

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Le corresponde a la Sala conocer de la apelación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia. Adicionalmente, conoce la Sala del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección C de Descongestión del Tribunal Administrativo (...), en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la mayor pretensión ascendió a \$898`329.552, por concepto de indemnización de perjuicios causados a los demandantes a título de incumplimiento del contrato, mientras que, el monto exigido en la fecha de presentación de la demanda para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual, tuviera vocación de doble instancia, era de \$ \$248.450.000.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DEMANDANTE / DEMANDANDO / CONTRATISTA / CONTRATANTE / PERSONA JURÍDICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

En el presente proceso, la parte demandante, esto es, el Consorcio S.O.T, integrado por las sociedades Sotincol Ltda., Ingelas Ltda. y S.Y.M. Ingenieros Ltda., y la parte demandada, la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. ISA E.S.P., se encuentran legitimadas en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, dado que estas personas jurídicas fungieron como parte contratista y contratante del contrato (...), respecto del cual se alega el incumplimiento de las obligaciones pactadas.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / CÓMPUTO DEL PLAZO / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / PARTE DEMANDANTE / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / REANUDACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONCILIACIÓN FALLIDA / OPORTUNIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Si bien el contrato objeto de estudio en principio no requería liquidación, por tratarse de un negocio jurídico sometido a derecho privado -como se verá más adelante-, se encuentra que, dentro del presente asunto, las partes acordaron la realización de un cruce final de cuentas, el cual tampoco se efectuó. En consecuencia, ante la inexistencia de liquidación, la Sala, en consideración al régimen de derecho privado

al que se encuentra sometido el negocio jurídico que dio lugar a la presente controversia, dará aplicación a lo dispuesto en el literal b) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., norma que establece el término para acudir ante la jurisdicción respecto de las controversias contractuales de negocios jurídicos que no requieren de liquidación. Así las cosas, se tiene que el contrato objeto de la presente controversia finalizó (...) y a partir del día siguiente inició el conteo del término de 2 años para acudir ante la jurisdicción, (...) sin embargo, con ocasión del trámite de conciliación prejudicial (...), dicho término fue suspendido (...) y el mismo se reanudó (...) cuando culminó el procedimiento conciliatorio, situación que amplió el término para presentar la demanda. (...) [E]ncuentra la Sala que el derecho de acción fue ejercido en oportunidad.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10

MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

[L]a Sala se abstendrá de analizar el cargo consistente en la omisión de pronunciamiento por parte del Tribunal sobre la facultad de la entidad contratante de imponer multas dentro del marco de una relación contractual sometida al derecho privado. Lo anterior, en consideración a que, al momento de presentar la demanda (...), la parte actora no cuestionó la facultad de ISA S.A. E.S.P. para imponer las sanciones y realizar los descuentos, lo que constituye un nuevo cargo que no fue objeto de litigio en la primera instancia. De revisar dicho cargo de la apelación, se desconocería la garantía fundamental del debido proceso de la demandada, en primer lugar, por cuanto daría lugar a la modificación de la litis por fuera del término contemplado para ello y, en segundo lugar, como quiera que, al no encontrarse dentro de las pretensiones del escrito de demanda, la parte accionada no pudo controvertirlo en la primera instancia. En consecuencia, el análisis que se efectuará se limitará a la constatación probatoria de la existencia o no de los incumplimientos aducidos en la demanda y al comportamiento contractual de la parte actora que, según la demandada, dio lugar a los descuentos de las sanciones pactadas en el contrato.

CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES / NORMATIVIDAD APLICABLE / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS PÚBLICOS / REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO / PRESTACIÓN POR PARTICULARES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE ENTIDAD ESTATAL CON PARTICULARES / EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / SOCIEDAD COMERCIAL / CLASES DE SOCIEDAD

COMERCIAL / SOCIEDAD DE CAPITAL / SOCIEDAD ANÓNIMA / MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / ENTIDAD ADSCRITA AL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

[L]a entidad contratante, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P, es una empresa de servicios públicos mixta, constituida como sociedad anónima de carácter comercial, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, creada mediante escritura pública (...), que ostentaba para la fecha de celebración del contrato (...), con ocasión del cual surgió la controversia objeto del presente proceso.

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / FUNCIONES DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / FACULTADES DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / NATURALEZA DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / OBLIGACIONES DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SOCIEDAD POR ACCIONES / RÉGIMEN EXCEPTUADO / RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / ESTADO SOCIAL DE DERECHO / FINALIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO / DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL

Las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, de naturaleza pública, privada o mixta, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural. El artículo 365 de la Constitución Política dispuso que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley. De esta manera, la Ley 142 de 1994 estableció el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Los artículos 31 y 32 de la citada ley fijaron un régimen de derecho privado, por regla general, para los actos que expiden, y además, dispuso que los contratos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública, salvo que la Constitución Política o la ley dispongan lo contrario.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 365 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 32

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN EXCEPTUADO / RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

/ EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULA EXCEPCIONAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL

[L]a Ley 143 de 1994, que establece específicamente el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, dispone que las empresas públicas que presten el servicio de electricidad en cualquiera de las actividades del sector tendrán un régimen de contratación de derecho privado, pero que la Comisión de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades, caso en el cual, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - artículo 8º, párrafo. De acuerdo con lo anterior, el régimen del contrato celebrado entre ISA S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos, y el Consorcio S.O.T., es el del derecho privado. En consecuencia, el análisis del presente asunto se realizará bajo esta óptica, teniendo en cuenta las normas vigentes para la época de los hechos.

FUENTE FORMAL: LEY 143 DE 1994

CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA DE ELECTRICIDAD / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / SUMINISTRO DE MATERIALES - Falta de claridad frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - Retraso / PRÓRROGA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MODIFICACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CARGA DE LA PRUEBA / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CONDUCTA OMISIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

[E]l consorcio demandante no había iniciado obras del Sector II, por cuanto, en primer lugar, no suministró los materiales a su cargo; y, en segundo lugar, pese a que ya contaba con parte de las torrecillas suministradas por ISA. S.A. E.S.P., no ejecutó el contrato, alegando la falta de aprobación del nuevo ítem de transporte de las torrecillas desde la cabecera del municipio hasta la obra. (...) [L]a Sala, permite tener por acreditado que el retraso en las obras no fue imputable a la entrega tardía de las torrecillas por parte de la entidad demandada, como lo alegó la parte actora, sino a temas atribuibles al contratista, tales como la falta de flujo de caja, ausencia del personal necesario, dificultades de dirección y desorganización administrativa. (...) [L]as partes acordaron realizar una prórroga en atención a las dificultades en el suministro de algunos materiales, guardando silencio respecto de los posibles perjuicios causados a ambas partes con ocasión de la ampliación del plazo contractual y con los hechos que dieron lugar a ello (...). De acuerdo con el material probatorio recaudado, observa la Sala que con el mismo no es posible determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar acordadas por las partes para el suministro de las torrecillas a cargo de ISA S.A. E.S.P. al contratista; esto es, la parte actora no cumplió con la carga de la prueba para acreditar dichas condiciones y el incumplimiento de la obligación de la que fue eximida, y que fue posteriormente asumida por la entidad contratante, mientras que sí está probada la entrega de las torrecillas por parte de la demandada.

IMPUTACIÓN DEL PAGO EN EL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DEL PAGO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PAGO AL CONTRATISTA / PAGO DEL CONTRATO / PAGO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE LA FACTURA / CARGA DE LA PRUEBA / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CONDUCTA OMISIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

[E]ncuentra la Sala que la modificación introducida a los pagos a través de la “Cláusula Adicional 2”, en manera alguna previó el desembolso de pagos semanales; lo que hizo fue habilitar la presentación de facturas semanales, sin modificar los plazos de desembolso establecidos en 45 días corrientes, previa recepción a satisfacción de la entidad de las facturas y sus soportes. En ese sentido, respecto de la reclamación de la factura 24, para el momento en que fue radicada la solicitud de la parte actora, apenas habían transcurrido 28 días, y la factura no había sido presentada de manera separada para el suministro de materiales y el avance de obra, como bien se estableció desde el contrato mismo. Esto es, no se acreditó por la parte actora, el incumplimiento de la entidad respecto de las condiciones contractuales para el pago efectivo reclamado. (...) [N]o se da crédito al presunto incumplimiento endilgado por la parte demandante respecto de las demoras imputadas a ISA S.A. E.S.P, en relación con el pago de las facturas. (...) En consecuencia, la Sala no encuentra incumplimiento de la obligación de pago, en tanto la entidad acreditó el desembolso de las facturas presentadas.

