exagerados con respecto al mercado de los pavimentos”*, de ahí que la entidad se viera forzada a contratar *“con un pavimentador particular la ejecución de estos reparchos”*.

- Que luego del levantamiento del veto por parte de la Alcaldía se habilitó al contratista para que pudiera reiniciar las obras de redes y canalizaciones faltantes, no obstante, sus rendimientos fueron mínimos.

Así las cosas, concluyó el Tribunal que de las comunicaciones y memorandos que obran en el proceso es posible inferir que el incumplimiento del contrato No. 3445/94 resulta imputable exclusivamente al contratista.

Señaló que la no entrega oportuna de algunos materiales por parte de la entidad contratante no fue la causa determinante para que el contratista incumpliera sus obligaciones.

Sostuvo que *“en los fundamentos de hecho de la demanda, el actor consideró que el retraso en la ejecución de la obra, también obedeció a la falta de previsión de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá en repavimentación de las calzadas como supuesto que afectó el cumplimiento del contrato”*, no obstante el *a quo* señaló que *“ésta era una situación que es previsible para el contratista que debe construir canalizaciones e implementar redes primarias y secundarias telefónicas, requiere para la ejecución del objeto contractual cuya ejecución se obliga, la obtención de permisos para la ruptura de calzadas”*.

En ese contexto manifestó que *“el contratista debió informarse antes de la celebración del contrato, acerca de la ruptura de las calzadas que ahora imputa como causal de incumplimiento por parte de la Administración, al ser una situación completamente previsible para quien va a implementar redes telefónicas”*.

Indicó que la reparación de calzadas era una circunstancia previsible en la ejecución del contrato por parte del contratista, por lo que estaba *“dentro de las obras complementarias a las que se encontraba obligado”*.

Así entonces, manifestó que en este caso comoquiera que el contratista incumplió las obligaciones contractuales, la entidad demandada sí estaba facultada para imponer y hacer exigibles las multas a que hubiere lugar.

Afirmó que en este caso las partes pactaron en el contrato la imposición de multas como mecanismo sancionatorio ante el incumplimiento del contratista, de ahí que la entidad contratante sí podía hacerlas exigibles sin necesidad de acudir al juez del contrato.

Ahora bien, en cuanto a las resoluciones por medio de las cuales la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato, expresó que la entidad de manera previa había requerido al contratista para efectuar la liquidación por

mutuo acuerdo, no obstante lo cual, ante la no comparecencia de éste, había procedido a realizar dicho trámite de manera unilateral.

Por último, sostuvo que la liquidación del contrato se llevó a cabo dentro del plazo con que contaba la Administración para hacerlo, es decir dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo contractual.

8. El recurso de apelación

De manera oportuna, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia con el fin de que se revoque la decisión y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda¹³.

Como fundamentos de su inconformidad señaló que la entidad contratante sí incumplió con sus obligaciones contractuales, puesto que no le suministró de manera oportuna al contratista los materiales necesarios para la construcción de las redes telefónicas, circunstancia que sin duda interfirió en la ejecución de la obra contratada.

Sostuvo que en el expediente obran comunicaciones y oficios elaborados por la interventoría y por el contratista que dan cuenta de la anterior situación, pruebas que, según el actor, no había valorado el *a quo*.

Así pues, señaló que no es cierto que el incumplimiento del contrato No. 3445/97 sea imputable exclusivamente al contratista, en tanto que existe suficiente material probatorio que demuestra que la entidad contratante incumplió.

Indicó que el *a quo* no tuvo en cuenta el “Acta de Acuerdo de fecha 24 de marzo de 1995” suscrita por las partes contratantes y en la cual se dejó constancia de que “*la mora en el plazo de ejecución del contrato, estimado en 90 días, 50 le eran imputables a la entidad contratante*”, luego, no había duda alguna del incumplimiento de la entidad.

¹³ Recurso presentado el 1 de octubre de 2004 y sustentado el 25 de febrero de 2005 - Fls. 308 y 315 al 327 del cuaderno principal -.

Sostuvo que en el evento de que fuera cierto que el contratista incumplió el contrato, no se explica porque la entidad contratante en esa oportunidad no declaró la caducidad del mismo o su incumplimiento *“pues a estas alturas no se puede alegar que el incumplido fue el contratista, cuando la administración contaba con herramientas que le otorga el ordenamiento jurídico para actuar en casos como estos”*.

Manifestó que el atraso en las obras como consecuencia del no suministro oportuno de materiales por parte de la entidad, ocasionó que se prorrogara el contrato por noventa (90) días más, circunstancia que le ocasionó al contratista unos mayores costos administrativos por mayor permanencia en la obra.

Aunado a lo anterior, señaló que el contratista incurrió en mayores costos, por cuanto le tocó asumir el cuarenta y cuatro por ciento (44%) de los honorarios de la interventoría durante el período de ampliación del plazo y que corresponden a la suma de \$20'706.048.

Afirmó que *“en gracia de discusión y sólo en ella, de acogerse la tesis de que el atraso en la ejecución de los trabajos era imputable [al Contratista] en un cuarenta y cuatro (44%) del plazo adicional, forzoso resulta decir que a la demandada le es imputable lo que resta para el ciento por ciento (100%)”*.

En ese orden de ideas concluyó que era evidente que la entidad contratante incumplió gravemente el contrato y que por fuerza de esa circunstancia el contratista había incurrido en mayores costos administrativos por mayor permanencia en la obra.

Expresó que la entidad contratante se enriqueció sin justa causa, por cuanto no le canceló al contratista el total de los trabajos ejecutados por éste.

Al respecto señaló que si bien es cierto que la totalidad de las obras objeto del contrato No. 3445/97 no fueron concluidas a la fecha de vencimiento del plazo, es decir que los distritos no fueron terminados, no lo es menos que el contratista ejecutó *“unas obras previas o precedentes para la culminación de los distritos telefónicos que no fueron facturadas por el Contratista, ni reconocidas ni pagadas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá durante el plazo del contrato e inclusive en la liquidación unilateral, so pretexto de que los distritos no fueron terminados”*, razón por la cual en este

caso se configuró un enriquecimiento sin justa causa en perjuicio del contratista.

Así las cosas, concluyó que la entidad contratante debe cancelarle al contratista *“las obras contratadas que fueron ejecutadas parcialmente”* y que la interventoría denominó *“Carteras de Recibo Definitiva – Obra Inconclusa”*, en las cantidades determinadas por los peritos, puesto que de lo contrario la Administración se estaría enriqueciendo sin justa causa.

Sostuvo que *“las resoluciones mediante las cuales se impusieron multas al Ingeniero Trespacios Arrazola..., se fundamentaron en el atraso en la ejecución de las obras, no obstante que el retraso se generó, como se evidencia en el expediente, por circunstancias imputables al Contratista y a la entidad contratante, como lo confesaron en el Acta de Acuerdo de 24 de marzo de 1995”*.

Así entonces, concluyó que la entidad no le debió imponer al contratista multa alguna, toda vez que en este caso operó la excepción de contrato no cumplido, dado que los materiales que no le fueron suministrados oportunamente por la entidad eran necesarios para culminar la obra.

9. El trámite de segunda instancia.

El recurso presentado dentro del término legal dispuesto para ello, fue admitido por auto del 7 de abril de 2005¹⁴ y mediante proveído del 5 de mayo de 2005¹⁵ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunció la entidad demandada para reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en los alegatos de primera instancia y hacer algunas precisiones en relación con la objeción por error grave formulada anteriormente¹⁶.

El Ministerio Público guardó silencio.

¹⁴ Folios 329 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 331 del cuaderno principal.

¹⁶ Folios 332 al 357 del cuaderno principal.

II.- CONSIDERACIONES

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) la competencia, 2) el ejercicio oportuno de la acción, 3) el régimen jurídico del contrato No. 3445/94, 4) las pruebas que obran en el expediente, 5) el caso concreto, 6) la competencia de ETB para imponer multas, 6.1) la nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94, 7) la competencia de ETB para liquidar unilateralmente el mencionado contrato, 8) el supuesto incumplimiento del contrato No. 3445/94 y 9) las obras ejecutadas por el contratista y no canceladas por la entidad.

1. Competencia

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandante.

Sea lo primero decir que el contrato sobre el cual versa la presente controversia es un contrato cuyo objeto consistió en la *“CONSTRUCCION DE CANALIZACIONES Y REDES TELEFONICAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS EN LA AMPLIACION GENERAL DE LA CENTRAL TELEFONICA DE SOACHA CON EL SUMINISTRO DE ALGUNOS MATERIALES”*, celebrado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB - cuya naturaleza jurídica al momento de celebración del contrato era de un establecimiento público descentralizado con personería jurídica y patrimonio propio¹⁷.

¹⁷ Acuerdo 72 de 1967 proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en virtud del cual se **“ACUERDA**

Artículo 1º. *La Empresa de Teléfonos de Bogotá, organizada en desarrollo de las disposiciones contenidas en el Acuerdo número 79 de 1940, se constituye en establecimiento público descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio. Su domicilio es la Ciudad de Bogotá, su objetivo la prestación del servicio público telefónico y similares, en el Distrito Especial de Bogotá y en su zona de influencia. Continuará denominándose Empresa de Teléfonos de Bogotá (E.T.B.), nombre con el cual se le designará en todos los actos y documentos públicos y privados. (...)*”.

Luego con la expedición del Acuerdo 21 de 1997 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.”*.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75¹⁸ prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así entonces, teniendo en cuenta que ETB, tiene el carácter de entidad estatal, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del proceso, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en doscientos millones de pesos (\$200'000.000)¹⁹, mientras que el monto exigido al momento de su presentación²⁰ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de trece millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$13.460.000) (Decreto 597 de 1988).

2. Ejercicio oportuno de la acción.

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo – en su texto vigente para la fecha de celebración del contrato²¹- la acción contractual debía interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

De acuerdo con la jurisprudencia vigente para ese entonces²², todas las acciones que a bien tuviera promover el contratista con ocasión de la ejecución del contrato,

¹⁸ Art. 75, Ley 80 de 1993. "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.*"

¹⁹ La parte actora solicitó esa suma de dinero por concepto de las obras ejecutadas por el contratista y no canceladas por la entidad contratante.

²⁰ 28 de abril de 1997.

²¹ 1º de septiembre de 1994.

²² Ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 1999, Expediente 10.929, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 13 de julio de 2000, Expediente 12.513, C.P. María Elena Giraldo; Sentencia del 1 de agosto de 2000, Expediente 11.816, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sentencia del 30 de agosto de 2000, Expediente 16.256, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia del

debía formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación o a su liquidación, si ésta era necesaria, so pena de que operara el fenómeno de la caducidad de la acción.

La Sala ya ha precisado desde tiempo atrás la forma de computar el plazo para el ejercicio de la acción contractual; en tal sentido ha sido reiterada la jurisprudencia en señalar que todas las acciones que a bien tenga promover el contratista con ocasión de la ejecución del contrato, debe formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación o a su liquidación si ésta era necesaria, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción²³.

Puntualiza la Sala que al margen del análisis de legalidad que se efectuará respecto de los actos de liquidación del contrato No. 3445/94 y a la conclusión a la que se llegue, se procederá a contar el término de caducidad a partir de la ejecutoria de dichos actos, en tanto que es el único elemento con el que se cuenta para realizar el respectivo conteo y que coincide con lo previsto en ese entonces por la Ley y por la jurisprudencia vigentes.

Precisado lo anterior, en este caso está probado que el contrato en cuestión fue liquidado a través de la Resolución número 10539 del 22 de agosto de 1996, modificada por la Resolución 10724 de diciembre 9 de 1996, acto que según constancia que obra a folios 42 al 59 del cuaderno No. 2 quedó ejecutoriado el 8 de enero de 1997.

Igualmente, se encuentra acreditado en el proceso que a través de la Resolución No. 11492 del 29 de diciembre de 1997, se revocaron y se modificaron los mencionados actos administrativos y que mediante la Resolución No. 11648 del 2 de abril de 1998 se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la primera, acto que, según constancia que obra a folio 112 del cuaderno No. 1, habría quedado ejecutoriado el 1 de junio de 1998.

22 de febrero de 2001, Expediente 13.682, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 16 de septiembre de 2004, Expediente 19.113, C.P. María Elena Giraldo.

²³ Ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 1999, Expediente 10.929, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 13 de julio de 2000, Expediente 12.513, C.P. María Elena Giraldo; Sentencia del 1 de agosto de 2000, Expediente 11.816, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sentencia del 30 de agosto de 2000, Expediente 16.256, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia del 22 de febrero de 2001, Expediente 13.682, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 16 de septiembre de 2004, Expediente 19.113, C.P. María Elena Giraldo.

Así pues, dado que la demanda se presentó el 28 de abril de 1997 y, en el primero de los eventos planteados anteriormente, la Resolución No. 10539 contentiva inicialmente de la liquidación del contrato No. 3445/94 quedó ejecutoriada el ocho (8) de enero de 1997 y, en el segundo, la Resolución Nos. 11492 – mediante la cual se revocaron y modificaron los actos de liquidación del contrato - habría quedado ejecutoriada el 1 de junio de 1998, resulta evidente que en ninguno de los dos casos anotados habían transcurrido aún los dos años previstos en la ley para la caducidad de la acción.