DESCUENTOS SOBRE EL CONTRATO / SALDOS A FAVOR / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR VENCIMIENTO DEL PLAZO / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / SANCIÓN PECUNIARIA / MULTA / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / ENTIDAD PÚBLICA / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO

De conformidad con la demanda, la parte actora alega la existencia de saldos a su favor por el indebido descuento efectuado por ISA S.A. E.S.P. en virtud de las sanciones por retrasos e incumplimiento que, en su entender, no debieron ser realizados. (...) Fuera de las comunicaciones remitidas por el contratista a la entidad contratante reclamando un presunto saldo a favor y la respuesta de la entidad demandada poniendo de presente otro saldo a su favor, no obran en el expediente pruebas tales como informes finales de interventoría o informes periódicos de ejecución, que permitan sustentar la veracidad de las afirmaciones de saldos a favor o en contra distintos a los establecidos por la entidad, documentos que cobran gran relevancia, dada la falta de liquidación final del contrato objeto de estudio. (...) [L]as (...) pruebas documentales da cuenta de la realización de retenciones que tuvieron por causa el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Consorcio SOT. (...) También se encuentra acreditado que, de manera posterior a la anterior modificación contractual, se siguieron presentado retrasos en la obra, siendo imputados algunos de ellos por el contratista a la ocurrencia de afectaciones del orden público.

TERMINACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA - Tardía / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR VENCIMIENTO DEL PLAZO / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO / GARANTÍA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE

El incumplimiento del contrato se evidenció además en el hecho de que una vez finalizado el plazo contractual (...), la entidad demandada verificó que algunas de las obras contratadas no fueron terminadas, otras no fueron puestas en servicio ni recibidas a satisfacción, razón por la que se hizo efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria. (...) El material probatorio da cuenta de que los descuentos realizados por la entidad demandada se realizaron en cumplimiento de lo dispuesto en el contrato, dado que una vez verificado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad hizo efectivos los descuentos y la cláusula penal previstos en la cláusula décimo novena de la minuta del contrato. Es por ello, que se concluye que la parte actora no demostró en el proceso que los descuentos realizados lo hubieran sido con violación de ninguna de las disposiciones contractuales, esto es, no cumplió con la carga de la prueba de demostrar el incumplimiento de la parte demandada.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR VENCIMIENTO DEL PLAZO / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO / GARANTÍA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / CARGA DE LA PRUEBA / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CONDUCTA OMISIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

[E]ncuentra la Sala acreditado en el proceso que, durante la etapa post contractual, la parte demandante no realizó entrega de las obras, ni prestó su debida colaboración para la elaboración de los inventarios de estas ni de los materiales que se encontraban en bodegas (...). Dicha conducta omisiva de sus obligaciones por parte del contratista, en la etapa posterior a la terminación del contrato, es un indicio que permite inferir a la Sala el incumplimiento de sus deberes, respecto de las actuaciones e información necesarios para el cruce de cuentas final previsto en la cláusula vigésima segunda del contrato. En consecuencia la Sala, una vez

examinado el acervo probatorio obrante en el proceso, encuentra que la parte actora incumplió con el deber de acreditar el supuesto de hecho de las normas que invocó para sustentar la presunta responsabilidad contractual de la entidad demandada por incumplimiento, en los términos previstos en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177

PRUEBAS DE OFICIO / IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA DE OFICIO / DUDA / DEBER PROBATORIO / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

[R]especto del reproche realizado respecto de la omisión de decretar pruebas de oficio, conviene resaltar que para la Jurisdicción se encuentra vedado el solventar deficiencias probatorias de las partes y, en particular, la plasmada por el extremo activo de la litis, toda vez que se evidenció que la parte actora no insistió en su práctica, no consignó los honorarios del perito, ni recurrió la decisión de primera instancia que cerró el periodo probatorio y dio traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25001-23-26-000-2009-01045-01(55044)

Actor: CONSORCIO S.O.T.

Demandado: INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección C de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de marzo de 2015, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

La empresa de servicios públicos Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P, en adelante ISA S.A. E.S.P., celebró el contrato 4500032852 con el Consorcio S.O.T., conformado por las sociedades Sotincol Ltda., Ingelas Ltda. y S.Y.M. Ingenieros Ltda., cuyo objeto fue la construcción de obras de electrificación rural para 3 grupos de veredas ubicadas en algunos municipios de los departamentos de Cundinamarca, Caldas y Valle. Durante la ejecución y finalización del negocio jurídico se presentaron retrasos en el avance de las obras que la parte demandante imputó a la parte demandada y alegó que le causaron perjuicios. Específicamente, en la fase contractual, el Consorcio actor acusó problemas en el suministro del ítem de torrecillas y demoras en el desembolso de los pagos por parte de la entidad demandada y en la fase post contractual atribuyó a ésta el incumplimiento por el no pago de los saldos pendientes correspondientes a la obra ejecutada.

La Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la parte actora no demostró el incumplimiento atribuido a la parte demandada, razón por la cual los accionantes presentaron recurso de apelación, al estimar que existió una indebida e incompleta valoración del material probatorio allegado al proceso.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El 16 de diciembre de 2009, en ejercicio de la acción de controversias contractuales y a través de apoderado debidamente constituido, el Consorcio S.O.T y las sociedades que lo integraron Sotincol Ltda., Ingelas Ltda. y S.Y.M. Ingenieros Ltda., presentaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en contra de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. ISA, en la cual solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fl. 2 a 18 c. 1):

1.1. Que Interconexión Eléctrica S.A. I.S.A. E.S.P. ha incumplido parcialmente el contrato 4500032852 del día 23 de noviembre de 2006 con el Consorcio S.O.T.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. I.S.A. deberá pagar al consorcio S.O.T. - y por consiguiente a las sociedades que estructuran dicho consorcio-, por concepto de perjuicios, como mínimo la suma de ochocientos noventa y ocho millones trescientos veintinueve mil, quinientos cincuenta y dos pesos (\$898'329.552.00), o la suma mayor que

resulte probada como daño antijurídico en el transcurso del proceso.

1.3. Que la condena impuesta sea actualizada a valor presente, se haga cumplir y se cumpla tal como lo preceptúan los artículos 176 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

1.4. Que la condena impuesta devengue intereses moratorios a partir de su misma ejecutoria.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones la parte actora manifestó que el Ministerio de Minas y Energía e Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. - ISA, en adelante ISA S.A. E.S.P, celebraron un convenio que tuvo por objeto la asistencia técnica y administración integral para el desarrollo de proyectos de energización en zonas rurales con recursos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas Rurales Interconectadas (FAER).

En desarrollo del anterior negocio jurídico, ISA S.A. E.S.P., previo agotamiento de un procedimiento de solicitud pública de ofertas, el 23 de noviembre de 2006, celebró el contrato 4500032852 con el Consorcio S.O.T. cuyo objeto fue el replanteo, suministro, construcción, gestión ambiental y puesta en servicio de varios proyectos de electrificación (Grupo I: Valle del Cauca, Grupo II: Caldas y Grupo III: Cundinamarca y Meta), a ejecutar con recursos del Fondo de Apoyo Financiero para Energización de Zonas Rurales Interconectadas FAER.

De acuerdo con la demanda, el contrato inició el 14 de diciembre de 2006, pero la ejecución de las obligaciones tuvo un grave retraso en el suministro por parte de ISA S.A. E.S.P. de las torrecillas, insumos necesarios para el desarrollo del Grupo III, las cuales fueron entregadas entre el 23 de marzo y el 11 de abril de 2007.

Con ocasión de lo anterior, las partes celebraron, el 31 de mayo de 2007, la primera modificación al contrato, consistente en que ISA S.A. E.S.P. asumía el valor del transporte de las torrecillas desde las bodegas en las que habían sido puestas a disposición del contratista hasta el sitio de las obras y, además, el suministro de los transformadores necesarios para electrificar el municipio de La Victoria.

El 25 de junio de 2007, la contratista remitió a la entidad demandada comunicación en la que solicitó revisar las condiciones y plazos para continuar con la ejecución del contrato.

El 3 de julio de 2007, se firmó por parte del representante legal del Consorcio SOT la segunda modificación al contrato (cláusula adicional No.2), mediante la cual se amplió el plazo de ejecución contractual y se hizo efectivo el primer descuento al contratista por el retraso en las obras. Sin embargo, afirmó que dicho documento fue alterado, por el cambio de una de sus hojas en las que se incluyó el siguiente texto: *“Como sanción por incumplimiento I.S.A. aplicará lo establecido en el literal a. de la Cláusula Décima Novena - sanción por incumplimiento - equivalente a diez (10) días calendario”*, irregularidad que fue comunicada por escrito a la entidad. Y que, a partir de esa reclamación, los pagos se hicieron más lentos y problemáticos, lo que afectó el flujo de caja y el desarrollo de los proyectos a ella encomendados, razón por la que solicitó a la entidad diligencia y cumplimiento en el pago de las facturas.

El 31 de agosto de 2007, las partes suscribieron la tercera modificación al contrato, prorrogando nuevamente el plazo.

El 18 de octubre de 2007, ISA S.A. E.S.P. impuso un nuevo descuento por retraso en las obras y, el día 24 del mismo mes, declaró el incumplimiento total del contrato, el siniestro de incumplimiento, e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por el 100% del valor pactado, lo que calificó como desproporcionado en atención a lo ejecutado por el Consorcio S.O.T., decisiones que fueron recurridas por el contratista y respecto de las cuales la entidad no adelantó trámite alguno por considerar que no eran actos administrativos, por encontrarse en una relación contractual regida por el derecho privado.

Como consecuencia de lo anterior, la parte accionante aseveró que la entidad demandada suspendió el desembolso de los pagos de las facturas radicadas que se encontraban pendientes de pago y, mediante comunicación del 23 de octubre de 2007, exigió la entrega de las obras en el estado en que se encontraban, petición a la que el Consorcio S.O.T. se negó hasta tanto se definiese el inventario de los bienes que había suministrado y se definieran las cuentas por pagar a cargo de ISA S.A. E.S.P.