3. Régimen jurídico del contrato No. 3445/94.

Resulta indispensable determinar el régimen jurídico que gobernó el contrato No. 3445/94 - por cuya causa ahora se demanda - y el cual tenía por objeto “*LA CONSTRUCCION DE CANALIZACIONES Y REDES TELEFONICAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS EN LA AMPLIACION GENERAL DE LA CENTRAL TELEFONICA DE SOACHA CON EL SUMINISTRO DE ALGUNOS MATERIALES*”.

Como ya se mencionó anteriormente, para la época de celebración del contrato No. 3445/94, ETB tenía la naturaleza de un establecimiento público y su objetivo era “*la prestación del servicio público telefónico y similares, en el Distrito Especial de Bogotá y en su zona de influencia*”.

El artículo 365 de la Constitución Política de 1991²⁴ estableció la competencia para que el legislador definiera el régimen jurídico al cual se sujetarían los servicios públicos, mandato en cuyo desarrollo se profirieron, entre otras, las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, normas especiales en materia de servicios públicos domiciliarios.

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994²⁵ vigente al momento de celebración del contrato establecía que “*Los contratos que celebren las entidades estatales que*

²⁴ Art. 365. Constitución Política. “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*”

²⁵ Antes de la expedición de la Ley 689 de 2001.

*prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y **que tengan por objeto la prestación de esos servicios**, se regirán por el párrafo 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa...".* A su vez, el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagró lo siguiente:

“Parágrafo 1°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.” (Negrillas por fuera del original).

Así entonces, a partir de las normas que vienen de verse es posible concluir que los contratos que celebren las entidades señaladas anteriormente y que correspondan al *“giro ordinario de las actividades”* propias de su objeto social, no estarán sujetas a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, de manera que lo que no esté comprendido allí quedará cobijado por el estatuto general de Contratación Estatal.

Ahora, respecto del alcance de la expresión *“giro ordinario de las actividades”* propias del objeto social, la jurisprudencia ha precisado que el giro ordinario de las actividades está constituido por su función principal; igualmente ha sostenido que también hacen parte del mismo aquellas actividades conexas con la función principal. Sobre ese aspecto se pronunció la Corporación en los siguientes términos²⁶:

“(…)

el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Julio 6 de 2005. Radicado 11.575. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero.

Siendo así las cosas, resulta que el concepto 'giro ordinario de las actividades' –tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también 'giro ordinario de los negocios' –como lo denominan otras normas-, hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria”.

En el presente asunto, se observa que ETB – para la época de celebración del contrato No. 3445/94 - era un un establecimiento público y su objetivo era “*la prestación del servicio público telefónico y similares*”.

Así mismo, encuentra la Sala que en este caso el contrato por cuya causa se demanda tenía por objeto la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en la ampliación general de la central telefónica de Soacha, obras que estaban destinadas a garantizar la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Así pues, es claro que, según lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 que viene de verse, al contrato No. 3445/94 en mención no le era aplicable la Ley 80 de 1993, en tanto que si bien el contrato no tenía por objeto la prestación directa del servicio público de telecomunicaciones – función principal -, sí se trataba de una actividad conexas, directamente derivada del objeto principal, cuyo propósito era garantizar tal función principal.

Cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios – como el que ahora se estudia – es el previsto en el derecho privado²⁷ y, según se observa, al contrato No. 3445/94 le

²⁷ En este sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado, en Auto de septiembre 23 de 1997, Rad. S-701, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo:
“(…) la actividad relacionada con los servicios públicos domiciliarios no estará regida por el estatuto general de contratación para el contrato estatal ni por el derecho público, sino por el derecho privado, con las salvedades que la misma ley 142 prescribe, entre las cuales puede citarse el inciso

eran aplicables las disposiciones del Código de Comercio, por cuanto ETB desarrollaba actividades comerciales²⁸.

Adicionalmente, es necesario precisar que cuando la Administración Pública celebra contratos a los cuales se aplican preponderantemente aquellas reglas que son propias de los contratos que celebran los particulares, no puede afirmarse que tales contratos sean en estricto sentido contratos de derecho privado, es decir, iguales a los que celebran los particulares entre sí, pues el hecho de que sean celebrados por una entidad pública conlleva, necesariamente, la aplicación de una serie de reglas propias del derecho público, tales como las relativas a la competencia, las que determinan la formación de la voluntad y aquellas que regulan la forma, entre otras; entonces, se puede afirmar que tales contratos son fundamentalmente actos jurídicos mixtos que estarían regidos de un lado por el derecho público (competencia, voluntad y forma) y, de otro lado, por el derecho privado (efectos de las obligaciones, consentimiento, objeto), lo cual también puede afirmarse de los llamados contratos administrativos²⁹.

4. Las pruebas que obran en el expediente

4.1. Documentos.

Obran en el proceso, debidamente decretadas y aportados, los siguientes³⁰:

segundo de su art 31, que dispone que cuando la Comisión de Regulación haga obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos, lo relativo a las mismas "se registrá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 (...)."

²⁸ Artículo 22 del Código de Comercio: "si el acto fuere mercantil para una de las partes se registrá por las disposiciones de la ley comercial".

²⁹ Sentencia proferida el 19 de agosto de 2009 por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Rad. No. 21432 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰ En cuanto al valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, la Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 zanjó el tema y expuso lo que se transcribe a continuación³⁰:

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

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

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

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

- Contrato No. 3445 celebrado el 1 de septiembre de 1994 entre el señor José Trespalacios Arrázola y el gerente de ETB cuyo objeto consistió en *“LA CONSTRUCCION DE CANALIZACIONES Y REDES TELEFONICAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS EN LA AMPLIACION GENERAL DE LA CENTRAL TELEFONICA DE SOACHA CON EL SUMINISTRO DE ALGUNOS MATERIALES”*³¹.
- Acta de iniciación de la obra objeto del contrato No. 3445/94 de fecha 25 de noviembre de 1994.³²
- Otrosí al contrato No. 3445/94 suscrito por las partes contratante en el mes de enero de 1995, en el sentido de corregir lo pactado en la cláusula tercera del contrato relacionado con el reajuste de precios³³.
- Acta de acuerdo del contrato No. 3445/94 suscrita el 24 de marzo de 1994, entre otros, por el contratista y por el interventor, en virtud de la cual se acordó ampliar el plazo del contrato en noventa (90) días calendario³⁴.
- Otrosí al contrato No. 3445/94 de fecha 24 de marzo de 1995 elaborado por las partes contratantes, mediante el cual se convino, entre otras cosas, prorrogar en noventa (90) días el término de ejecución del contrato³⁵.
- Informes de avance de obra elaborados por la interventoría³⁶.
- Actas de comité de obra³⁷.

prueba documental aportada en copia simple que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad tiene plena eficacia demostrativa.

³¹ Folios 60 al 78 del cuaderno de pruebas No. 2.

³² Folio 81 del cuaderno de pruebas No. 2.

³³ Folio 79 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁴ Folios 75 al 77 del cuaderno No. 2.

³⁵ Folio 80 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁶ Folios 318 al 381 del cuaderno de pruebas No. 2; folios 8 al 24 del cuaderno de pruebas No. 5; folios 123 al 130 del cuaderno de pruebas No. 9.

³⁷ Folios 382 al 419 del cuaderno de pruebas No. 2.

- Reposan en el cuaderno denominado “*anexos del dictamen pericial*” las actas de liquidación de obra parcial del contrato Nos. 1, 2, 3.

- Resolución No. 9451 proferida el 28 de diciembre de 1994 por el Gerente y por la Secretaria General de ETB, por medio de la cual se le impuso al contratista una multa equivalente “*al uno por ciento (1%) del valor de las obras demoradas del contrato No. 3445... por cada semana de atraso en las semanas comprendidas entre el 2 y el 30 de Diciembre, por un valor de SIETE MILLONES CIENTO CUATRO MIL CIENTO SETENTA PESOS (\$7'104.170)*”³⁸.

- Constancia de la notificación por edicto y certificación suscrita por la Secretaria General de ETB, a través de la cual se dejó constancia de que la resolución en mención “*quedó debidamente **EJECUTORIADA** el veintidós (22) de mayo de 1995, con la expedición de la Resolución 9603 de fecha abril 3 de 1995 por medio de la cual se resolvió el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución No. 9451 de Diciembre 28 de 1994*”³⁹.

- Resolución No. 9734 del 20 de junio de 1995 firmada por el Gerente y la Secretaria General de ETB, mediante la cual se le impuso un multa al contratista equivalente “*al uno por ciento (1%) del valor de la obra retrasada por cada semana de atraso*”⁴⁰. Constancia de la notificación por edicto y de la ejecutoria de la resolución que antecede, la cual quedó en firme “*el siete (7) de noviembre de 1995, con la expedición de la Resolución No. 9930*”⁴¹.

- Resolución No. 9930 proferida el 2 de octubre de 1995 por el Gerente y la Secretaria General de ETB, en virtud de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 9734 de 1995⁴². Constancia de notificación por edicto, cuyo aviso se desfijó el tres (3) de noviembre de 1995⁴³.

³⁸ Folios 1 al 3 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁹ Folios 4 al 6 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁰ Folios 7 al 12 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴¹ Folios 9, 11 y 12 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴² Folios 13 al 32 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴³ Folios 29 al 32 del cuaderno de pruebas No. 2.

- Comunicación suscrita el 20 de marzo de 1996 por el interventor, por medio de la cual le remite a la entidad contratante el proyecto de acta de liquidación final de balance de materiales, de recibo final de la obra y de liquidación contable⁴⁴.
- Resolución No. 10539 proferida el 22 de agosto de 1996 por el Subgerente de operaciones de ETB, mediante la cual se realizó la liquidación unilateral del contrato No. 3445/97. Constancia de la notificación por edicto, cuyo aviso se desfijó el diecinueve (19) de septiembre de 1996⁴⁵.
- Resolución No. 10724 suscrita el 9 de diciembre de 1996 por el Sub gerente de operaciones de ETB, a través de la cual se resolvió el recurso interpuesto en contra de la Resolución No. 10539 *“por la cual se adoptó la liquidación unilateral del contrato No. 3445/94”*. Constancia de la notificación por edicto y de la ejecutoria de la resolución que antecede, la cual quedó en firme el ocho (8) de enero de 1997⁴⁶.
- Resolución No. 11492 del 29 de diciembre de 1997, suscrita por el vicepresidente de redes de ETB, mediante la cual se revocan de oficio, entre otras, las Resoluciones Nos. 10567 del 5 de septiembre de 1996, 10903 del 11 de marzo de 1997 y **10724 del 9 de diciembre de 1996** *“por las cuales se resolvieron unos recursos y se modifican las Resoluciones por medio de las cuales se adoptaron las Liquidaciones Unilaterales de los Contratos 3389, 3415, 3416 y 3445 de 1994”*.
- Constancia de la notificación por edicto y de ejecutoria de la resolución que antecede, la cual quedó en firme el primero (1) de junio de 1998 *“con la expedición de las Resoluciones No. 11648 de abril 2 de 1998, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición, 11680 de abril 23 de 1998 resuelve una revocatoria directa”*⁴⁷.

⁴⁴ Folios 131 y 132 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁴⁵ Folios 33 al 41 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁶ Folios 42 al 59 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁷ Folios 92 al 104 del cuaderno No. 1.

- Resolución No. 11648 proferida el 2 de abril de 1998 por la Secretaria General de ETB, en virtud de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 11492 del 29 de diciembre de 1997. Constancia de la notificación por edicto, cuyo aviso se desfijó el siete (7) de mayo de 1998⁴⁸.
- Documento denominado “*ACTA DE REINTEGRO DE MATERIALES*” suscrito el 25 de abril de 1997 por el contratista y por el Jefe de Sección de Mantenimiento de la entidad contratante⁴⁹.
- Memorandos y comunicaciones elaborados por funcionarios de ETB, relacionados con el atraso en la ejecución de la obra y con el reintegro de materiales⁵⁰.
- Actas de reintegro de los materiales, de recibo y firma de los boletines⁵¹.
- Memorando suscrito por el almacenista de ETB – ilegible la fecha -, en el que expone los problemas e inconsistencias que se presentaron en el reintegro de “*los carretes*” a la entidad⁵².
- Documentos relacionados con el material inservible entregado por el contratista⁵³.
- Documentos denominados “*CARTERA DE RECIBO RED PRIMARIA – TRONCAL*” y “*CARTERA DE RECIBO RED SECUNDARIA*”⁵⁴.
- Otros documentos relacionados con el contrato No. 3445/94, tales como el escrito dirigido por el contratista a la Contraloría, exponiendo las razones por las cuales no se habían devuelto los materiales sobrantes; memorandos suscritos por el director de la división de operación occidente de ETB, en

⁴⁸ Folios 112, 146 al 156 del cuaderno No. 1.

⁴⁹ Folio 117 del cuaderno No. 1.

⁵⁰ Folios 27 al 31 del cuaderno de pruebas No. 5; folios 95, 190 al 195, 280 al 294, 321 al 325, 330 al 332 al 343 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁵¹ Folio 343 al 347 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁵² Folios 66 al 68 del cuaderno de pruebas No. 5.