Dada la negativa de entrega de las obras, el 29 de enero de 2008, se realizó una reunión en el Ministerio de Minas y Energía con la participación de funcionarios del Consorcio, de la entidad demandada y la interventoría del contrato, en la que se acordó revisar de manera conjunta los inventarios, la determinación de los saldos pendientes de pago y la realización de la liquidación del contrato por mutuo

acuerdo. Compromisos respecto de los cuales no hubo acuerdo posterior entre las partes.

Después de esa anterior reunión y a pesar de no existir acta de entrega por parte del Consorcio, ISA S.A. E.S.P. ocupó las obras realizadas por el contratista, energizó las redes y las puso en servicio.

2. El trámite de la primera instancia

2.1. Mediante auto del 5 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda interpuesta en contra de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (fl. 91 c.1.), decisión que fue notificada a la demandada, el 20 de abril de 2010 (fl. 27 - 40 del c. 1).

La parte demandada presentó recurso de reposición¹ en contra de la anterior decisión, el cual fue negado mediante providencia del 10 de diciembre de 2010, por considerar que se acreditó el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción, consistente en la conciliación prejudicial entre las partes que suscribieron el negocio jurídico objeto de la controversia y la competencia se radicó, a prevención, en cabeza del Tribunal de Cundinamarca, por haberse ejecutado el contrato en varios lugares, ello de conformidad con lo dispuesto por el literal d) del artículo 134 del C.C.A. (fl. 110- 112 del c. 1).

2.2. El proceso fue fijado en lista por el término de 10 días, término que finalizó el 7 de marzo de 2011 (fl. 220 c.1).

Contestación de la demanda

¹ Por considerar que la parte demandante no agotó el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial respecto de la Nación – Ministerio de Minas, y estimar que a ISA S.A. E.S.P. solamente le fue otorgado un mandato para ejecutar como administrador delegado en el negocio jurídico que dio lugar a la presente controversia. Como argumento adicional, alegó la existencia de una falta de competencia por el factor territorial, por cuanto de manera expresa las partes pactaron como domicilio contractual la ciudad de Medellín, correspondiendo por tal motivo el conocimiento del proceso al Tribunal Administrativo de Antioquia.

2.3. Dentro del término de fijación en lista, ISA S.A. E.S.P. contestó la demanda (fl. 187 - 219 c.1) a través de apoderado judicial², en los siguientes términos:

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en atención a la ausencia de daño e incumplimiento contractual imputable a la demandada y afirmó que quien incumplió las condiciones contractuales fue la parte demandante. Respecto de los hechos, admitió algunos, y se opuso o hizo aclaraciones sobre otros.

Precisó que si bien el 20 de noviembre de 2006, se acordó entre las partes el suministro de las torrecillas por parte de ISA S.A. E.S.P., ello se realizó por solicitud del contratista, únicamente para el desarrollo de las obras requeridas en el municipio de La Victoria, Caldas, que pertenecían al Grupo II de obras del contrato, lo que no impedía la ejecución del objeto contractual para los Grupos I y III.

Manifestó que, pese a haberse entregado el suministro de torrecillas por parte de ISA el 23 de abril de 2007, para el día 27 de abril el contratista no había iniciado labores, de conformidad con lo informado por la interventoría. Y advirtió que, de manera previa a tales fechas, el contratista tampoco desarrolló las obras de replanteo necesarias para el montaje de las torrecillas, para lo cual requería de otros materiales, que tampoco tuvo a disposición. Advirtió que una vez fueron entregadas las torrecillas por parte de ISA S.A. E.S.P., el contratista las mantuvo sin justificación alguna en sus bodegas por el término de 2 meses sin iniciar labores, razón por la cual la entidad decidió pagar el transporte desde la bodega hasta el sitio de las obras a efectos de que fuera ejecutada la labor contratada y, pese a ello, el contratista no las instaló.

Acusó al accionante de faltar a la verdad respecto de la presunta alteración de la segunda modificación al contrato, en tanto antes de proceder a la firma de la entidad, ésta se percató de la no inclusión en la minuta de la totalidad de los acuerdos realizados en la reunión celebrada por las partes el 28 de junio de 2007, dentro de los cuales estaba hacer efectiva la sanción pactada por incumplimiento parcial (pues para la fecha, los grupos I y II registraban un avance del 2% de los trabajos, pese a haber transcurrido más de 6 meses desde la orden de inicio de las

² En escrito separado y dentro del término para contestar la demanda, ISA S.A. E.S.P. presentó demanda de reconvención (fl. 19 – 49, c. 3), la cual fue rechazada por el Tribunal mediante auto de 23 de mayo de 2012 (fl. 58-59, c 4), por haber sido presentada con posterioridad a la ocurrencia de la caducidad de la acción, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia del 14 de agosto de 2013 (fl. 75 – 97, c.1).

obras), situación que fue informada al contratista de manera previa al nuevo envío para firma a través de sus representantes, quienes lo suscribieron.

Afirmó que las modificaciones a la forma de pago mensual, inicialmente pactada en el contrato, fueron realizadas por solicitud del contratista, permitiendo la facturación semanal conforme al avance de obra y el pago directo por parte de ISA S.A. E.S.P a los proveedores, en atención a la condición económica reportada por el Consorcio S.O.T., a efectos de facilitar el flujo de caja del contratista y el avance en la ejecución de las obras, lo cual tampoco ocurrió.

Respecto de la acusación de falta de pago, señaló que la entidad realizó el desembolso de las facturas presentadas por el contratista por concepto de materiales, las cuales fueron consignadas de manera directa a los proveedores, por solicitud del accionante. Señaló que el Consorcio no facturó por el avance de la obra, por su culpa y negligencia. Advirtió que de las 21 facturas presentadas por el contratista, 15 fueron pagadas antes del vencimiento del plazo contractual (modalidad de pronto pago 75,85% del valor facturado), 5 fueron desembolsadas dentro del plazo previsto en el negocio jurídico (20,25% del valor facturado) y sólo una por valor de \$79.997.009,5 (última factura presentada - 3,9% del valor facturado) no fue cancelada en su totalidad al contratista, por cuanto de ella se descontó la sanción de apremio que se le había impuesto.

Una vez finalizado el contrato, ante la falta de terminación de las obras, la entidad demandada se vio en la necesidad y en la obligación de declarar el incumplimiento del contrato, pues el avance en los grupos I y II sólo alcanzó un 2%, motivo por el que debió acudir a un tercero para que terminara la obra contratada.

Afirmó que descontó el valor de la sanción de apremio, sin incurrir en vías de hecho o actuaciones injustificadas y manifestó que el Consorcio interpuso recursos que eran improcedentes, en atención a la naturaleza jurídica y régimen contractual de la empresa.

Advirtió, además, que requirió la entrega de las obras, previo envío de los inventarios finales, sobre los cuales acordó su realización en una reunión adelantada ante el Ministerio de Minas y Energía, exigencia que no fue cumplida por causas imputables al contratista, quien además de negarse a entregar las obras,

obró de mala fe y sustrajo de las bodegas gran cantidad de materiales que habían sido pagados por ISA S.A. E.S.P.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones:

i) *“Ausencia del elemento imputación de responsabilidad por incumplimiento contractual por parte de ISA”* por cuanto ésta cumplió con las obligaciones a su cargo.

ii) Caducidad de la acción dado que, en su entender, el término de la misma empezó a correr el 7 de julio de 2007, esto es, a partir del día siguiente a la fecha en la cual se hizo efectiva la primera sanción por incumplimiento parcial al Consorcio, señalando que, tanto la conciliación prejudicial³ como la demanda⁴, fueron presentadas una vez precluyó el término de 2 años para acudir a la jurisdicción.

iii) Culpa exclusiva de la víctima, en atención al incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo y afirmó que todas las reclamaciones realizadas devienen de la propia imprevisión del contratista al momento de ejecutar el contrato, pues evidenció falta de capacidad técnica, económica, administrativa y financiera.

iv) Excepción de contrato no cumplido, en atención a lo pactado en la cláusula quinta del contrato y el artículo 1609 del Código Civil.

v) Buena fe y lealtad de ISA durante la ejecución del contrato.

vi) *“Los demandantes alegan su propia ilicitud”*.

vii) Ausencia de daño, en tanto los rediseños eran una obligación del contratista, de conformidad con el contrato, y sus cambios correspondieron a modificaciones menores, necesarias para mejorar la estabilidad de las redes, teniendo en cuenta que en el negocio jurídico se pactó la actividad de replanteo de redes, lo que además descartaba un sobredimensionamiento del proyecto.

³ Radicada ante la Procuraduría el 24 de agosto de 2009.

⁴ Presentada ante la jurisdicción el 16 de diciembre de 2009.

Respecto de la mayor permanencia en obra, afirmó que ésta se dio como consecuencia de los reiterados e injustificados retrasos en los que incurrió el Consorcio S.O.T., quien solicitó la prórroga del plazo en 3 ocasiones.

En relación con la utilidad dejada de percibir, adujo que ello se dio también por causas imputables al contratista, por cuanto los pagos estaban sujetos a la ejecución de las obras, razón por la que la utilidad dejada de percibir por reducción del valor del contrato y su ejecución, no era imputable a la contratante.

Respecto de los valores por facturar, alegó que dicho perjuicio era inexistente. En relación con las facturas presuntamente pendientes de pago, señaló que no había lugar al reconocimiento solicitado, en atención a que las mismas fueron compensadas con los valores adeudados a ISA por concepto de las sanciones derivadas del incumplimiento contractual y, al no existir sumas pendientes, no era posible el reconocimiento de intereses de mora.

2.4. Mediante auto de 29 de noviembre de 2013, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fl. 227 - 228, c.1).

2.5. Finalizado el periodo probatorio, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (f. 303, c. 1).

Las partes presentaron sendos escritos de conclusión, en los que ratificaron, con fundamento en el material probatorio, lo manifestado en la demanda y su contestación. El Ministerio Público guardó silencio (f. 304 - 323, c. 1).

3. La sentencia impugnada

La Sección Tercera, Subsección C de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 12 de marzo de 2015, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de realizar condena en costas (fl. 325 - 344, c. ppal.).

Lo anterior, por considerar que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba que demandaba el reconocimiento de sus pretensiones. Esto es, no acreditó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ni su disposición a cumplirlas en la forma y tiempo pactados, ni el incumplimiento de la entidad demandada.

En efecto, el *a-quo* consideró que la parte actora no demostró en el proceso la existencia de acuerdos previos a la celebración del contrato, referidos al suministro de materiales, en especial de las torrecillas, a cargo de ISA S.A. E.S.P., ni tampoco allegó medios de prueba que acreditaran la imposición de sanciones con desconocimiento de la ejecución contractual adelantada por el contratista.

Se abstuvo de realizar consideraciones en relación con la validez de los descuentos realizados a título de sanción por parte de la entidad contratante, en consideración a que no fueron objeto de las pretensiones formuladas por la parte actora. Sin embargo, señaló que los descuentos realizados sobre una de las facturas por parte de ISA S.A. E.S.P. fueron autorizados por el Consorcio S.O.T desde el contrato, y advirtió que tampoco se acreditó que ello se hubiera realizado por un monto superior o con desconocimiento de las condiciones pactadas por las partes.

Finalmente, sostuvo que las objeciones formuladas respecto de la omisión de liquidar el contrato carecieron de sustento, por cuanto la entidad demandada no estaba obligada a hacerlo, en primer lugar, por cuanto en el contrato no se pactó y, en segundo lugar, en consideración al régimen privado al que se encontraba sometido el negocio jurídico.

4. El recurso de apelación

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación (fl. 346 - 349 c. ppal.) en el que solicitó revocar la sentencia del *a quo* y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, por considerar que el Tribunal se limitó a realizar un listado de los medios de prueba practicados, sin realizar una valoración o crítica de los mismos respecto de las pretensiones de incumplimiento expuestas en la demanda.

Acusó al Tribunal de omitir un análisis sobre la facultad de imponer multas por parte de la entidad demandada, dentro del marco de un contrato regido por el derecho privado. Así como tampoco realizó pronunciamiento alguno, respecto de la presunta falsificación de la segunda modificación contractual al hacer efectiva la cláusula de descuento, ni respecto de la toma de las obras por parte de ISA S.A. E.S.P., lo cual calificó como una vía de hecho.

En su entender, los reproches realizados por el *a quo* en relación con el no aporte de pruebas referidas a la etapa precontractual carecen de fundamento, por cuanto los términos de referencia y listado de materiales fueron decretados como prueba, pero no fueron allegados al proceso, por la parte demandada, y señaló que con posteridad al cierre del periodo probatorio, era un deber del Tribunal haberlos decretado nuevamente como prueba de oficio, al tratarse de documentos relevantes para la búsqueda de la verdad, lo que calificó como violatorio del debido proceso.

Finalmente, reprochó al Tribunal una omisión de valoración respecto del material probatorio mediante el cual se acreditó la obligación de ISA S.A. E.S.P. de suministrar las torrecillas, y el impacto que ello tuvo en la ejecución del contrato, lo que, en su entender, dio lugar a una indebida aplicación de la línea jurisprudencial relacionada con la excepción de contrato no cumplido, e insistió en que sin dicho suministro era imposible dar cumplimiento al objeto contractual.

5. El trámite de la segunda instancia.

5.1. El recurso de apelación fue admitido por auto del 10 de septiembre de 2015 (fl. 354 c. ppal.).

5.2. Mediante proveído del 8 de octubre de 2015, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo, término procesal del que solo hicieron uso las partes (fl. 356 - 375 del c. ppal.), pues el Ministerio Público guardó silencio (fl. 736, c. ppal.).

5.2.1. **La parte demandante**, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, e insistió sobre la indebida valoración del material probatorio realizada por el *a quo*. Y señaló, de manera adicional, que dentro del proceso se logró acreditar la existencia de saldos a favor del demandante, pendientes de pago.

5.2.2. **La parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado

Le corresponde a la Sala conocer de la apelación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984⁵-, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia⁶.

Adicionalmente, conoce la Sala del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección C de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 12 de marzo de 2015, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la mayor pretensión ascendió a \$898`329.552, por concepto de indemnización de perjuicios causados a los demandantes a título de incumplimiento del contrato, mientras que, el monto exigido en la fecha de presentación de la demanda para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual, tuviera vocación de doble instancia, era de \$ \$248.450.000 ⁷.

2. Legitimación en la causa

En el presente proceso, la parte demandante, esto es, el Consorcio S.O.T, integrado por las sociedades Sotincol Ltda., Ingelas Ltda. y S.Y.M. Ingenieros Ltda., y la parte demandada, la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. ISA E.S.P., se encuentran legitimadas en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, dado que estas personas jurídicas fungieron como parte contratista y contratante del contrato

⁵ A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, sin embargo, por expresa disposición de la norma, este no es aplicable al proceso de la referencia. “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. // Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”

⁶ De acuerdo con el artículo 132 numeral 5º del C.C.A. “Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: (...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

⁷ Lo anterior teniendo en cuenta que para el 2006 el salario mínimo ascendía a la suma de \$496.800 –Decreto 4868 del 30 de diciembre de 2008-, que, multiplicados por 500, corresponden a \$ 248.450.000.

4500032852 de 23 de noviembre de 2006, respecto del cual se alega el incumplimiento de las obligaciones pactadas (fl 9 - 22 del c. 5 de pruebas).

3. Oportunidad de la acción

Si bien el contrato objeto de estudio en principio no requería liquidación, por tratarse de un negocio jurídico sometido a derecho privado -como se verá más adelante-, se encuentra que, dentro del presente asunto, las partes acordaron la realización de un cruce final de cuentas⁸, el cual tampoco se efectuó.

En consecuencia, ante la inexistencia de liquidación, la Sala, en consideración al régimen de derecho privado al que se encuentra sometido el negocio jurídico que dio lugar a la presente controversia, dará aplicación a lo dispuesto en el literal b)⁹ del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., norma que establece el término para acudir ante la jurisdicción respecto de las controversias contractuales de negocios jurídicos que no requieren de liquidación.

Así las cosas, se tiene que el contrato objeto de la presente controversia finalizó el 23 de octubre de 2007¹⁰, y a partir del día siguiente inició el conteo del término de 2 años para acudir ante la jurisdicción, es decir que, en principio, el plazo para presentar la demanda vencía el 24 de octubre de 2009; sin embargo, con ocasión del trámite de conciliación prejudicial que se adelantó ante la Procuraduría Séptima Judicial 2 Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 191 - 193, c. 2), dicho término fue suspendido a partir del 24 de agosto de 2009, es decir cuando restaban 2 meses para el vencimiento del plazo, y el mismo se reanudó a

⁸ “VIGÉSIMA SEGUNDA. CRUCE DE CUENTAS. A más tardar y dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha del Certificado de Aceptación Final expedido por ISA, de acuerdo con lo estipulado en la sección 5.19 – Certificado de Aceptación Final expedido por ISA de acuerdo a la Solicitud Pública de Ofertas 0000002181-, el CONTRATISTA E ISA de común acuerdo, harán cruce de cuentas, para lo cual se suscribirá un ACTA donde se establecerán las revisiones y reconocimientos a que haya lugar”.

⁹ “ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones (...) // 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. // En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: // (...) b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa (...)”.

¹⁰ De conformidad con la cláusula adicional número 3 (fl. 82-83, c.1)

partir del 3 de noviembre de 2009, cuando culminó el procedimiento conciliatorio, situación que amplió el término para presentar la demanda hasta el 12 de enero de 2010¹¹.

Dado que la demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2009 (fl. 1 y 18 vto. c 1.), esto es, con anterioridad al vencimiento del plazo previsto en la ley para acudir ante la jurisdicción, encuentra la Sala que el derecho de acción fue ejercido en oportunidad.

4. El problema jurídico

Teniendo en cuenta los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y los hechos probados, deberá la Sala establecer si se acreditó en el proceso que la entidad demandada incumplió su obligación de pago, al hacer efectivos los descuentos correspondientes a las sanciones pecuniarias derivadas del presunto incumplimiento del contratista, ya que, según la parte actora, este se produjo por causas imputables a la defectuosa ejecución de las prestaciones a cargo de la entidad demandada, razón por la cual no lo debió sancionar.