⁵³ Folio 363 al 369 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁵⁴ Folios 436 al 658 del cuaderno de pruebas No. 2.

virtud de los cuales dejó constancia de que la Alcaldía de Soacha tomó la determinación de no permitir el avance de las obras de canalización hasta tanto no se pavimentaran los cruces de calzada vehicular; comunicación de 5 de julio de 1996, a través del cual el contratista expuso las razones por las cuales no estaba de acuerdo con la liquidación efectuada por la entidad contratante⁵⁵.

- Comunicaciones cruzadas entre el interventor y el contratista⁵⁶.
- Comunicaciones cruzadas entre el contratista y la entidad contratante⁵⁷.
- Comunicaciones cruzadas entre la interventoría y la entidad contratante⁵⁸.
- Comunicaciones cruzadas entre la compañía aseguradora Confianza S.A., y el Subgerente de Operaciones de ETB⁵⁹.
- Comunicaciones cruzadas entre el contratista, el interventor y la entidad contratante relacionadas con la pavimentación de las calzadas asfálticas⁶⁰.
- Documentos relacionados con la investigación penal que se siguió en contra del hoy demandante, con ocasión de la denuncia que le instauró ETB, bajo el tipo penal de peculado por extensión, por la no devolución de

⁵⁵ Folios 212 al 213, 227 al 241 del cuaderno de pruebas No. 2; folios 54, 58 al 59, 75 al 84 del cuaderno de pruebas No. 5; folios 9 al 31, 60 al 93, 180 y 181, 319, 326 al 329, 349 al 351, 354 al 362 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁵⁶ Folios 73 al 74 del cuaderno No. 1; folios 82 al 85, 88 al 92, 96 al 97, 99 al 135, 137 al 146, 149 al 180, 188 al 191, 264, 269, 275 al 276, 290, 305 del cuaderno de pruebas No. 2; folios 26 al 46, 59 al 68, 70 al 74, 79 al 87, 96 al 106, 108 al 120, 124 al 130, 132 al 153, 157 al 168 del cuaderno de pruebas No. 3. Folios 32 al 52, 55 al 58, 61 al 65, 71 al 74 del cuaderno de pruebas No. 5; folios 96 al 122, 161 al 179, 185 al 189, 196 al 203, 206 al 218, 223 al 241, 263 al 269, 298 al 314 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁵⁷ Folios 113 al 116 del cuaderno No. 1; folios 86 y 87, 93 al 95, 98, 136, 147 y 148, 181 al 187, 192 al 211, 214 al 223, 242 al 252 del cuaderno de pruebas No. 2; folios 124, 282 al 279, 316 al 318, 320 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁵⁸ Folios 253 al 263, 265 al 268, 270 al 274, 277 al 289, 291 al 304, 306 al 317 del cuaderno de pruebas No. 2; folios 47 al 58, 69, 75 al 78, 88 al 95, 107, 121 al 123, 131, 154 al 156 del cuaderno de pruebas No. 3; folios 6 al del cuaderno de pruebas No. 5; folios 182 al 184, 204 al 205, 219 al 222, 251 al 262, 270 al 276, 296 al 297 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁵⁹ Folios 278 al 281 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁶⁰ Folios 134 al 143, 148 al 159 del cuaderno de pruebas No. 9.

los equipos y materiales que habría recibido en alquiler para ejecutar el contrato No. 3445/94⁶¹.

- Documentos relacionados con la investigación fiscal ante la Contraloría que se siguió en contra del contratista con fundamentó en que éste habría incumplido *“lo pactado en el contrato por cuanto de las obras ejecutadas estas en su mayoría presuntamente no cumplieron con las especificaciones técnicas y tampoco se (sic) cumplieron con lo pactado en el contrato 3445/94, en el sentido de reintegrar los materiales que le había entregado la ETB”*⁶².

4.2. Dictamen pericial.

Obran en el expediente dos dictámenes periciales solicitados por la parte demandante en el escrito de la demanda y en el de la corrección⁶³.

En el primero se pidió que los peritos se pronunciaran acerca de las *“cantidades de cables colocados en la obra, empalmes ejecutados, canalizaciones y cámaras construidas, postería suministrada y colocada y obras civiles en general ejecutadas y no canceladas”*, así como sobre *“los materiales suministrados por la demandada efectivamente colocados en la obra y si los materiales denominados inservibles corresponden a la totalidad de los elementos o solo a parte de ellos”*.

En el segundo dictamen se solicitó que los peritos establecieran *“los perjuicios y sobrecostos causados al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA, como consecuencia del grave incumplimiento de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, de conformidad con las pretensiones de la demanda y de su corrección”*.

La segunda prueba pericial fue objetada por ETB, objeción que corresponde a la Sala examinar a continuación, toda vez que el Tribunal *a quo* no efectuó pronunciamiento alguno respecto de la aludida objeción.

4.3. De la objeción al dictamen pericial.

⁶¹ Folios 85 al 91 del cuaderno No. 1; folio 353 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁶² Folios 420 al 435 del cuaderno de pruebas No. 2. Folios 1 al 25 del cuaderno de pruebas No. 3. Folios 85 al 104 del cuaderno de pruebas No. 5. Folios 32 al 88 del cuaderno de pruebas No. 9.

⁶³ Cuadernos Nos. 6, 7 (AZ) y 8.

Sea lo primero decir que la finalidad del experticio como medio probatorio es la de verificar hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (artículo 233 del Código de Procedimiento Civil).

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

Se precisa que para que se configure el “*error grave*” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, vale decir una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4° y 5° del artículo 238 del C. de P. C.

Sobre el particular, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado *in extenso* lo que se transcribe a continuación:

“De todas formas, además de la libertad, de la soberanía, de la facultad y de la obligación que asisten al juez al momento de valorar el mérito probatorio de cada uno de los apartados de un dictamen pericial, ha de tenerse en cuenta, igualmente, que las partes pueden desempeñar un rol activo y determinante en la formación del convencimiento del fallador en torno al mérito probatorio de la pericia. Tal es el sentido de la regulación efectuada en el Código de Procedimiento Civil, especialmente en su artículo 238, con el fin de disciplinar la contradicción del dictamen pericial, pues se concede a las partes el derecho de objetarlo por error grave⁶⁴ y se señalan la oportunidad, los requisitos y las exigencias de dicha objeción, en particular, las de precisar, individualizar o concretar el yerro, indicando en qué consiste, de qué apartados o componentes de la peritación se predica, cuál es su gravedad e incidencia en las conclusiones y qué pruebas se estiman pertinentes para su demostración en defecto de su ostensibilidad.

Así las cosas, constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal

⁶⁴ Nota original de la sentencia citada: El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.

magnitud que ‘(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)’⁶⁵, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

«... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...’, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ‘... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es 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) ⁶⁶⁶⁷.

En el presente asunto, la segunda prueba pericial que se practicó fue solicitada por la parte actora, con el propósito de que los peritos establecieran “los perjuicios

⁶⁵ Nota original de la sentencia citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

⁶⁶ Nota original de la sentencia citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2.007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación No.: 250002326000199901954 01; Expediente No. 25.177; en idéntico sentido puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de marzo veintiséis (26) de dos mil nueve (2009); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 250002326000198402089 – 01 (31.748).

y sobrecostos causados al Ingeniero JOSE TRESPALACIOS ARRAZOLA, como consecuencia el grave incumplimiento de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, de conformidad con las pretensiones de la demanda y de su corrección”.

La prueba fue decretada por el Tribunal *a quo* a través del auto del 20 de junio de 2000⁶⁸ y, mediante proveído del 17 de octubre de 2002⁶⁹, se corrió de ella traslado común a las partes, término dentro del cual la parte demandada objetó el referido dictamen⁷⁰, con fundamento en los planteamientos que se resumen a continuación:

Manifestó que el objeto de este segundo dictamen era establecer con base en los documentos idóneos los perjuicios y sobrecostos causados al contratista.

Señaló que en el primer dictamen se determinó *“el valor de la obra ejecutada y no cancelada, así como el saldo a favor de la ETB por concepto de materiales suministrados por ETB al Contratista, los utilizados en la obra y las devoluciones efectuadas a la ETB”.*

Así entonces, expresó que en la segunda experticia los peritos contadores debieron haberse limitado únicamente a indexar la suma resultante de lo adeudado entre los contratista, de conformidad con los datos que arrojó el primer dictamen, no obstante señaló que, contrario a ello, en el segundo dictamen, los peritos erradamente procedieron a modificar el valor que arrojó el primer dictamen en relación con los materiales no devueltos por el contratista a la entidad, argumentando que en él no se tuvo en cuenta *“la orden de despacho No. 6223, suscrita por la empresa, en la que se ordenó la entrega de 6.000 metros de cable relleno de 900 pares, a los funcionarios de la ETB”.*

Al respecto afirmó que no es cierto el argumento expuesto por los peritos en la segunda experticia, dado que en el primer dictamen sí se tuvo en cuenta lo consignado en la orden de despacho No. 6223.

Señaló que los peritos se pronunciaron sobre aspectos que no eran materia del dictamen, puesto que *“conforme a las pretensiones de la demanda, [en la]*

⁶⁸ Folios 162 y 163 del cuaderno No. 1.

⁶⁹ Folio 204 del cuaderno No. 1.

⁷⁰ Folios 205 al 208 del cuaderno No. 1.

*pretensión quince el accionante solicita únicamente la actualización de las sumas que la sentencia disponga se le adeudan al contratista pero no se solicitó **DAÑO EMERGENTE** ni **LUCRO CESANTE**, razón por la cual los peritos Contadores no debieron proceder a efectuar tal liquidación”.*

En el presente caso, comoquiera que el Tribunal *a quo* no efectuó pronunciamiento alguno respecto de la objeción formulada por la entidad demandada, la Sala se ocupará de resolverla.

Sobre el particular, se observa que el primero de los planteamientos formulados en la objeción se refiere al hecho de que en el segundo dictamen se modificó y se redujo ostensiblemente la suma adeudada por el contratista por concepto de materiales no reintegrados a la entidad contratante, bajo el argumento de que en el primer dictamen no se tuvo en cuenta lo dispuesto en la orden de despacho No. 6223, a través de la cual la entidad le habría solicitado al contratista la entrega de 6000 metros de cable relleno de 1200 pares y 500 metros de cable relleno.

Al respecto, se observa que si bien en la primera experticia obran unos documentos denominados “*LIQUIDACION DE MATERIALES*” y “*DEVOLUCION DE ELEMENTOS*”, en los cuales, se relacionaron los materiales entregados al contratista, los datos del reintegro de materiales a la entidad contratante, así como el valor equivalente de los materiales faltantes por reintegrar, encuentra la Sala que lo consignado en ellos no es suficiente para corroborar lo dicho por la entidad demandada, en el sentido de que la orden de despacho No. 6223 sí fue considerada al momento de realizar el primer dictamen, puesto que en esos documentos únicamente se relacionaron los materiales sin hacer referencia o remisión alguna a la orden de despacho en mención o a lo consignado en ella.

Así pues, por lo menos en lo que a este aspecto se refiere la Sala no encuentra fundada la objeción al dictamen, dado que no se evidencia - *de lo expuesto por la entidad demandada* - que el dictamen se hubiese elaborado sobre bases erróneas de tal magnitud que conduzcan a conclusiones equivocadas sobre el objeto analizado en la pericia, en tanto que no hay forma de comprobar lo dicho por la entidad.

En relación con el segundo punto de la objeción la Sala tampoco la encuentra fundada, en tanto que, según se observa, lo rendido en la experticia coincide con

el objeto materia del dictamen, en tanto que en él se solicitó que los peritos establecieran los perjuicios sufridos por el contratista en razón al incumplimiento, los cuales comportaban el lucro cesante y el daño emergente, tal como en efecto lo hicieron los expertos.

Valga precisar que los desacuerdos de la parte con el criterio del perito, no pueden calificarse como errores graves, así como tampoco las supuestas interpretaciones jurídicas que, además, en el caso estudiado no existieron, pues las respuestas del segundo dictamen objetadas por la parte demandada, solamente se limitaron a responder los cuestionamientos formulados por la parte actora en la demanda y en la corrección.

Ahora bien, a pesar de no encontrar fundada la objeción al segundo dictamen pericial que se realizó en este asunto, la Sala desestimaré lo establecido por los peritos en relación con el valor equivalente a los materiales reintegrados por el contratista, toda vez que luego de revisar el contenido de la orden de despacho No. 6223, con fundamento en la cual en la segunda experticia se habría variado el valor de los materiales devueltos a la entidad, observa la Sala que la experticia únicamente da cuenta de que el Director de Redes e Interventoría VII de ETB le solicitó al contratista que se sirviera "*hacer entrega en calidad de préstamo a la ETB de 6.000 Metros de cable relleno de 1200 pares y 500 Metros de cable Relleno de 900 pares*".

Así pues, comoquiera que ese documento tan sólo prueba la solicitud que el mencionado director le hizo al contratista para que le entregara en calidad de préstamo los materiales en mención, es claro entonces que a partir de esa orden no es posible tener por acreditado que en efecto el contratista le hubiese hecho entrega efectiva de esos materiales, pues para ello era necesario que se aportara alguna prueba adicional que diera cuenta de esa circunstancia.

Así las cosas, si bien se dispondrá en la parte resolutive del presente pronunciamiento declarar infundada la objeción formulada en contra del segundo dictamen pericial practicado dentro del presente asunto, la Sala no tendrá en cuenta los valores consignados en el segundo dictamen relacionados con los materiales reintegrados a la entidad por lo expuesto anteriormente.