Para resolver lo anterior, se estudiará el contenido de las pruebas allegadas al expediente, en especial, aquellas cuya falta de valoración fue acusada en sede del recurso de alzada.

Sin embargo, la Sala se abstendrá de analizar el cargo consistente en la omisión de pronunciamiento por parte del Tribunal sobre la facultad de la entidad contratante de imponer multas dentro del marco de una relación contractual sometida al derecho privado.

Lo anterior, en consideración a que, al momento de presentar la demanda (fl. 2 a 18 c. 1), la parte actora no cuestionó la facultad de ISA S.A. E.S.P. para imponer las sanciones y realizar los descuentos, lo que constituye un nuevo cargo que no fue objeto de litigio en la primera instancia.

¹¹ Por cuanto la contabilización de los dos meses pendientes finalizaba el día 3 de enero de 2010, pero para esa fecha, la Rama Judicial se encontraba en vacancia, razón por la cual el mencionado plazo se extendió hasta el 12 de enero de 2010, primer día hábil siguiente a la finalización de la suspensión de términos, puesto que el 11 fue un lunes festivo.

De revisar dicho cargo de la apelación, se desconocería la garantía fundamental del debido proceso de la demandada, en primer lugar, por cuanto daría lugar a la modificación de la litis por fuera del término contemplado para ello¹² y, en segundo lugar, como quiera que, al no encontrarse dentro de las pretensiones del escrito de demanda, la parte accionada no pudo controvertirlo en la primera instancia.

En consecuencia, el análisis que se efectuará se limitará a la constatación probatoria de la existencia o no de los incumplimientos aducidos en la demanda y al comportamiento contractual de la parte actora que, según la demandada, dio lugar a los descuentos de las sanciones pactadas en el contrato.

5. Régimen de contratación de la entidad demandada

De conformidad con lo acreditado en el expediente (fl. 28 a 39¹³ del c. 1), la entidad contratante, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P, es una empresa de servicios públicos mixta, constituida como sociedad anónima de carácter comercial, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, creada mediante escritura pública 3057 de 14 de septiembre de 1967, otorgada ante la Notaría Octava del Círculo de Bogotá, naturaleza que ostentaba para la fecha de celebración del contrato 4500032852 de 23 de noviembre de 2006, con ocasión del cual surgió la controversia objeto del presente proceso.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, de naturaleza pública, privada o mixta, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural.

El artículo 365 de la Constitución Política dispuso que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley. De esta manera, la Ley 142 de 1994 estableció el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Los artículos 31 y 32 de la citada ley fijaron un régimen de

¹² Entiéndase la reforma o adición de la demanda.

¹³ Certificado de Existencia y Representación Legal, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín.

derecho privado, por regla general, para los actos que expiden, y además, dispuso que los contratos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública, salvo que la Constitución Política o la ley dispongan lo contrario.

Por su parte, la Ley 143 de 1994, que establece específicamente el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, dispone que las empresas públicas que presten el servicio de electricidad en cualquiera de las actividades del sector tendrán un régimen de contratación de derecho privado, pero que la Comisión de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades, caso en el cual, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - artículo 8º, parágrafo.

De acuerdo con lo anterior, el régimen del contrato celebrado entre ISA S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos, y el Consorcio S.O.T., es el del derecho privado. En consecuencia, el análisis del presente asunto se realizará bajo esta óptica, teniendo en cuenta las normas vigentes para la época de los hechos.

6. Análisis de la apelación por parte de la Sala

Revisado el contenido del recurso de apelación, la Sala encuentra que el mismo se fundamenta en la indebida valoración del material probatorio por parte del *a-quo*, así pues, procede la Sala a determinar la existencia del incumplimiento contractual endilgado por la parte actora a la entidad demandada, a la luz de los hechos probados.

De conformidad con los documentos obrantes a folios 71 a 108 del cuaderno No.1, se tiene probado que el 24 de febrero de 2006, el Ministerio de Minas y Energía e ISA S.A. E.S.P. celebraron el Convenio FAER - ISA000657 (GSA-024-2005), cuyo objeto fue acotado de la siguiente manera:

II. OBJETO

Es la prestación de asistencia técnica para la administración general de los proyectos que se ejecutarán con recursos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas - FAER por parte de ISA al Ministerio de Minas y Energía, asignados por el Comité de Administración

del Fondo a los proyectos indicados en el literal e de la Cláusula I - Antecedes (sic) del presente Convenio - aquellos proyectos correspondientes a las zonas donde existe Operador de Red en el cual la Nación no es accionista mayoritario y que hayan sido aprobados por el Comité de Administración del FAER.

En desarrollo del objeto de este Convenio, ISA debe contratar la ejecución de las obras, la interventoría técnica administrativa y realizar la administración de los proyectos que fueron aprobados por el Comité de Administración del Fondo.¹⁴

En desarrollo del anterior convenio interadministrativo, el 23 de noviembre de 2006, ISA S.A. E.S. P. celebró el contrato 4500032852 (fl. 46 - 61 c 1 y 9- 22, c. 5 de pruebas), con el Consorcio S.O.T., integrado por las sociedades Comercializadora Sotincol Ltda., Ingelast Ltda., y SYM Ingenieros S.A. (fl. 166 -175, c. 2), cuyo objeto fue:

El objeto del presente Contrato es la contratación del replanteo, suministro, construcción y puesta en servicio, incluyendo la gestión ambiental, de los proyectos que se ejecutarán con recursos de los Fondos de Apoyo Financiero para la Energización de zonas rurales Interconectadas - FAER contenidos en los siguientes grupos: Grupo I - Valle del Cauca, Grupo II - Caldas y Grupo III - Cundinamarca y Meta.¹⁵

El valor inicialmente pactado fue de \$2.969´441.462 (cláusula cuarta), con un plazo de 180 días calendario (cláusula tercera)¹⁶.

¹⁴ Fl. 75 c.1

¹⁵ Fl 46 c.1. En el mismo folio, se precisó el alcance de dicho objeto en los siguientes términos: “*El alcance del objeto del Contrato es la ejecución de replanteos, elaboración de planos, suministro, construcción y puesta en servicio, de los proyectos contenidos en los siguientes Grupos. Grupo I – VALLE DEL CAUCA a) Construcción electrificación vereda Las Camelias de Municipio de Dagua – Departamento del Valle del Cauca. b) Plan de electrificación rural para La Cumbre – vereda Morales Parte Alta y Baja, San Isidro, Quebrada Seca y corregimiento Puente Palo Sector La Balastrea del Municipio de la Cumbre. Departamento del Valle del Cauca. c) Construcción electrificación vereda Los Cocuyos del municipio de Ginebra – Departamento del Valle de Cauca. d) Plan de electrificación rural Municipio de Guacarí – Departamento del Valle del Cauca. e) Electrificación veredas Altamira, Los Alpes, Las Brisas, Salado Parte Alta y Salado Parte Baja del Municipio de la Florida – Departamento del Valle del Cauca. Grupo II – CALDAS: Electrificación veredas Isaza, Pradera, Corinto, Guayana, Carrizales, Bellavista, Fieritos, Doña Juana Alta, Cañaverel, El Llano, Santa Isabel, Montenegro, San Lorenzo, Canan, La Italia, El Gigante, Marzala, El Aguacate, Doña Juana Baja y La Fe del Municipio de la Victoria – departamento de Caldas. Grupo III – CUNDINAMARCA Y META: a) Ampliación de redes eléctricas rurales del Municipio de La Vega – departamento de Cundinamarca. b) Construcción sistema de electrificación vereda Aguas Claras Rural II Etapa Sector La Cubillera del Municipio de Granada – departamento del Meta.”*

¹⁶ “*TERCERA: PLAZO. El plazo para la ejecución total de los trabajos objeto del presente Contrato, es de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de la fecha señalada por ISA en la orden de iniciación escrita de los mismos. Los plazos parciales son los siguientes: para el Grupo I es de ciento veinte (120) días calendario, para el Grupo II es de ciento ochenta (180) días calendario, y para el Grupo III es de ciento cincuenta (150) días calendario. Estos plazos podrán ser modificados por acuerdo entre las partes mediante Cláusula Adicional.”*

El contrato 4500032852 de 2006 fue prorrogado en tres oportunidades, a través de las denominadas "CLÁUSULA ADICIONAL" No. 1, 2 y 3 (fl.129 a 137 c.1), razón por la cual éste finalizó el 23 de octubre de 2007.

Durante la ejecución del contrato, se hicieron efectivos en dos ocasiones los descuentos pactados en la cláusula décimo novena del contrato¹⁷, con fundamento en el incumplimiento de la parte demandante, así:

El primero, mediante la "CLÁUSULA ADICIONAL 2", documento suscrito por ambas partes, en el que se consignó:

(...) d. Que mediante Acta del 28 de junio de 2007, ISA y el Contratista llegaron entre otros, a los siguientes Acuerdos: (...) Como sanción por incumplimiento ISA aplicará lo establecido en el literal a. de la Cláusula Décimo Novena - sanción por incumplimiento-, equivalente a diez (10) días calendario (...)