5. Caso concreto.

La parte actora solicitó en la demanda que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 9451 del 28 diciembre de 1994, 9603 del 3 de abril de 1995, 9734 del 20 de junio de 1995 y 9930 del 2 de octubre de ese mismo año, mediante las cuales la entidad demandada le impuso unas multas al contratista y se resolvieron los recursos.

Igualmente, pidió – *en la corrección de la demanda* - que se declare la nulidad parcial de la Resoluciones Nos. 11492 del 29 de diciembre de 1997 y 11648 del 2 de abril de 1998, a través de las cuales se revocaron y modificaron, entre otras, las Resoluciones Nos. 10724 y 10539, por medio de las cuales se liquidó el contrato No. 3445/97.

Pretendió también que se declare el incumplimiento del contrato No. 3445/97 por parte de la entidad contratante, por fuerza de las circunstancias anotadas en la demanda, así como los perjuicios que de ello se deriven.

Así mismo, solicitó que se *“reciba o contabilice para efectos de la liquidación contable los materiales que no fueron tenidos en cuenta [en la liquidación que se demanda] por considerarlos inservibles la entidad demandada”*.

Exigió el reintegro de la suma de dinero cancelada por el contratista para cubrir los honorarios de la interventoría causados durante la prórroga del contrato No. 3445/94; así como la suma de catorce millones cuatrocientos sesenta y cinco mil pesos (\$14'465.000) *“por concepto de la retención adicional del cinco por ciento (5%) prevista en el contrato”* y el monto de cuatro millones de pesos (\$4'000.000) *“por concepto de los costos incurridos por el contrato en el transporte de materiales de una obra a otra”*.

Resulta necesario precisar que el fallo de primera instancia fue impugnado únicamente por la parte actora, razón por la cual, la Sala, en su condición de juez de segunda instancia, se limitará a realizar el estudio de los puntos específicos relacionados en el recurso de apelación formulado por el actor.

Conviene recordar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial – en este caso la que contiene una sentencia –, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión,

con las propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia⁷¹.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo.

En el presente asunto la parte actora restringió los motivos de la apelación a los cargos que procede la Sala a examinar a continuación y los cuales se concretan en los siguientes puntos:

Señaló el apelante que el atraso en la obra ocurrió por culpa de la entidad contratante, razón por la cual no se encontraba facultada para imponerle multas al contratista.

En cuanto al incumplimiento del contrato No. 3445/94 por parte de la entidad contratante, sostuvo que en este caso la entidad sí incumplió con la obligación de suministrarle en forma oportuna al contratista los materiales necesarios para *“la continua y eficiente ejecución de las obras”*. Al respecto, afirmó que en este caso se configuró la excepción de contrato no cumplido, en tanto que los materiales eran indispensables para la culminación de la obra.

Manifestó también que el retraso en las obras por falta del suministro de los materiales por parte de la entidad contratante, condujo necesariamente a que se acordara una ampliación en el plazo del contrato de noventa (90) días, ocasionando de esta manera que el contratista incurriera en mayores costos administrativos por mayor permanencia en obra. Agregó que el contratista se vio forzado a pagar el cuarenta y cuatro por ciento (44%) de los honorarios de la interventoría causados durante la prórroga del contrato.

⁷¹ Sentencia proferida el 29 de mayo de 2014 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Rad. No. 27721.

Indicó que la entidad contratante debió pagarle al contratista el total de las obras ejecutadas que corresponden a *“las obras previas o precedentes para la culminación de los distritos telefónicos que no fueron facturadas por el Contratista, ni reconocidas ni pagadas por la Empresa de Telecomunicación de Bogotá durante el plazo del contrato e inclusive en la liquidación unilateral, so pretexto de que los distritos no fueron terminados”*.

Agregó que independientemente de que se considere que la entidad contratista incurrió, o no, en incumplimiento del contrato No. 3445/94, resulta procedente condenar a la entidad al pago de las obras ejecutadas parcialmente por el contratista y no canceladas aún por ETB, pues, de no ser así, la Administración se estaría enriqueciendo sin justa causa.

Así las cosas procederá la Sala a examinar a continuación uno a uno los cargos planteados por el actor en el recurso de apelación.

6. Competencia de ETB para imponer multas en virtud del contrato No. 3445/94.

En cuanto a la competencia que tiene la Administración para imponer multas, encuentra la Sala que si bien es cierto que sólo en la demanda se hizo alusión a una supuesta falta de competencia de la entidad demandada para imponer multas, mas no en la apelación, para la Sala resulta imperativo examinar, incluso de oficio, el tema relacionado con la competencia de la entidad para tales efectos.

Lo anterior en razón a que la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional⁷² o administrativa⁷³, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que

⁷² En este sentido, el artículo 6° del C. de P. C. dispone: “Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

“Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.”

⁷³ Al respecto, los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, prescriben, en su orden:

Art. 121: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

Art. 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

la incompetencia se erige en la más grave ilegalidad⁷⁴; razón que impone al juez adelantar, oficiosamente, el examen del punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Sobre este asunto, esta Sección expresó al respecto:

“En virtud del principio de legalidad⁷⁵, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

“La jurisprudencia de la Sección Tercera⁷⁶ ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que ‘la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse’⁷⁷.

“Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente⁷⁸:

‘(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina⁷⁹, ha considerado que “...por tratarse del cargo de

⁷⁴ La doctrina ha expuesto sobre el tema: “De todas las formas de ilegalidad [la incompetencia], es la más grave: los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda. Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente.” (Resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. P.274)

⁷⁵ Nota original: La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica” Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la sexta edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 219.

⁷⁶ Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.

⁷⁷ Nota original: GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, *Derecho Administrativo General*, 5ª edición, Editorial Marín Vieco Ltda., Medellín, 1995, p. 59.

⁷⁸ Nota original: Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷⁹ Nota original de la sentencia citada: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; *Derecho Procesal Administrativo* Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su

*incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador*⁸⁰.

“Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)” (la negrilla no es del texto original).

“La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

*“Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal.”*⁸¹

Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas sobre competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar, incluso de oficio, su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad.

Aclarada la anterior circunstancia, procederá la Sala a examinar lo concerniente a la competencia de la entidad demandada para expedir las resoluciones, mediante las cuales la entidad contratante le impuso unas multas al contratista.

*declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).*

⁸⁰ Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15.324. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Al analizar el régimen jurídico que imperó en el convenio No. 3445 del 1° de septiembre de 1994, celebrado entre ETB y el señor José TRESPALACIOS Arrazola, quedó claro que el mismo se encuentra regulado por las disposiciones contenidas en el derecho privado.

En cuanto a la facultad para imponer en los contratos regidos por el ordenamiento privado, esta Sección se ha pronunciado en los siguientes términos⁸²:

(...)

Así entonces, comoquiera que Establecidas estas premisas se advierte que como el convenio 4129-D se rigió por el régimen del derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de condiciones, resulta claro que ninguna de ellas estaba autorizada para hacer uso de prerrogativas o potestades que son propias del derecho público y por ende, no usuales en el derecho común.

Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala, contenido en sentencia de 21 de octubre de 1994, Expediente 9288, en el cual se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

'... Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

No es la importancia de la materia del contrato, en este caso las exportaciones, ni lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes.

Ese establecimiento público demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222/ 83, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces, como es el caso de autos.

(...)

Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: 'Todo contrato legalmente

⁸² Sentencia proferida el 23 de septiembre de 2009 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 24639. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.’, resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas.

Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso’.

Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual.

A lo anterior se agrega que cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos interadministrativos y a no dudar el Convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, es un contrato que cumple tales características, en consecuencia en esta clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de

que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia...”.

De conformidad con la cita jurisprudencial antes transcrita, resulta claro que en aquellos contratos gobernados por el derecho privado – como el que ahora se examina – las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.

Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista.

Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la Ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual⁸³.

En ese sentido, si bien es cierto que en el clausulado del contrato No. 3445/94 las partes contratantes convinieron en la posibilidad de que la entidad pública le impusiera unilateralmente multas al contratista, no lo es menos que en este caso ETB no estaba facultada por la Ley para imponer multas unilateralmente.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera Exp. 7879 de 1994. M.P. Carlos Betancourt Jaramillo.

Así las cosas, se concluye que ETB carecía de competencia funcional para imponer unilateralmente multas al contratista, por cuanto las normas de derecho privado no consagran dicha potestad y, en consecuencia, los actos que ahora se demandan se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia.

De conformidad con lo expuesto, la Sala declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 9451 del 28 de diciembre de 1994, 9603 del 3 de abril de 1995, 9734 del 20 de junio de 1995, 9930 del 2 de octubre de 1995, mediante las cuales ETB le impuso unas multas al contratista.

El actor también pidió que le fueran reintegrados los valores correspondientes a las multas que le fueron impuestas por la entidad contratante, razón por la cual, en este caso tenía la carga de probar el daño sufrido, esto es el pago de la multa que no se le podía imponer de manera unilateral.

En el presente asunto, echa de menos la Sala prueba alguna que permita tener por acreditado el pago en mención, de ahí que nos sea posible para la Sala reconocer suma alguna por ese concepto.

6.1. Nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94.

Encuentra la Sala que la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94, a través de la cual se facultó a ETB para que impusiera unilateralmente multas al contratista⁸⁴, se encuentra viciada de nulidad absoluta, toda vez que la misma habilita a la Administración a ejercer una potestad que no tiene en este tipo de contratos, tal como se indicó anteriormente.

Sobre ese aspecto se pronunció la Corporación en los siguientes términos⁸⁵:

⁸⁴ En la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94 se acordó la imposición unilateral de multas por parte de la entidad contante al contratista, en los siguientes términos:

"DECIMA OCTAVA: MULTAS. En caso de mora o de incumplimiento parcial del contratista de cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud de este contrato, especialmente las relacionadas con los plazos de entregas, sin perjuicio de la Cláusula Penal Pecuniaria y la declaratoria de caducidad, LA EMPRESA, podrá imponer al CONTRATISTA multas sucesivas equivalentes al 1% (Uno por ciento) del valor de la obra demorada por cada semana de atraso, y por el incumplimiento del control de impacto urbano... Las multas serán impuestas por LA EMPRESA mediante resolución motivada que se notificará de conformidad con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo..."

⁸⁵ Sentencia proferida el 28 de septiembre de 2011 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. No. 15476.

“(…)

Esas facultades excepcionales, como por ejemplo, la de declarar la caducidad del contrato, según reiterada jurisprudencia, es un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico para determinar si existe un incumplimiento de sus obligaciones, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales⁸⁶. Esta posibilidad es insólita en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como se explicó, estaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado para la fecha del contrato origen de esta controversia y cuyas normas, en principio, ‘...si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada’⁸⁷.

Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas décima segunda - multas-, décima tercera –penal pecuniaria- y décima cuarta – caducidad administrativa- del contrato, en tanto facultan a la administración contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo, y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas, en tratándose de las multas y la cláusula penal pecuniaria, en el aparte relacionado con la facultad de imposición unilateral por la administración y en cuanto a la facultad de declaratoria de caducidad, se declarará totalmente nula.

En efecto, el artículo 16 advierte que ‘[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres’; el artículo 1519 dispone que ‘[h]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación’, y el artículo 1741 ibídem, establece que constituye nulidad absoluta ‘[l]a nulidad producida por un objeto o causa ilícita...’.

Así mismo, el artículo 899 del Código Comercio establece que será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando contraría una norma

⁸⁶ Cita de la sentencia original: Sentencia del 19 de agosto de 2004 citada: “cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento.”

⁸⁷ Ibídem.

imperativa o cuando tenga objeto o causa ilícitos; a su vez, el artículo 902 del mismo ordenamiento, preceptúa que “[l]a nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad’.

Por su parte, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) señala que el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas. En concordancia con esta norma, el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, prescribe que “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”.

Es conveniente resaltar que las previsiones legales que ante este evento autorizan el ejercicio de facultades oficiosas al juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico o de cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otros, en objeto ilícito, causal que está prevista en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general, por lo que pugna con él cualquier decisión judicial en relación con un contrato que esté afectado total o parcialmente por un vicio de nulidad absoluta, en la que no se declare esta sanción legal (art. 6 C.C.).

Así las cosas, el juez administrativo puede y debe declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, tal y como procederá a hacerlo la Sala en el presente caso en forma parcial del Contrato n°. 01 de 1993 en relación con las cláusulas décima segunda -multas- en las expresiones “que a juicio de EL CONTRATANTE no sea causal suficiente para declarar la caducidad, EL CONTRATANTE” y “La imposición de la multa se hará mediante resolución motivada que se someterá a lo dispuesto por el Decreto 222/83”; décima tercera -penal pecuniaria- en las expresiones “de declaratoria de caducidad o” y , “podrá tomar el saldo que se adeude a favor del EL CONTRATISTA”, que comportan su ejercicio en forma directa y unilateral y no por parte del juez como debe ser en este tipo de contratos; y toda la décima cuarta -caducidad administrativa-, en los términos indicados atrás.

(...)” (Resalta la Sala).

De conformidad con la jurisprudencia que viene de verse, es claro entonces que la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94 se encuentra viciada de nulidad por objeto ilícito por contravenir normas de orden público, en tanto que por tratarse de un contrato sujeto a normas del derecho privado, no resultaba posible pactar la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, dado que dicha estipulación es a todas luces contraria al mandato constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la Ley le autorice, norma que delimita el campo de acción de la Administración frente a los administrados y que goza de la naturaleza de orden público.