El segundo descuento se anunció por ISA al consorcio contratista, mediante oficio 009668-1 del 18 de octubre de 2007, en los siguientes términos:

Teniendo en consideración lo estipulado en la Cláusula Décimo Novena - Sanción por incumplimiento, literal a, del contrato 4500032852, que establece que en caso de mora o incumplimiento parcial por parte del Contratista de las obligaciones del contrato, ISA podrá sin necesidad de requerimiento judicial previo, descontar del saldo a su favor, el cero coma cinco por ciento (0,5%) del valor del Contrato por cada día calendario que transcurra y subsista en la mora o en el incumplimiento parcial, hasta por un máximo de quince (15) días calendario, y debido al incumplimiento reiterado del Consorcio S.O.T. en la ejecución y entrega en servicio de las obras que hacen parte del Contrato, Grupos I y II, no obstante las dos ampliaciones de plazo que se le ha otorgado y la colaboración brindada por ISA para posibilitar la terminación de los trabajos, procedemos a aplicar una segunda sanción por incumplimiento parcial, equivalente a cinco (5) días calendario, adicionales a los diez (10) días calendario aplicados en la primera sanción, los cuales serán liquidados conforme a lo establecido en el Contrato.

¹⁷ DÉCIMA NOVENA: SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. A) Mora por incumplimiento parcial. En caso de mora o incumplimiento parcial por parte del CONTRATISTA de las obligaciones establecidas en este Contrato, e ISA considerarlo pertinente, éste autoriza a ISA, para que sin necesidad de requerimiento judicial previo, le descuenta del saldo a su favor, el cero coma cinco por ciento (0,5%) del valor de Contrato, por cada día calendario que transcurra y subsista la mora o en el incumplimiento parcial, hasta por un máximo de quince (15) días calendario. b. Incumplimiento Total. ISA podrá declarar el incumplimiento total, previa comunicación escrita al CONTRATISTA, en cualesquiera de los siguientes casos 1. Cuando persista la mora o el incumplimiento parcial sin que el CONTRATISTA tome acción correctiva en el plazo establecido en el literal a; 2. Cuando se presente reiteradamente la mora o el incumplimiento parcial; 3. Cuando se incurra en incumplimiento del plazo total del Contrato. Declarado el incumplimiento total, como Cláusula Penal Pecuniaria, el CONTRATISTA se obliga a pagar a ISA a título de pena, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del Contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar, para el cobro de daños o perjuicios adicionales, cuyo monto no excederá al cien por ciento (100%) el valor del Contrato."

*Isa hará efectiva la sanción, descontándola de las facturas que se encuentren en trámite y de las siguientes que sean presentadas por el Consorcio.*¹⁸

Con posterioridad a la finalización del plazo contractual, ISA S.A. E.S.P., mediante oficio 009916-1, remitió al contratista una comunicación declarando el incumplimiento total del contrato, en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que al día 23 de octubre de 2007, fecha de finalización del plazo contractual, el Consorcio SOT no terminó ni entregó en servicio y a satisfacción de ISA las obras correspondientes a los Grupos I y II (Grupo I: Valle, Grupo II: Victoria - Caldas), del objeto del contrato 4500032852. ISA procede a declarar su incumplimiento total y de conformidad con lo estipulado en la Cláusula Décima Novena - Sanción por incumplimiento, literal b - incumplimiento total del contrato, como Cláusula Penal Pecuniaria corresponde pagar el Contratista a ISA a título de pena, suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del Contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar, para el cobro de daños o perjuicios adicionales, cuyo monto no excederá del cien por ciento (100%) del valor del Contrato.

ISA hará efectiva la Garantía de Cumplimiento número 1971000413701 de la compañía Agrícola de Seguros como indemnización por perjuicios y se procederá a la liquidación de las prestaciones mutuas a que haya lugar.

*Le agradeceremos proceder a entregar las obras de los Grupos I y II, en el estado en que se encuentren a nuestro Interventor Antonio Raad Aljure, a partir del 25 de octubre de 2007, quien estará dispuesto para tal fin en el lugar de los trabajos (...)*¹⁹

6.1. Sobre los incumplimientos atribuidos por la demandante a ISA S.A. E. S. P.

En el recurso de apelación, como ya se dijo, la parte actora acusa la indebida valoración del material probatorio allegado al proceso, por considerar que el Tribunal omitió efectuar el estudio de las pruebas que reposan en el expediente.

Al respecto, se observa que, dentro de los incumplimientos imputados por la parte actora a la demandada, se encuentran: i) el suministro tardío de las torrecillas correspondientes al Grupo II de obras, a adelantar en el Municipio de la Victoria, Caldas y ii) el pago tardío de facturas y el incumplimiento en el pago de los saldos correspondientes a las actividades ejecutadas. En consecuencia, la Sala procederá a examinar, de cara al material probatorio, la comprobación de lo alegado por la apelante.

6.1.1. Del suministro de las torrecillas para las obras del Grupo II.

¹⁸ Fl. 113, c. 5 de pruebas.

¹⁹ Fl. 122-123, c. 5 de pruebas.

De conformidad con el anexo I del contrato²⁰, identificado como “CANTIDADES Y PRECIOS -GRUPO II”²¹ se encuentra acreditado en el proceso que el suministro, cargue y descargue en sitio de 298 torrecillas de 12 metros se encontraba a cargo del consorcio contratista²².

El 9 de noviembre de 2006, las partes suscribieron el “ACTA DE ACUERDO CONTRATO SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTA 0000002181” radicada con el número 200688018370-3 ISA, en la que acordaron eliminar el anterior ítem de torrecillas en los siguientes términos:

Los suscritos acordamos:

Para el Grupo II.- Departamento de CALDAS, se eliminan los ítems correspondientes a las Torrecillas.

*CARLOS MAURICIO GÓMEZ
ISA - Coordinador del Proyecto*

*CRISTO VALERIO BENAVIDES M
Representante Legal Consorcio SOT*

*NUMA GILBERTO SABOGAL OLARTE
Representante Legal Consorciado SOT²³*

Del anterior documento, no es posible determinar ni la causa de la modificación, ni a cargo de quién quedaba dicho ítem, así como tampoco las condiciones de tiempo, modo y lugar para el suministro de dicho elemento.

Sin embargo, de conformidad con el correo electrónico de 21 de junio de 2007 (fl. 32 - 33, c. 5), remitido por la Interventoría al ingeniero coordinador del proyecto de ISA, dicho suministro fue asumido por ISA en reunión del 4 de diciembre de 2006, así:

Referente a la consulta sobre el suministro de torres de 7 y 12 metros para el Grupo II y de cable ACSR para las obras del contrato de la referencia, me permito aclarar lo siguiente:

²⁰En la cláusula vigésimo tercera del contrato (fl. 126, c.1), las partes acordaron que dichos anexos harían parte integral del mismo, así: “Regulan, complementan, adicionan y determinan las condiciones del presente Contrato, los documentos que se citan a continuación: a) Los Anexos del Contrato. B) El texto del Documento de Solicitud Pública de Ofertas 0000002181, con los Adendos 1 al 3. C) La oferta del Contratista, incluidos sus anexos. D. La comunicación de ISA al CONTRATISTA, ordenando la iniciación de las actividades objeto del Contrato. E) La(s) Garantía(s) y Seguro(s) que exige este contrato, debidamente aceptadas por ISA. F) El cronograma de actividades. G) Las actas, acuerdos, correspondencia y demás documentos que se produzcan y suscriban por las partes durante la ejecución de este contrato. Todos los documentos mencionados obligan jurídicamente y son parte esencial e integral del Contrato.”

²¹ Fl. 59, c.1.

²² Las cuales tenían un valor unitario de \$ 840.822 y un valor total de \$ 250`565.009,64.

²³ Fl. 23, c 5 pruebas.

SUMINISTRO DE TORRECILLAS POR PARTE DE ISA

- 1) Con fecha de noviembre 9 de 2006, ISA y el contratista suscribieron ACTA DE ACUERDO CONTRATO SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTA 0000002181 que dice: "Para el grupo II, Departamento de CALDAS, se eliminan los ítems correspondientes a las torrecillas"
- 2) En diciembre 4 de 2006, en reunión - en la sede de ISA en Palmira - entre ISA, Contratista e interventoría se definió:
Punto 7 = "ISA y contratista convienen que ISA comprará y suministrará las torrecillas metálicas de 7 y 12 m para la ejecución de las obras en el municipio de Victoria (Caldas) ÍTEM 1-11, 1-18 y 11.19 establecidos en el pliego de condiciones"
Punto 8= "Con la interventoría se definieron cantidades de torrecillas a comprar por parte de ISA así:

TIPO DE TORRE	CANTIDAD
12 m - dos cuerpos	250 u
7 m x 150 Kg de un perchero	250 u
7 m x 150 Kg doble perchero	250 u
7 m x 250 Kg doble perchero	10 u

Estas cantidades de torres son inferiores a las establecidas en la propuesta, por cuanto la interventoría considera que en el replanteo estas cantidades pueden disminuir" (...)

3) En enero 5 de 2007 se reunieron en Manizales el Contratista y el interventor y se expresó lo siguiente sobre el tema de las torres para el Grupo II:

Punto 1= "Procedimiento para la excavación de fundaciones, manejo del material de excavación, vaciados de concreto, curado, toma muestra para la verificación de resistencia del concreto, llenos, montaje de estructuras, tendido y regulación de conductor y guarda, obras complementarias: - se hace entrega al contratista de la especificación del proceso de vaciados de concreto para las torres de 12 y 7 m para el proyecto de Victoria (Caldas)"

LAS ACTAS DE DICIEMBRE 4 Y ENERO 5 FUERON REMITIDAS EN ENERO 16 DE 2007 A ISA Y AL CONTRATISTA VIA E-MAIL. NO SE RECIBIÓ EN INTERVENTORÍA OBJECIÓN ALGUNA SOBRE LAS ACTAS POR PARTE DE LOS INTERESADOS

AQUÍ SE DA CLARIDAD QUE EL COMPROMISO DE ISA SOBRE EL SUMINISTRO DE LAS TORRES ERA SOLO ESO Y NO INCLUÍA MATERIAL DE CIMENTACIÓN (...)²⁴

Si bien la anterior comunicación da cuenta de los acuerdos sobre la calidad y especificaciones del suministro del ítem de torrecillas para el Grupo II, a los que llegaron las partes en la reunión del 4 de diciembre de 2006, no es posible determinar, a partir del mismo, el plazo pactado para la entrega de dichos elementos.

Lo anterior permite inferir a la Sala que el contrato inició su ejecución el 14 de diciembre de 2006, de conformidad con la "orden de iniciación" dada por ISA S.A. E.S.P., mediante oficio radicado 012833-1 (fl. 138 c. 1), sin que se hubiesen

²⁴ En el mismo sentido, véanse notas de la reunión de diciembre 4 de 2005 (visible a folios 34 y 35 del cuaderno 5) realizadas en papelería de la Interventoría, sin firmas.

establecido de manera clara las condiciones de tiempo, modo y lugar para el suministro de las torrecillas por parte de la entidad demandada al contratista.

La interventoría dio cuenta de la recepción parcial del ítem torrecillas, a través de correo electrónico del 23 de marzo de 2007 (fl.26 c. 5 de pruebas) dirigido a ISA, en los siguientes términos:

Ingeniero
RICARDO LEÓN GUZMÁN
ISA S.A. E.S.P.
Medellín

Tal como le había informado en el e -mail anterior, hoy entregó Metálicas Caldas en la Victoria 72 Torres de 7 metros, así:

*64 torres 7x150kg - doble perchero
8 torres 7x150kg - perchero sencillo*

Con ello se completan 135 torres de 7 x 150 kg y 10 torres de 7 x 250 Kg, para un total de 145 unidades.

Informa el taller que para el martes próximo está entregando otro viaje de aprox 72 torres de 7 metros.

Cordial saludo,

ANTONIO RADD ALJURE

Posteriormente, a través de comunicado del 16 de mayo de 2007, enviado vía fax (fl. 27 a 31), dio cuenta de la entrega de las torrecillas al contratista, entre el 20 de marzo y el 8 de mayo de ese mismo año, así:

RELACIÓN DE CANTIDADES DE TORRES METÁLICAS 12 Y 7 M

Se verifican las cantidades de torrecillas de 7 y 12 metros entregadas a satisfacción de la Interventoría y de ISA en la Victoria (Caldas) y el corregimiento de Isaza:

Descripción	Cantidad	Fecha
<i>Torre metálica de 7m x 250 KG (Dos perchas 1 Puesto)</i>	10	Marzo 20
<i>Torre metálica de 7m x 150 KG (Dos perchas 1 Puesto)</i>	36	Marzo 20
<i>Torre metálica de 7m x 150 KG (Una percha 1 Puesto)</i>	27	Marzo 20
<i>Torre metálica de 7m x 150 KG (Dos perchas 1 Puesto)</i>	64	Marzo 23
<i>Torre metálica de 7m x 150 KG (Una percha 1 Puesto)</i>	8	Marzo 23
<i>Torre metálica de 7m x 150 KG (Dos perchas 1 Puesto)</i>	36	Marzo 28

Torre metálica de 7m x 150 KG (Una perchas 1 Puesto)	37	Marzo 28
Torre metálica de 7m x 150 KG (Dos perchas 1 Puesto)	28	Abril 9
Torre metálica de 7m x 150 KG (Una percha 1 Puesto)	45	Abril 9
Torre metálica de 7m x 150 KG (Dos perchas 1 Puesto)	33	Abril 13
Torre metálica de 7m x 150 KG (Una percha 1 Puesto)	40	Abril 13
Torre metálica de 7m x 150 KG Dos perchas 1 Puesto)	25	Mayo 2
Torre metálica de 7m x 150 KG (Una percha 1 Puesto)	48	Mayo 2
Torre metálica de 7m x 150 KG (Dos perchas 1 Puesto)	28	Mayo 4
Torre metálica de 7m x 150 KG (Una percha 1 Puesto)	45	Mayo 4
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Abril 10
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	7	Abril 11
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Abril 16
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Abril 17
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Abril 18
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Abril 20
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Abril 26
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Abril 28
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Mayo 2
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Mayo 3
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	21	Mayo 5
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	22	Mayo 7
Torre metálica de 12 (Dos cuerpos)	20	Mayo 8

De las torres de 12 mts, recibidas a partir de abril 11 (inclusive) 230 no cumplen con la especificación de pintura.²⁵

Sin embargo, observa la Sala que, en la misma comunicación, el Interventor dio cuenta de que el atraso de las obras no se imputaba, de manera exclusiva, al suministro de las torrecillas por parte de ISA, sino a circunstancias atribuibles al contratista:

La interventoría ve con mucha preocupación el bajo ritmo en la ejecución de las obras contractuales con ustedes por ISA bajo el Contrato de Obra No. 4500032852 para ejecutar obras de electrificación rural para Grupos I, II y III.

Es entendido - y como le hemos hecho saber en varias ocasiones - que el compromiso de ustedes para afrontar el retraso en la ejecución de las obras fue establecido en la reunión conjunta efectuada entre las partes con la presencia del ingeniero Ricardo L. Guzmán en representación de ISA el día 14 de marzo.

Tal compromiso establece que ustedes debieron afrontar los trabajos del Grupo I - obras en varios municipios del Valle del Cauca - a partir del 20 de marzo con el requerimiento de tres (3) frentes de trabajo: uno para el municipio de Florida, otro en La Cumbre y un tercero para los cuatro (4) municipios restantes. A la fecha podemos indicar que el primer viaje de materiales fue arribado a La Cumbre el 25 de abril cuyo contenido eran postes de concreto, posteriormente

²⁵ Fl. 30 – 31, c. 5 de pruebas.

llegó otro viaje con postería metálica a Florida (2 de mayo) y un tercer viaje a Florida con cable ACSR No. 2 AWG (7 de mayo). Las labores se iniciaron el 26 de abril en la Cumbre, con sólo 2 personas, adicionándose a la cuadrilla tres personas el día 28 de abril, complementándose con 4 operarios más el día 14 de mayo.

Con relación al grupo II - obras en el municipio de Victoria, Caldas - el compromiso de ustedes era el de iniciar obras el 20 de marzo con el establecimiento de dos (2) frentes de trabajo, ISA cumplió su compromiso de entrega de torres de 7 y 12 metros, de acuerdo a lo anunciado en varias (sic) veces citada reunión. Solo hasta el día 7 de mayo fue establecida una cuadrilla con 6 operarios para iniciar labores.

En su comunicación - fechada el día 7 de mayo y recibida vía e - mail el 10 de mayo y por medio físico el 12 de mayo -solicita prórroga en el plazo para la ejecución de estas obras, sin exponer o demostrar motivos reales, contundentes y/o explícitos que justifiquen la demora en el inicio de los trabajos, ni el bajo ritmo de los mismos, ni el incumplimiento de los compromisos de ustedes en las reuniones conjuntas que hemos tenido.

También vemos con mucha preocupación la modificación a los cronogramas de trabajo en lo que respecta a los plazos de ejecución sin haber sido otorgadas prórrogas.

Para el Grupo I se había solicitado prórroga hasta el día 31 de mayo.

Para el Grupo II continúa el plazo inicial hasta junio 13.

Para el Grupo III el plazo de terminación de las obras es el 13 de mayo, para este grupo estamos elaborando Acta de Terminación de Obra para entrar a la liquidación del mismo. (...).

De acuerdo con lo dicho por la interventoría, ISA S.A. E.S.P. cumplió con el suministro de las torrecillas, que inicialmente se encontraba a cargo del contratista, y las demoras en las obras que se presentaron para dicha fecha respecto de los grupos I y II se dieron por el bajo ritmo en la ejecución, y la destinación de escaso personal, a excepción del Grupo III, donde las obras fueron terminadas antes del 13 de mayo de 2007, fecha de vencimiento del plazo para su realización.