Así las cosas, la Sala procederá a declarar de oficio la nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94, no sin antes reiterar lo expuesto en la sentencia que viene de verse en el sentido de que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁸⁸ *“el juez administrativo queda facultado para declararla de oficio [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*.

7. Competencia de ETB para liquidar unilateralmente el contrato No. 3445/94.

Reitera la Sala lo dicho anteriormente, en el sentido de que en aquellos eventos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad.

Así pues, la Sala examinará a continuación si la entidad tenía, o no, competencia para liquidar unilateralmente el contrato No. 3445/94.

En cuanto a la competencia de la Administración para adoptar decisiones unilaterales, se hace indispensable remitirnos a las consideraciones realizadas por ésta Sección sobre la materia, así⁸⁹:

“(…)

⁸⁸ En la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

⁸⁹ Sentencia proferida el 23 de abril de 2009 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. No. 16372.

En principio se puede afirmar que uno de los privilegios con los cuales cuenta la Administración Pública en los contratos que celebra es el de la decisión unilateral y ejecutoria, el cual le permite ejercer directamente potestades y derechos otorgados por la ley, de manera expresa, sin tener que acudir ante la Justicia Contencioso Administrativa. Se trata de un poder que es ajeno a las facultades de los particulares, salvo expresa autorización legal⁹⁰.

Las entidades a las cuales la ley ha otorgado este poder pueden imponer su voluntad al contratista de manera coactiva, bien sea durante el perfeccionamiento, la ejecución o la liquidación del contrato y obligarlo a cumplir tal voluntad, sin perjuicio de que éste pueda acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a reclamar la nulidad de tales actos y la reparación de los perjuicios que hubiere podido sufrir como consecuencia de los mismos (...)

Sin embargo debe reiterarse que tal privilegio no deviene del contrato sino de la ley, la cual otorga a la Administración Pública, como guardiana del interés público, un poder para resolver unilateralmente y con fuerza vinculante, diversas situaciones que pudieran presentarse durante el desarrollo del contrato, con el fin de garantizar una ágil resolución de las diferencias que pudieran ocasionar paralización o afectación del servicio que pretende satisfacerse con el contrato⁹¹.

⁹⁰ Cita original de la sentencia: "...en un régimen de división de poderes enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho, la Administración Pública no tiene el monopolio de la coacción física legítima pero en primera instancia puede alterar por sí misma el statu quo. Distinta es la posición de las administraciones privadas y los ciudadanos, que no pueden modificar una situación dada sin la imperativa intervención de los Tribunales. Cuando una empresa o administración privada es acreedora de una deuda que no es satisfecha voluntariamente por el obligado al pago, para ejecutarla coactivamente no tiene más remedio que acudir a los Tribunales para que éstos declaren primero que la deuda existe, es líquida y exigible (heterotutela declarativa), y para que después impongan coactivamente al deudor el pago de lo debido (heterotutela ejecutiva); la administración privada no puede ejecutar por sí misma esa deuda, sino que imperativamente precisa de la intervención judicial.

"En cambio, cuando la Administración Pública es acreedora de una deuda tributaria no necesita acudir a los Tribunales para que se declare la existencia, liquidez y exigibilidad de la deuda (autotutela declarativa) ni para ejecutarla coactivamente (autotutela ejecutiva). En primera instancia no corresponde a los Tribunales la garantía de la eficacia práctica de las potestades de la Administración Pública, sino que el ordenamiento jurídico confiere a estas últimas una posición de privilegio desde la cual pueden ejecutar inmediatamente sus decisiones sin necesidad de intervención judicial; esa posición de privilegio se conoce como privilegio de ejecución o oficio o autotutela administrativa." (BLANQUER David. Introducción al Derecho Administrativo. Ed. Tirant lo Blanco. Valencia. 1998. Pág.140).

⁹¹ Cita original de la sentencia: "Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo extracontractual. Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los «servicios públicos», cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es el tráfico en masa el que a fortiori da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica". FERNÁNDEZ Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas. 1995. Pág. 665.

Este postulado de la decisión unilateral y ejecutoria se encuentra contemplado de manera general en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo y constituye una prerrogativa de poder público de la cual goza la Administración Pública en aquellas relaciones jurídicas en las cuales es parte, bien sean contractual o extracontractual. Esta norma establece que los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento; materialmente la firmeza de tales actos se erige en requisito indispensable para la ejecución de los mismos en contra de la voluntad de los interesados.

(...)

En relación con la competencia es importante precisar que la Administración Pública, amparada en el privilegio de lo previo, no puede decidir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque desbordaría el principio que, de modo negativo, está consagrado en el artículo 84 del C.C.A., el cual dispone que los actos administrativos serán nulos 'cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes'.

En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios -al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares-, es de carácter excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, según los cuales no existe competencia sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.

Es al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos que opera el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley.

En este sentido cabe precisar que uno de esos actos administrativos para los cuales la Administración Pública requiere competencia para su adopción, lo que es lo mismo, autorización legal para su expedición es aquél mediante el cual se liquida un contrato de manera unilateral⁹², en

⁹² Cita original de la sentencia: La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-ley 222 de 1983) o estatal (según lo establece la Ley 80 de 1993) tiene por objeto establecer (i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y excepcionalmente (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Esta figura se encontraba regulada en el artículo 287 del Decreto-ley 222 de 1983 y actualmente se encuentra contemplada en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

La liquidación unilateral no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de liquidación ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la liquidación bilateral o conjunta.

tanto, a través de dicho acto se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. En esa dirección se ha pronunciado la Jurisprudencia de esta Corporación⁹³:

‘(...) [L]a liquidación unilateral del contrato por la Administración se traduce en su manifestación de voluntad en función administrativa, que crea, modifica o extingue una situación jurídica; es por tanto un acto jurídico que puede ser controlado en las vías gubernativa y jurisdiccional.

Ese acto administrativo de liquidación se presume legal y goza de propiedades como las de tener carácter ejecutorio y ejecutivo, por virtud de las cuales, una vez en firme, ‘es suficiente por sí mismo para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento’ (art. 64 C.C.A.)”.

En ese orden de ideas, es claro que la potestad que tiene la Administración – en este caso ETB – para liquidar unilateralmente un contrato, es una facultad que debe estar asignada por la Ley, pues de lo contrario, la entidad carecería de competencia para tomar decisiones unilaterales.

Ya se dijo que el contrato No. 3445/94 se regía por el derecho privado y que en dicho ordenamiento no existe norma alguna que habilite a las entidades estatales que contratan con particulares para liquidar unilateralmente los contratos, de lo que se sigue que la entidad contratante – ETB - no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato No. 3445/94, cuyo objeto consistió en la construcción de canalizaciones y redes telefónicas primarias y secundarias en la ampliación de la central telefónica de Soacha, toda vez que para la expedición de este tipo de actos unilaterales que gozan de fuerza ejecutiva resultaba indispensable contar con la respectiva habilitación legal.

En el caso que nos ocupa, comoquiera que la ETB carecía de competencia funcional para proferir los actos mediante los cuales se liquidó unilateralmente el contrato No. 3445/94, la Sala procederá a declarar la nulidad de los mismos, en tanto que las resoluciones demandadas fueron expedidas por ETB, sin tener competencia asignada para el efecto.

Valga precisar que si bien la demanda inicial iba dirigida, entre otras cosas, a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 10539 del 22 de agosto de 1996 y

⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001, expediente 12660. CP. María Elena Giraldo Gómez.

10724 del 9 de diciembre de la misma anualidad; la primera de ellas contentiva de la liquidación unilateral del contrato No. 3445/94 y la segunda confirmatoria de la primera, encuentra la Sala que, luego de la expedición de las Resoluciones Nos. 11492 del 29 de diciembre de 1997 y 11648 del 2 de abril de 1998, a través de las cuales se revocaron y modificaron los actos acusados inicialmente, el actor presentó un escrito de corrección de la demanda⁹⁴, específicamente respecto de la pretensión primera que hacía referencia a la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas inicialmente, lo que hizo en los siguientes términos:

“PRIMERA.- Corregir la pretensión tercera de la demanda, en el sentido de que se DECRETE la nulidad parcial de las resoluciones 11492 del 29 de diciembre de 1997 y 11648 del 2 de abril de 1998, mediante las cuales se modificó la liquidación unilateral del contrato 3445 de 1994”.

En ese sentido, viene a verse que la parte actora, ante la expedición de un nuevo acto, que revocaba y modificaba los actos inicialmente demandados, optó por corregir la demanda excluyendo las pretensiones anulatorias respecto de los actos impugnados en la demanda inicial, restringiendo el ámbito de estudio del juez a las Resoluciones Nos. 11492 y 11648 proferidas por ETB el 29 de diciembre de 1997 y el 2 de abril de 1998, respectivamente.

Observa la Sala que a través de las Resoluciones Nos. 11492 y 11648, cuya nulidad se impone declarar, también se revocaron y modificaron unas resoluciones que tienen su origen en contratos diferentes al contrato No. 3445/94 - con fundamento en el cual ahora se demanda -, de ahí que la Sala sólo procederá a declarar la nulidad de los artículos que alteraron el contenido de las resoluciones mediante las cuales se adoptó la liquidación del contrato en mención y se abstendrá de pronunciarse respecto de aquellos que modificaron y revocaron los actos contentivos de las liquidaciones de otros contratos distintos al número 3445/94.

En ese contexto, la Sala procederá a declarar la nulidad de la Resolución No. 11492 del 29 de diciembre de 1997 en sus artículos séptimo, octavo, noveno y el ordinal 2) del artículo décimo y, respecto de la Resolución No. 11648 del 2 de abril de 1998 se declarará la nulidad de los artículos terceros, cuarto y quinto.

8. Del incumplimiento del contrato No. 3445/94.

⁹⁴ El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 6 de mayo de 1999 admitió la corrección de la demanda. Fl. 119 del cuaderno No. 1.

Restringió la parte actora - en el recurso de apelación – el motivo de incumplimiento del contrato No. 3445/94 al hecho de que la entidad demandada no le había suministrado en forma oportuna al contratista los materiales necesarios para *“la continua y eficiente ejecución de las obras”*. Agregó que en este caso se configuró la excepción de contrato no cumplido, en tanto que los materiales eran indispensables para la culminación de la obra.

Así mismo, señaló que el retraso en las obras por falta del suministro de los materiales por parte de la entidad contratante, condujo a la ampliación en el plazo del contrato de noventa (90) días, ocasionándole al contratista mayores costos administrativos por mayor permanencia en obra.

En el presente asunto, se encuentra probado que entre el señor José Trespalacios Arrázola y el gerente de ETB se celebró el contrato No. 3445, cuyo objeto consistió en *“LA CONSTRUCCION DE CANALIZACIONES Y REDES TELEFONICAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS EN LA AMPLIACION GENERAL DE LA CENTRAL TELEFONICA DE SOACHA CON EL SUMINISTRO DE ALGUNOS MATERIALES”* y que se estableció como valor del contrato la suma de seiscientos diecisiete millones setecientos cincuenta y cuatro mil ciento sesenta y cuatro pesos (\$617'754.164) y un plazo de ejecución de ciento veinte (120) días calendario.

En la cláusula quinta del contrato se acordó que la *“EMPRESA reconocerá y pagará al CONTRATISTA un anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor total del Contrato el cual será entregado por LA EMPRESA dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato y que recibirá EL CONTRATISTA una vez se encuentre perfeccionado el contrato...”*.

De conformidad con el *“Acta de Iniciación”* suscrita por el contratista y por el interventor, está probado que el 25 de noviembre de 1994 se dio inicio a las obras y que el plazo de duración del contrato vencía el 24 de marzo de 1995, para un total de ciento veinte días (120).

Se encuentra acreditado también que las partes contratantes firmaron un Otrosí al contrato No. 3445/94, en el sentido de corregir lo pactado en el parágrafo sexto de la cláusula tercera del contrato relacionado con el reajuste de precios.

Así mismo, se demostró que el 24 de marzo de 1994 se suscribió el “ACTA DE ACUERDO” del contrato No. 3445/94⁹⁵, con el fin de evaluar una prórroga al contrato en mención. A continuación se extraer algunos apartes del documento:

“(…)

Conclusiones

De acuerdo con lo anterior se concluye que para la terminación de las obras de canalización y redes en la Central de Soacha, se requiere ampliar el plazo de ejecución de las mismas por un plazo de noventa (90) días calendario, y por consiguientes debe ampliarse por igual período el contrato de interventoría.

De los noventa (90) días en que se ampliaría la ejecución de obras del contrato, cincuenta (50) días corresponden a causas imputables a la Empresa (Numerales 2 y 4) y cuarenta (40) días corresponden a causas imputables al Contratista (Numerales 1 y 3).

El Contratista se compromete a responder por el 44% de los costos de la Interventoría durante el período de ampliación de ejecución de las obras...”⁹⁶.

En cumplimiento del acuerdo anterior, se tiene que el 24 de marzo de 1995 las partes contratantes suscribieron un segundo Otrosí al contrato No. 3445/94, mediante el cual acordaron “*prorrogar en noventa (90) días el término de ejecución del contrato del 25 de marzo al 22 de junio de 1995*”, en los siguientes términos:

“Las mismas partes contratantes acuerdan: PRIMERO: Prórroga en noventa (90) días el término de ejecución del contrato del 25 de marzo al 22 de junio de 1995. SEGUNDO: El contratista autoriza a la Empresa a descontar de las sumas que esta le adeuda en virtud del contrato 3445 un porcentaje correspondiente al cuarenta y cuatro (44%) del valor de la interventoría durante el plazo adicional, por corresponder este porcentaje al retraso de la obra por causas imputables a él...”⁹⁷.

Ahora bien, en relación con el incumplimiento de la entidad contratante que, según lo dicho por el actor en el recurso de apelación, se debió a la falta de suministros de algunos materiales que debían ser entregados al contratista, observa la Sala que en el expediente reposan varias comunicaciones suscritas por el contratista y

⁹⁵ El acta en mención fue suscrita por el contratista, por la firma interventora y en representación de ETB: por el Director de División de Operación Oriente (E), por la División de Apoyo Operacional, por el Jefe Sec. Redes e Interventoría VII, por el Profesional II y por el Director Div. Operación Occidente.

⁹⁶ Folios 224 al 226 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁹⁷ Folio 80 del cuaderno de pruebas No. 2.

dirigidas a la interventoría que dan cuenta de esa situación. Al respecto se transcriben algunas de ellas:

- Comunicación del 24 de febrero de 1995

*“En varios Comités de Obra y reuniones de trabajo, hemos manifestado a Ustedes nuestra preocupación por **el irregular suministro de materiales por parte de ETB con destino al contrato de la referencia.***

En efecto se han presentado problemas con el suministro de cable 1.200 pares lo cual atrasa la ejecución de las redes primarias, hecho este que se refleja en las evaluaciones adelantadas por la Interventoría.

De igual forma, tuvimos problemas con el suministro de conectores unitarios, los cuales fueron entregados a nosotros el pasado 15 de Febrero/95, es decir 83 días calendario después de iniciado el contrato, afectando considerablemente la construcción de redes secundarias.

Adicionalmente no ha habido suministro de camisas para protección de empalmes para calibres superiores a 200 pares...

... Como podrán ustedes comprender, sin las máquinas y herramientas para empalmar es muy difícil adelantar los trabajos de redes, lo cual a todas luces retrasa la normal ejecución del programa de Trabajo...”⁹⁸.

- Comunicación del 1° de marzo de 1995

“Con fecha de enero de 1995 atentamente nos dirigimos por intermediario de Ustedes a la ETB para solicitar la ampliación del plazo del Contrato No. 3445. En esta ocasión queremos agregar a los argumentos consignados en aquella oportunidad otros que detallaremos a continuación:

- 1. Se ha presentado la necesidad de construir nuevos registros, adicionales a los previstos...*
- 2. Es de anotar que de las canalizaciones tratadas en el numeral, dependen la instalación de 15 cables primarios con sus respectivas redes secundarias, circunstancia esta que prolonga en el tiempo necesario la culminación de tales obras.*
- 3. Por otra parte ha sido irregular el suministro de cable de 1.200 pares... No ha habido suministro de camisas para protección de empalmes superiores a 200 pares, por lo cual los correspondientes empalmes se encuentran sin protección.*

⁹⁸ Folios 106 y 107 del cuaderno de pruebas No. 2.

4. *La ETB no nos ha suministrado las maquinarias y herramientas especiales para ejecutar los empalmes...*⁹⁹.

- Comunicación del 23 de marzo de 1995

(...)

*Una vez más nos dirigimos a Ustedes para manifestarles nuestra profunda preocupación por la **falta absoluta del suministro por parte de ETB, de herramientas prensa-cortadoras para regleta PSI, con destino al Contrato de la referencia.***

*Han transcurrido a la fecha de la presente 118 días calendario del plazo contractual, sin que hasta el momento se hayan realizado empalmes primarios por carencia de las máquinas citadas...*¹⁰⁰.

- Comunicación de 28 de marzo de 1995

*“Una vez más queremos manifestar a Ustedes nuestra preocupación por el **inoportuno suministro de materiales por parte de la ETB con destino al Contrato de la referencia.***

*En efecto, a la fecha de la presente no hemos recibido ningún tipo de mufas en calibres superiores a 150 pares, ni máquinas prensa-cortadoras para regleta PSI, elementos estos últimos, indispensables para la ejecución de los empalmes”*¹⁰¹.

- Comunicación del 26 de abril de 1995

*“... queremos dejar constancia de que a la fecha, la **ETB ha incumplido con los suministros de materiales y herramientas con destino al Contrato de la referencia.***

*En efecto, las coronas para cable de 1.200 pares, el encapsulante reentrable y las máquinas prensa cortadoras para regleta PSI son elementos sin los cuales no podemos adelantar los trabajos de empalmería de red primaria, afectando seriamente el programa de trabajo y la estabilidad económica del Contrato por no poder facturar los trabajos de redes adelantados...”*¹⁰².

- Comunicación del 23 de mayo de 1995

“Por medio de la presente, informamos a Ustedes que la Empresa nos suministró 3 coronas para cables de 1.200 pares, habiendo sido solicitadas 19 para la totalidad del proyecto...”

⁹⁹ Folios 108 y 109 del cuaderno de pruebas No. 2.

¹⁰⁰ Folio 111 del cuaderno de pruebas No. 2.

¹⁰¹ Folio 113 del cuaderno de pruebas No. 2.

¹⁰² Folio 133 del cuaderno de pruebas No. 2.

- Comunicación del 9 de junio de 1995

“En relación a su comunicación No. 951006 de Mayo 31 de 1995 queremos hacer los siguientes comentarios:

- 1) En su balance se puede apreciar que los cables de calibre 50, 70, 150, 200, 400, 600 y 900 pares se encuentran prácticamente agotados en nuestro almacén, por lo cual dichos calibres se vuelven críticos en el momento de ejecutar las redes faltantes.*
- 2) Según nuestras mediciones y controles de inventario, las longitudes de cable faltantes, para culminar el proyecto, calculadas con base en las cantidades por Ustedes establecidas (de las cuales diferimos) y protocolos son...*
- 3) Las cantidades antes relacionadas demuestran que el Contrato atraviesa por un momento crítico por causa del suministro de cables por parte de la ETB lo cual forzaría irremediablemente una paralización de los trabajos de redes primarias y secundarias...”¹⁰³.*

De conformidad con las comunicaciones que anteceden, encuentra la Sala probado que en efecto ETB incumplió con la entrega, al menos oportuna, de algunos materiales al contratista, de lo que, en principio, podría llegarse a la conclusión de que por fuerza de esa circunstancia se generaron dificultades en la ejecución de la obra que podrían haber afectado en alguna medida el avance normal de las obras.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que obran en el proceso oficios elaborados por la interventoría y dirigidos al contratista y a la entidad contratante – ETB -, a través de los cuales, si bien se dejó constancia de la falta de suministro de algunos materiales por parte de la entidad contratante, también se expresó y advirtió que el contratista contaba con los suficientes materiales para adelantar y avanzar con la obra, razón por la cual esa no era una excusa valedera para que el contratista retrasara su ejecución.

Así mismo, se observa que la interventoría en algunos de sus oficios no sólo relacionó sino que también comparó las cantidades de materiales que la entidad contratante le había suministrado al contratista y lo instalado por él, con lo cual se hacía evidente el saldo tan alto que tenía pendiente por instalar y, en

¹⁰³ Folios 166 y 167 del cuaderno de pruebas No. 2.

consecuencia, se hacía notorio el bajo rendimiento en la ejecución y desarrollo de la obra por parte del contratista. A continuación se transcriben apartes de algunos de los oficios elaborados por la interventoría que dan cuenta de lo anterior:

- Oficio del 16 de diciembre de 1994 dirigido al contratista

“(…)

3... Queremos aclarar que aunque ustedes no han tenido suministro de materiales esto no representa una excusa para no comenzar con las labores de construcción, teniendo en cuenta que la canalización contempla el suministro de materiales y representa aproximadamente un 70% del costo total de la obra.

Por lo anteriormente expuesto, esta interventoría no ve ninguna excusa en la demora en el inicio de las labores de construcción...”¹⁰⁴.

- Oficio del 27 de marzo de 1997 dirigido a ETB.

“... De acuerdo a su solicitud a continuación les presentamos el material entregado por la ETB y el utilizado por el contratista al cierre 28 de febrero de 1995.

MATERIAL	TOTAL INSTALADO MTS	TOTAL ENTREGADO MTS
Cable 10 pares	4.105	21.070
Cable 20 pares	4.297	11.853
Cable 30 pares	1.529	4.458
Cable 40 pares	1.519	4.554
Cable 50 pares	1.185	1.499
Cable 70 pares	1.762	4.529
Cable 100 pares	1.977	8.982
Cable 150 pares	776	2.629
Cable 200 pares	2.580	4.360
Cable 300 pares	2.954	5.966
Cable 400 pares	1.265	2.020
Cable 600 pares	2.180	4.025
Cable 900 pares	530	2.815
Cable 1200 pares	9.409	42.131
Conectores	0	154.000

(...).”

- Oficio del 6 de abril de 1995 dirigido al contratista

¹⁰⁴ Folios 96 y 97 de la AZ 9.

“...En cuanto a los cables primarios esta interventoría ratifica lo indicado en su comunicación 95975 del 24 de mayo de 1995. Sin embargo quiero precisar lo siguiente:

Cable 2634:

- *La localización del armario fue definido el 15 de mayo de 1995 por la Interventoría y según su trabajador, encargado de esta instalación, le fue imposible realizarla antes porque no había medio de transporte para llevar el armario al sitio, de lo que si da fe la interventoría.*

- *Es cierto que no existe el material para realizar el empalme de corona, pero ello no es excusa para no haber realizado los detalles que a continuación se enumeran:*

- *Falta marcar cable en algunas cámaras*

- *Falta colocar consolas y peldaños*

- *Los empalmes ya hechos están sin sellar...*

Como se desprende del análisis anterior ustedes hubieran podido entregar los cables y distritos realizando todas las actividades y dejando pendiente los trabajos que realmente tienen problemas de ejecución...”¹⁰⁵.

- Oficio del 2 de mayo de 1995 dirigido al contratista

“Nos extraña la afirmación que ustedes dan en varias comunicaciones referentes a que están detenidos los trabajos de empalmería de Secundaria y primaria por demoran en el suministro de cables de 10 y 100 pares. Según el corte de avance de obra efectuado el 1 de mayo de 1995 por esta Interventoría ustedes solamente han instalado 8829 metros de cable de 10 pares y la ETB les ha suministrado 21070 metros, quedando un saldo de 12241 metros; lo mismo sucede con el cable 100 pares, del cual tienen instalados 4353 metros y la ETB les ha entregado 8982 metros quedando un saldo de 4629 metros.

Por lo anterior les exigimos nuevamente aumentar los recursos de personal para instalar los cables restantes en forma inmediata”¹⁰⁶.

- Oficio del 20 de junio de 1995 dirigido al contratista

“... Con respecto a esta comunicación nosotros conocemos que no se les ha entregado todo el material necesario para ejecutar toda la obra, pero aclaramos que en estos momentos cuentan ustedes con material en bodega para adelantar un gran porcentaje de obra. A continuación les

¹⁰⁵ Folios 113 y 114 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹⁰⁶ Folio 35 del cuaderno de pruebas No. 5.

mostramos el porcentaje del cable entregado comparado contra el del protocolo...

Según estos datos, y aferrados al protocolo, se podría concluir que ustedes deberían terminar con el 87.5% de toda la Obra, ya que el material entregado corresponde a este porcentaje del material por protocolo y aún aunque no hubieran ejecutado este 87.5% hubieran podido culminar y entregar una gran cantidad de distritos y varios cables primarios que solamente estaban pendientes de acabado y empalmería, actividades que no tienen que ver con esta falta de materiales.

(...)"¹⁰⁷.

Así mismo, se observa que en varios oficios suscritos por el interventor, éste expresó su preocupación en relación con el avance de las obras, por causas imputables al contratista, tales como la demora en su iniciación, la falta de personal, la ausencia del equipo necesario para transportar los materiales y personal, así como la carencia de algunos materiales cuyo suministro se encontraba a cargo del contratista.

En relación con la demora en la iniciación de la obra, se transcriben a continuación los siguientes oficios elaborados por el interventor:

- Oficio del 19 de diciembre de 1994 dirigido al contratista

"En reiteradas ocasiones, verbalmente, en comunicación No. 94990 y en la reunión de obra No. 1, se les ha solicitado el programa de obra y ustedes hasta la fecha no han cumplido con este requisito.

Es preocupante que habiendo transcurrido 25 días, equivalente al 21% del plazo de ejecución, ustedes no hayan aún iniciado las labores de construcción. El compromiso de entregar la totalidad de las obras el 24 de Marzo de 1995 se ve cada día más difícil de cumplir.

(...)"¹⁰⁸.

- Oficio del 19 de diciembre de 1994 dirigido al contratista

"... Han transcurrido 26 días desde el inicio del contrato y ustedes sólo hasta el día de hoy van a comenzar los trabajos de canalización, fecha que nos parece demasiado tardía teniendo en cuenta las dimensiones de las obras a ejecutar... Por lo tanto, para lograr los objetivos del contrato y ajustarse a la fecha de terminación, ustedes deberán, como se les ha indicado en repetidas ocasiones, implementar más frentes de trabajo y

¹⁰⁷ Folios 303 y 304 de la AZ 9.

¹⁰⁸ Folio 119 de la AZ 9.

aumentar las jornadas laborales y de esta manera recuperar el tiempo perdido por la demora en la iniciación de las obras.

*(...)*¹⁰⁹.

- Oficio del 3 de enero de 1995 dirigido al contratista

*“Han transcurrido 19 días desde el inicio del Contrato de la Referencia, quedando 101 días para su ejecución y **hasta la fecha no nos han presentado el Programa de Obra que se les ha solicitado verbalmente en varias oportunidades, además de que Ud. aún no ha comenzado los trabajos en ningún frente de obra.***

*Estas demoras en el inicio de los trabajos le ocasionan una disminución apreciable en el tiempo de la ejecución de la misma... Es claro que la interventoría ha estado presta a colaborar en la ejecución del Contrato y que la demora a la fecha para la iniciación de las obras, ha sido exclusivamente responsabilidad del Contratista”*¹¹⁰.

En cuanto al retraso de las obras por ausencia del personal, por falta del equipo necesario para transportar los materiales, así como por la carencia de algunos materiales cuyo suministro se encontraba a cargo del contratista, reposan en el expediente los siguientes oficios suscritos por el interventor:

- Oficio del 13 de enero de 1995 dirigido al contratista

“(...

*De acuerdo a observaciones realizadas por esta interventoría, ustedes no han comenzado los trabajos de redes en la forma que esperaba, solo cuentan con una cuadrilla para red primaria y 3 cuadrillas para red secundaria, solamente han trabajado en dos cables de primaria y en secundaria están incoando postes, **labor esta que no ha tenido el rendimiento esperado debido a las complicaciones del transporte, instalación y al poco suministro de la misma.***

(...)

*Para poder cumplir con este plazo es necesario que incrementen su personal en estos trabajos, aumentar las jornadas laborales y colocarse metas semanales. De no realizarse lo anterior, será muy difícil que cumplan con la fecha pactada en el contrato”*¹¹¹.

- Oficio del 24 de marzo de 1995 dirigido al contratista

¹⁰⁹ Folio 120 de la AZ 9.

¹¹⁰ Folio 114 de la AZ 9.

¹¹¹ Folio 105 del cuaderno de pruebas No. 5.

“En los últimos días hemos notado una baja en el ritmo de la obra tanto en redes como en canalizaciones, hecho este que fue bastante notorio los días 23 y 24 del presente mes, días durante los cuales se encontró detenida la obra en un noventa por ciento.

Según nuestras observaciones estas irregularidades están ocurriendo debido a dos factores: el primero, que ha afectado grandemente los trabajos de canalizaciones es la suspensión de las obras por parte de la Secretaría de Obras Públicas de Soacha ocasionada por no haber reparchado las canalizaciones construidas sobre calzadas, exigencia que, diariamente en la obra y semanalmente en los comités de obra, le ha hecho la interventoría; el segundo, es por falta o la demora del pago de sus trabajadores, lo que ha generado una baja de ánimo en ellos y por consiguiente una merma en las labores que desempeñan...”¹¹².

- Oficio del 30 de marzo de 1995 dirigido al contratista

“En observaciones realizadas hemos detectado las siguientes fallas en los trabajos de canalizaciones:

(...)

- ***En varios frentes de trabajo se encuentran laborando solamente los obreros sin ningún tipo de dirección y esto ha ocasionado una mala ejecución de los trabajos y por ende la pérdida de tiempo, ya que ésta Interventoría les ha ordenado en repetidas oportunidades la demolición y posterior reconstrucción de las obras”...¹¹³.***

- Oficio del 3 de abril de 1995 dirigido al contratista

“... Los últimos siete frentes se encuentran inactivos desde hace dos semanas y esto ha ocasionado la queja de la ciudadanía por incomodidad que les ocasionan las excavaciones abiertas...

Es de anotar también que en los últimos días se ha visto una disminución apreciable en el número de trabajadores que ustedes tienen para estas labores, hecho bastante preocupante ya que en aras de mejorar el rendimiento, debería ser todo lo contrario...”¹¹⁴.

- Oficio del 3 de abril de 1995 dirigido al contratista

“Según observaciones de ésta Interventoría los trabajos de redes avanzan muy lentamente y de continuar así no podrán entregar las obras en la fecha pactada...”¹¹⁵.

¹¹² Folio 64 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹¹³ Folio 165 de la AZ 9.

¹¹⁴ Folio 158 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹¹⁵ Folio 162 del cuaderno de pruebas No. 3.

- Oficio del 6 de abril de 1995 dirigido al contratista

“Hemos notado que a la fecha aún no han solucionado el problema de suministro de tubería y bloques, causa por la cual, con excepción de los trabajos de reparcho, está detenido el avance en canalizaciones.

Es también bastante notorio la disminución del personal que labora en esta actividad, en los últimos días hemos visto máximo 10 trabajadores y todos en la actividad de reparcho.

Por las anteriores causas se encuentran abandonados varios frentes de trabajo...

Para la corrección de todos estos inconvenientes es necesario que Uds. aumenten el personal de trabajo y suministren regularmente tubería, bloques e impacto urbano...”¹¹⁶.

- Oficio del 12 de abril de 1995 dirigido al contratista

“Observaciones hechas por esta Interventoría [indican que] ustedes en este momento cuentan con solo 2 empalmadores...

En cuadrillas ustedes cuentan en promedio con 6 y cada una con aproximadamente 3 ayudantes.

Con este personal es muy difícil que cumplan con la entrega de la obra en el plazo estipulado.

Les exigimos nuevamente implementar más frentes de trabajo, aumentar jornadas laborales y trabajar fines de semana, de lo contrario no podrán cumplir con lo pactado”¹¹⁷.

- Oficio del 12 de abril de 1995 dirigido al contratista

“A la fecha las obras de Canalizaciones están detenidas en un 95%, en estos momentos solo se encuentran recogiendo escombros y realizando acabados de algunas cajas dobles, la falta de suministro de tubería y bloques para cámara y cemento, ha ocasionado el bajo avance en estas actividades...”¹¹⁸.

- Oficio del 19 de abril de 1995 dirigido al contratista

“En la comunicación No. 95660 de Abril 12 de 1995, les indicábamos los problemas que tenían con el suministro de tubería y bloques, lo que había ocasionado la detención casi total de los trabajos de canalizaciones; a la

¹¹⁶ Folios 167 y 168 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹¹⁷ Folio 151 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹¹⁸ Folio 174 de la AZ 9.

fecha hemos notado con extrañeza que aún no han solucionado este inconveniente.

*(...)*¹¹⁹.

- Oficio del 26 de abril de 1995 dirigido al contratista

“Las actividades de canalizaciones fueron reiniciadas el 24 de Abril de 1995 con un mínimo de personal, 16 obreros en 3 frentes diferentes, hecho bastante irregular ya que en aras de mejorar el rendimiento, debería ser todo lo contrario.

*(...)*¹²⁰.

- Oficio del 2 de mayo de 1995 dirigido al contratista

*“El día de hoy hemos notado que ustedes **no contaban con el equipo necesario para el transporte de materiales y de personal.***

*Como sucedió en el frente de la Diagonal 16 en donde se detuvieron las actividades por no contar con el transporte necesario para llevar la tubería. Algo parecido sucedió también en el frente de la Calle 24 en donde esta Interventoría les exigió recoger los escombros y la respuesta que recibimos fue de que no contaban con la volqueta necesaria para el retiro de estos sobrantes”*¹²¹.

- Oficio del 2 de mayo de 1995 dirigido al contratista

“(...)

Según nuestras observaciones Uds. presentan las siguientes irregularidades:

- 1. No se suministra el material para ejecutar los trabajos... por lo cual, las obras se entorpecen en su avance (madera, tierra suficiente etc) ni elementos de compactación.*
- 2. No se suministran los elementos de seguridad necesarios para los trabajadores.*
- 3. Se conoce por los comentarios el personal que no se cumple con los pagos o salarios y esto incide en el ánimo de trabajo y en la calidad de la obra...”*¹²².

¹¹⁹ Folio 178 de la AZ 9.

¹²⁰ Folio 33 del cuaderno de pruebas No. 5.

¹²¹ Folio 34 del cuaderno de pruebas No. 5.

¹²² Folios 40 y 41 del cuaderno de pruebas No. 5.

- Oficio del 2 de mayo de 1995 dirigido al contratista

*“El día de hoy hemos notado que ustedes **no contaban con el equipo necesario para el transporte de materiales y de personal.***

Como sucedió en el frente de la Diagonal 16 en donde se detuvieron las actividades por no contar con el transporte necesario para llevar la tubería...”¹²³.

- Oficio del 5 de junio de 1995 dirigido al contratista

“(...

2. Ustedes [Contratista] han tenido durante el transcurso de la Obra muchos inconvenientes en el suministro de materiales a sus trabajadores, entre ellos están primero: la falta de existencia de los mismos, como por ejemplo hasta el lunes 24 de abril de 1995, 30 días después de la prórroga, ustedes reiniciaron los trabajos de canalización suspensión esta ocasionada por la falta de tubería y bloques, a la fecha han permanecido varias excavaciones de cámaras abiertas por la falta de suministro de bloques; el segundo es la falta de medios para trasladar los materiales a sitios en donde se necesitan, continuamente sus trabajadores se quejan porque no cuentan con medios de transporte para llevar los materiales a las bodegas...”¹²⁴.

- Oficio del 6 de junio de 1995 dirigido al contratista

“De acuerdo a los rendimientos mostrados por ustedes en el transcurso de la prórroga hemos analizado que es muy difícil que cumplan con los compromisos contractuales adquiridos al vencimiento de la misma, En reiteradas ocasiones les hemos solicitado que aumenten sus frentes de trabajo pero hemos notado que no han cumplido aún con esta orden...”¹²⁵.

- Oficio del 16 de junio de 1995 dirigido al contratista

“La presente es con el fin de informarles que los días 14, 15 y 16 de junio de 1995 en la Obra no se encontraba ningún frente de canalizaciones activo y en redes solamente pudimos constatar la presencia de 5 trabajadores...”¹²⁶.

En el caso que ahora se examina y de conformidad con el material probatorio que obra en el proceso, encuentra la Sala que si bien es cierto que ETB no le habría

¹²³ Folios 189 de la AZ 9.

¹²⁴ Folios 141 y 142 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹²⁵ Folio 138 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹²⁶ Folio 47 del cuaderno de pruebas No. 3.

entregado al contratista algunos de los materiales que se requerían para ejecutar la obra, no lo es menos que, según lo dicho por el interventor y que no se observa que hubiere sido controvertido en las oportunidades correspondientes a las respectivas comunicaciones y tampoco en el presente proceso, el contratista no sólo contaba con suficiente material para adelantar la obra, sino que, además, éste ni siquiera había instalado el total de los materiales que le fueron suministrados por la entidad de manera oportuna, circunstancia que denotaba el bajo rendimiento en el avance de la obra, acompañado de su falta de empeño y voluntad para culminar el objeto contractual.

Aunado a lo anterior, se observa que la tardanza en la iniciación de las obras, la falta de personal de la cual dan cuenta los oficios a los que acaba de hacerse referencia, así como la carencia de materiales cuyo suministro se encontraba a cargo del contratista, dan cuenta de incumplimientos imputables de manera exclusiva al contratista que sin duda alguna afectaron el desarrollo normal de la obra e incidieron en el cumplimiento del objeto contractual.

En el orden de ideas expuesto, para esta Sala el argumento del recurso de apelación, según el cual la carencia de suministro de materiales por parte de la entidad situó al contratista en imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato, con sustento en lo cual el actor pretende configurar la excepción de contrato no cumplido a su favor, se encuentra desvirtuado con lo expuesto anteriormente, máxime si se tiene en cuenta que el contratista incurrió en graves incumplimientos desde la fecha misma de iniciación de la obra, atribuibles única y exclusivamente a su comportamiento.

Esta Sección ha reflexionado sobre la inviabilidad de alegar la excepción de contrato no cumplido cuando el incumplimiento de la entidad estatal no tiene la virtualidad de situar al contratista en imposibilidad de cumplir el objeto del contrato:

“En el sub examine, la Sala advierte que si bien se presentó un retraso en el pago de una parte menor del “anticipo”, este incumplimiento no tiene la entidad suficiente como para alterar la normal ejecución del negocio jurídico. En otros términos, al no demostrar el contratista demandante un incumplimiento serio, grave, determinante de la Administración, que lo hubiese puesto en una razonable imposibilidad de cumplir, no podría alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido. Así las cosas, se tiene que, por una parte, la contratista ahora demandante no probó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y tampoco que hubiese mediado un incumplimiento de tal entidad por

*parte del departamento que lo hubiese puesto en condiciones de imposibilidad de cumplir, razón por la cual no proceden las condenas solicitadas en las pretensiones de la demanda; pero, por otra parte, tampoco acreditó un incumplimiento grave por parte de la entidad demandada*¹²⁷.

Se impone concluir que indistintamente de que se encuentre acreditado en el proceso la falta de suministro de algunos materiales por parte de la entidad contratante al contratista, tal circunstancia no se erigió como un obstáculo válido para que éste se sustrajera a la ejecución del negocio jurídico.

Por lo expuesto anteriormente, encuentra la Sala que, contrario a lo señalado por el actor en el recurso de apelación, en este caso no se configuró la excepción de contrato no cumplido.

Adicionalmente, valga precisar que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, como presupuestos para acreditar que la otra parte incurre en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En el presente asunto no hay duda de la continua situación de incumplimiento en la que incurrió el contratista desde el inicio de la ejecución de la obra, de la cual dan cuenta no sólo los oficios elaborados por la interventoría, sino también el “*ACTA DE ACUERDO*” de fecha 24 de marzo de 1995, documento en el cual se evaluó la posibilidad de prorrogar el contrato No. 3445/94 y se concluyó que era necesario adicionar el plazo en noventa días (90), en cuyo caso el contratista se comprometía a responder por el 44% de los costos de la interventoría durante ese período, en tanto que éste al igual que la entidad contratante había incumplido sus obligaciones, afectando el avance normal de las obras y retrasando la ejecución del contrato.

Observa la Sala que lo planteado en el documento denominado “*ACTA DE ACUERDO*”, especialmente en cuanto hizo referencia al atraso de las obras por

¹²⁷ Sección Tercera, Subsección B, Consejo de Estado, 30 de enero de 2013, Expediente: 24.217, C.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

causas imputables al contratista, quedó consignado en el Otrosí del contrato No. 3445/94 suscrito por las partes contratantes, en los términos que se transcriben a continuación:

“Las mismas partes contratantes acuerdan: PRIMERO: Prórroga en noventa (90) días el término de ejecución del contrato del 25 de marzo al 22 de junio de 1995. SEGUNDO: El contratista autoriza a la Empresa a descontar de las sumas que esta le adeuda en virtud del contrato 3445 un porcentaje correspondiente al cuarenta y cuatro (44%) del valor de la interventoría durante el plazo adicional, por corresponder este porcentaje al retraso de la obra por causas imputables a él...”

Así entonces, comoquiera que en este caso se encuentra plenamente demostrado el continuo incumplimiento del contratista en el desarrollo de la obra y la incidencia de su incumplimiento en la prórroga del contrato, tanto que en el Otrosí del contrato No. 3445/94 quedó consignada dicha situación, la Sala no accederá a la pretensión de declaratoria de incumplimiento formulada por el actor, ni a las pretensiones que le son consecuenciales, así como tampoco reconocerá suma alguna por concepto de los costos derivados de la mayor permanencia en la obra en los que habría incurrido el contratista por causa de la prórroga del contrato ni el reintegro del cuarenta (44%) que tuvo que asumir el contratista por fuerza de los honorarios de interventoría causados durante la prórroga en mención.

En cuanto a este último punto se refiere ha de señalarse que el contratista al suscribir el Otrosí del contrato No. 3445/94, aceptó lo consignado en él y, en ese sentido, asumió las consecuencias que de ello se pudieran derivar, de ahí que en esta instancia no resulte acorde con los postulados de la buena fe pretender desconocer el contenido de un documento que fue aceptado por él mismo y a través del cual asumió unas obligaciones contractuales.

9. Obras ejecutadas por el contratista y no canceladas por ETB.

Manifestó el actor en el recurso de apelación que, independientemente de que se considere que la demandada incurrió, o no, en incumplimiento del contrato No. 3445/94, resulta procedente condenar a la entidad al pago de las obras ejecutadas parcialmente por el contratista y no canceladas aún por ETB, pues de no ser así la Administración se estaría enriqueciendo sin justa causa.

En cuanto a las obras ejecutadas parcialmente por el actor y las cuales no se le habrían cancelado, obra en el expediente el primer dictamen pericial que da cuenta de ello, en los siguientes términos:

“2.1. ANEXO CÁLCULO DE CANALIZACIONES (12 Folios)

En este cuadro se han relacionado y calculado las diversas cantidades de obra ejecutadas durante el desarrollo del contrato según lo consignado en las CARTERAS DE RECIBO DEFINITIVA – OBRA INCONCLUSA, que cuentan con la firma y sello de la interventoría: Ponce de León y Asociados S.A. y consta de 60 folios.

ITEM	UNIDAD	CANTIDAD
Longitud de Canalizaciones	MI	10.245,85
Rotura en Concreto	M3	115,21
Rotura en Asfalto	M3	99,21
Excavación manual en materia...	M3	5339,84
Colocación tubería y sentada	MI	68.430,31
Arena base tubería	M3	526,64
Relleno recebo compactado manualmente	M3	874,43
Relleno macadam hidráulico compactado	M3	82,12
Andén concreto de 210 kg/cm2...	M2	1.115,99
Andén tableta cerámica	M2	21,10
Calzada en concreto de 210 Kg/cm2 E=20 cm	M2	18,05
Relleno en material procedente de excavación	M3	2.199,51

2.2. ANEXO CÁLCULOS CÁMARAS – CANALIZACIONES. (1folio)

En este cuadro se han relacionado y calculado las diversas cantidades de obra ejecutadas durante el desarrollo del contrato según lo consignado en las CARTERAS DE RECIBO DEFINITIVA – OBRA INCONCLUSA que cuentan con la firma y sello de la Interventoría...

2.4. ANEXO RESUMEN OBRA EJECUTADA SEGÚN CARTERAS (1 Folio)

En el Anexo enunciado se encuentra el resumen de las cantidades relacionadas en los numerales 2.1 y 2.2 según lo cual el valor de la obra ejecutada en canalizaciones y cámaras tiene un valor de: \$295'521.187,70.

Por lo tanto, según las carteras de la Interventoría y el presente cuadro, el valor total de la obra ejecutada por el Demandante, asciende a la suma de: \$434'410.570,70.

Teniendo en cuenta las Actas de Recibo de Obra Nos. 1, 2 y 3 elaboradas durante la ejecución del contrato, encontramos que se pagaron al Contratista las siguientes sumas:

ACTA No.	FECHA	VALOR
----------	-------	-------

1	Febrero 10 de 1995	135'480.781,00
2	Marzo 13 de 1995	93'101.397,30
3	Mayo 8 de 1995	60'717.828,59
		\$ 289'300.006,90

Por lo anterior, por concepto de OBRA EJECUTADA Y NO CANCELADA, se le adeudaría al Contratista, la suma de:

$\$434'410.570,70 - \$ 289'300.006,90 = \$145'110.563,80$

(...)"

Del dictamen se desprende que la entidad contratante le canceló al contratista por concepto de obra ejecutada la suma de doscientos ochenta y nueve millones trescientos mil seis pesos con noventa centavos (\$ 289'300.006,90).

Así mismo, se observa que, según lo señalado por los peritos, con fundamento en los documentos denominados "CARTERAS DE RECIBO – OBRA INCONCLUSA-", el contratista habría ejecutado unas obras no canceladas por la entidad contratante por valor de ciento cuarenta y cinco millones ciento diez mil quinientos sesenta y tres pesos con ochenta centavos (\$145'110.563,80).

Encuentra la Sala que a partir de la información que arrojan los documentos denominados "CARTERAS DE RECIBO – OBRA INCONCLUSA-", no es posible determinar si la entidad debía cancelarle al contratista, además, de las obras reconocidas y pagadas por la entidad en las actas de recibo Parcial de obra Nos. 1, 2 y 3, otras diferentes.

Lo anterior habida cuenta de que en la cláusula cuarta del contrato – **FORMA DE PAGO** - se acordó que el "... valor del contrato sería cancelado con base en cortes mensuales por obra ejecutada sobre cada cuenta que presente EL CONTRATISTA de registros de canalización, Distritos y Cables terminados o sobre Registro de canalización, Distritos y/o cables parcialmente ejecutados que no se hayan terminado por causas imputables a LA EMPRESA y aceptados por la INTERVENTORIA en la respectiva Acta de Recibo Parcial ...".

Observa la Sala que de los documentos consignados en el dictamen, a partir de los cuales los peritos calcularon el total de las obras ejecutadas por el contratista y no canceladas por la entidad, así como del material probatorio que reposa en el

expediente, no es posible constatar si en efecto las obras a las que se hizo referencia en el contrato fueron concluidas, o no. Así como tampoco, encuentra la Sala probado que en caso de no haberse terminado las obras a las que se refiere el contrato, la no culminación de las mismas hubiese sido por causas imputables a la entidad contratante.

Aunado a lo anterior, no se observa en el expediente documento alguno que revista las características de las denominadas “*Actas de Recibo Parcial de Obra Nos. 1, 2 y 3*”, en virtud de las cuales la entidad le reconoció y le canceló al contratista lo correspondiente a unas obras ejecutadas en desarrollo del contrato No. 3445/94 y en cuyo caso se detallaban no sólo las obras ejecutadas por el contratista sino también los precios unitarios y lo adeudado por la entidad.

Así mismo, se tiene que el dictamen únicamente da cuenta de unas obras ejecutadas por el contratista, sin hacer referencia alguna al hecho de si su ejecución le fue ordenada al contratista por la entidad demandada y si las mismas cumplían con las correspondientes especificaciones, de forma tal que se pueda acceder a la reclamación del actor. Contrario a ello, nótese que en varias comunicaciones dirigidas al contratista, el interventor le formuló una serie de observaciones, en el sentido de que varias de las obras ejecutadas por éste no cumplieron con las especificaciones técnicas, razón por la cual no se autorizaba por el interventor que fueran reconocidas por la entidad; así mismo, se tiene que en los documentos anexos al dictamen se ponen de presente varias de esas observaciones.

Al respecto se transcriben algunas de esas comunicaciones que dan cuenta de la defectuosa ejecución en algunas de las obras:

- Comunicación del 6 de junio de 1995

“(…)

A continuación les enumeramos los sitios en donde no se han realizado rellenos, ni ejecutado debidamente la compactación:

(…)

Les solicitamos nuevamente que ejecuten estas actividades de manera inmediata, pues la ETB ya va a iniciar los trabajos de reparcho y les recordamos que éstas no generarán una actividad adicional, ya que no se han realizado de acuerdo a las normas.

(...) La vigilancia permanente del interventor no implica aprobación definitiva de las Obras que se vayan a ejecutando ni exime de responsabilidad al Contratista, de la buena ejecución de las mismas y de la calidad de los materiales que han sido suministrado por lo mismo, pues se entiende que la obligación del Contratista es la de entregar las obras debidamente terminadas de conformidad con los planos, diseños, especificaciones y demás normas y leyes concordantes.

En todo momento la interventoría ha informado a sus trabajadores de las deficiencias en las labores que están ejecutando, pero sus trabajadores haciendo caso omiso a nuestras ordenes, en varias ocasiones ha continuado ejecutando mal las labores a espaldas de la interventoría...¹²⁸.

- Comunicación dirigida al contratista – 9 de junio de 1995 -.

“... En particular con respecto al Distrito 26040 esta Interventoría hizo las carteras y las pruebas y encontró los siguientes detalles faltantes: las pruebas eléctricas dan con bajo aislamiento, hay pares en corto, hay pares rotos, falta enchapetar los cables canalizados, plaquear empalmes, resanar cajita de subida, retirar el poste de la caja D3 y hacer ajuste de la red al poste nuevo...¹²⁹.”

- Comunicación del 7 de junio de 1995

“A continuación les enumeramos varios postes que se encuentran con deficiencias y no serán autorizados por esta interventoría:

DISTRITO 26104

DIRECCION	POSTES	OBSERVACIONES
Transversal 9 No. 10-74 Sur	H1	Con grietas
Transversal 9 No. 11-08 Sur	H2/3	Con fisuras
Transversal 9 No. 11-44 Sur	13/4	Con fisuras con grietas, desportillado en la punta
		...

¹³⁰.

Así las cosas, con la información que reposa en el expediente no es posible verificar si las obras de las que dan cuenta los peritos, cumplieron, o no, con las especificaciones del contrato, así como tampoco si estas fueron terminadas y en el evento de no haberse concluido si ello fue culpa de la entidad.

¹²⁸ Folios 132 al 134 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹²⁹ Folios 112 al 114 del cuaderno de pruebas No. 3.

¹³⁰ Folios 116 al 118 del cuaderno de pruebas No. 3.

En ese orden de ideas, comoquiera que no se encuentra probado en el proceso que la entidad contratante le adeudaba al contratista el valor de unas obras ejecutadas, diferentes a las ya reconocidas en las actas de recibo parcial de obra No. 1, 2 y 3, no habrá lugar a condenar a la entidad al pago de suma alguna por el reclamado concepto y, en consecuencia, se denegará la pretensión formulada por el actor en ese sentido.

10. Condena en costas.

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

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

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, y en su lugar se dispone:

- **DECLARAR** de oficio la nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94, a través de la cual se facultó a ETB para imponer unilateralmente multas al contratista.

- **DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones Nos. 9451 del 28 de diciembre de 1994, 9603 del 3 de abril de 1995, 9734 del 20 de junio de 1995, 9930 del 2 de octubre de 1995, proferidas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB -, por medio de las cuales se le impusieron unas multas al Contratista – José Trespalacios Arrazola -.

- **DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 11492 del 29 de diciembre de 1997 en sus artículos séptimo, octavo, noveno y el ordinal 2) del artículo decimo y, respecto de la Resolución No. 11648 del 2 de abril de 1998 **DECLARAR** la nulidad de los artículos tercero, cuarto y quinto.
- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO

BARRERA