Lo anterior, lo corroboran las observaciones realizadas al informe semanal por la interventoría al contratista, vía correo electrónico del 18 de abril de 2007 (fl. 40 -45 c. 5 de pruebas), así:

OBSERVACIONES GENERALES DE INTERVENTORÍA

Grupo II Municipio de Victoria Departamento de Caldas

Suministro de torres metálicas de 12 m y 7 m así:

Tipo de Torre	Cantidad
<i>Torre de 12 m (dos cuerpos)</i>	<i>27</i>
<i>Torre de 7 m x 250 Kg</i>	<i>10</i>

Torre de 7 m x 150 Kg (una salida)	157
Torre de 7 m x 150 Kg (dos salidas)	197

- Suministro de torres ha sido por parte de ISA, hasta ahora el contratista no ha hecho suministro (sic) de ningún tipo de material.
- No se ha iniciado la construcción en este Municipio, el contratista argumenta que el no inicio de la obra obedece a que no se han aprobado algunos ítem a pactar, como es el caso del transporte de torres metálicas desde la cabecera municipal hasta cada vereda, siendo esta una de las actividades iniciales para la ejecución.
- Se está presentando un gran retraso con respecto al cronograma de actividades planificado, ya que para la fecha debía tenerse aproximadamente un 70% de obra ejecutado.

Lo dicho por la Interventoría acredita que para el 18 de abril de 2007, el consorcio demandante no había iniciado obras del Sector II, por cuanto, en primer lugar, no suministró los materiales a su cargo; y, en segundo lugar, pese a que ya contaba con parte de las torrecillas suministradas por ISA. S.A. E.S.P., no ejecutó el contrato, alegando la falta de aprobación del nuevo ítem de transporte de las torrecillas desde la cabecera del municipio hasta la obra.

Respecto de las causas del atraso de las obras para los grupos I y II, el testigo Ricardo León Agudelo, exfuncionario de ISA S.A. E.S.P., señaló:

PREGUNTADO: Puede ilustrar al Despacho sobre las causas que originaron los retrasos en la obra dentro del grupo No. 1 que era en el Valle y para el cual no era necesario el suministro de torrecillas por parte de ISA. CONTESTADO. Estoy seguro de que faltó suministro económico y de personal, de dirección es más el contratista lo manifestó en una de las reuniones cuando fue necesario cambiar la forma de pago del contrato, se firmó una cláusula adicional para eso. Hay una cita inclusive de junio o julio de 2007, en esa queda consignado la falta de dirección, falta de organización del contratista y la falta de recursos económicos llevaron al colapso del contrato, hubo compromisos de los cuales hay acta también para aumentar el número de cuadrillas, aumentar sobre todo la dirección de la obra, de una persona que esté en obra dirigiendo el proyecto y eso tampoco se dio (...) PREGUNTADO 6. Sabe usted si después de suministradas las torrecillas por parte de ISA, el contratista ejecutó las obras que correspondían en el grupo 2. CONTESTADO. El contratista tal vez no creo que alcanzó a hacer el 5% de la obra y el nuevo contratista le tocó corregir muchas obras realizadas por SOT, lo poquito que hicieron lo hicieron mal hecho. (...).²⁶

²⁶ Fl.273, c.1.

En el mismo sentido, el testigo José Agustín Pineda Cruz, exfuncionario de ISA²⁷, encargado de la Coordinación de los Proyectos FAER del Ministerio de Minas y Energía, declaró:

(...) Este consorcio manifestó a ISA después de haberle sido adjudicado el contrato que por problemas financieros y técnicos no estaba en capacidad de suministrar las torrecillas metálicas que hacían parte de uno de los ítems del contrato y que por tanto ISA se debía encargar de eso. En ese momento y debido a ese incumplimiento ISA podía haber optado por no firmar el contrato con SOT y pasar a adjudicárselo al segundo oferente según la evaluación que se hizo de la licitación. Sin embargo por cuestiones de compromiso con el Ministerio para lo cual (sic) los plazos del contrato interadministrativo entre ISA y el Ministerio ya estaban corriendo, y que hacer un nuevo proceso licitatorio generalmente toma entre 2 y 4 meses de tiempo, ISA decidió aceptarle a SOT sacar del contrato el ítem del suministro de torrecillas metálicas. Esto obligó a ISA a tener que abrir una licitación exclusivamente para adquirir dicho suministro con los consiguientes inconvenientes de tiempo. Sin embargo se pudo hacer dentro de un tiempo razonablemente eficiente con una firma fabricante de estructuras y se le entregaron en sitio a SOT las torrecillas en el mes de marzo de 2007. Para entonces ya se iban a completar 4 meses de haber dado la orden de iniciar las obras a SOT y sin embargo no había hecho presencia para realizar ninguna actividad en los grupos 1 y 2 del contrato. En cabeza mía se le advirtió de estas demoras que estaban perjudicando la ejecución de las obras y de manera verbal directa o telefónica o por escrito se le insistió reiteradamente que iniciara las obras y que se pusiera al día. Los días seguían transcurriendo y SOT no hacía nada por ejecutar las obras, con el consiguiente desespero e intranquilidad para ISA por ver que el contratista no reaccionaba. En reiteradas ocasiones se le llamó a las oficinas de ISA en Medellín para hacer reuniones con la gerencia del área y con la dirección del proyecto haciendo el reclamo por estos atrasos y buscando la manera de que el contratista se comprometiera realmente a hacer las obras. En curso de estos acontecimientos se efectuó una reunión muy decisiva de la cual se dejó el acta correspondiente firmada por las partes, donde se dejó constancia de todos los atrasos que había en todos frentes de trabajo y se le anunció la posible aplicación de sanciones contractuales a SOT por el incumplimiento parcial del contrato. Si no me falla la memoria el acta donde se dejó constancia de esta situación se firmó con fecha del 27 de junio de 2007. Entre otras cosas el contratista hablaba de sus dificultades financieras y solicitó que se le diera ampliación al plazo para ejecutar las obras y que para ayudarle en su flujo ISA le diera trámite a pago de facturas semanalmente y a endosar varias de ellas a proveedores con los cuales SOT tenía deudas y les estaba incumpliendo (...)

PREGUNTADO 2.: Explique al Despacho porque (sic) se considera que las torrecillas fueron entregadas a tiempo y que existía un lapso para suministrarlas sin que ello afectara la ejecución del proyecto como tal. CONTESTADO. Porque las torrecillas solamente eran una parte del proyecto y el contratista tenía mucho por hacer en los grupos 1 y 2 mientras tanto, como era su responsabilidad tan pronto se le dio la orden de inicio y porque cuando manifestó su incapacidad económica y técnica de suministrar las torrecillas en ISA hicimos un proceso de selección del proveedor de las mismas muy rápido con plazos de fabricación muy efectivos y de entrega en sitio que no comprometieron las demás actividades del contratista. PREGUNTADO 3. Sabe usted si tan pronto ISA suministró las torrecillas, el contratista inició labores en el grupo 2 o si por el contrario aun cuando con las torrecillas no inició la ejecución de las obras. CONTESTADO. Aun con las torrecillas entregadas en

²⁷ Quien a folio 284, del c. 1, manifestó haber trabajado en la entidad entre los años 2007 y 2009.

*sitio el contratista no inició en ese momento la ejecución de las obras pertinente a esas torrecillas, sino que las dejó guardadas en bodega.*²⁸

Al comparar el cruce de correspondencia de la interventoría antes relacionado, con lo dicho por los testigos²⁹, se encuentra uniformidad entre la prueba documental y testimonial, lo que, a juicio de la Sala, permite tener por acreditado que el retraso en las obras no fue imputable a la entrega tardía de las torrecillas por parte de la entidad demandada, como lo alegó la parte actora, sino a temas atribuibles al contratista, tales como la falta de flujo de caja, ausencia del personal necesario, dificultades de dirección y desorganización administrativa.

El 27 de mayo de 2007, las partes suscribieron la primera modificación al contrato. En ella se realizó una prórroga (fl. 65, c. 5 de pruebas) hasta el 30 de junio del mismo año y una disminución del valor del negocio jurídico por un monto de \$469.617.088,58, lo que implicó, además, el reemplazo del anexo No. 1 de cantidades y precios de la obra. De manera particular, respecto de la ampliación del plazo, las partes señalaron que “*Esta ampliación no implica incremento en el valor estimado del contrato*”, y justificaron lo pactado así:

*d. Que debido a una serie de dificultades para el suministro de algunos materiales, se tomaron decisiones que han afectado el plazo inicialmente pactado para cada uno de los grupos. e) Que después de haber realizado las actividades de replanteo en cada uno de los municipios y veredas de los Grupos, se hace necesario hacer un ajuste de las cantidades de obra y suministro del contrato. f) Que consideramos la situación y dadas las condiciones actuales del Contrato ISA considera pertinente la ampliación del plazo total del Contrato (...)*³⁰

De acuerdo con lo consignado en el mencionado documento, las partes acordaron realizar una prórroga en atención a las dificultades en el suministro de algunos materiales, guardando silencio respecto de los posibles perjuicios causados a ambas partes con ocasión de la ampliación del plazo contractual y con los hechos que dieron lugar a ello, señalando además, de manera expresa, que dicha ampliación no daba lugar al incremento del valor estimado en el contrato.

²⁸ F.284 -285 vto. y subsiguientes del c.1.

²⁹ Si bien en principio el dicho de los testigos habría podido resultar sospechoso, en razón a la vinculación laboral que tuvieron con la entidad demandada para el momento de los hechos, lo cierto es que, de conformidad con lo informado al momento de su comparecencia al proceso, ya no eran empleados o servidores de la entidad, a lo cual se agrega que su dicho es concordante con la prueba documental recaudada en el proceso, razón por la cual la Sala dará credibilidad a sus declaraciones.

³⁰ Fl. 65 – 78, c. 5 de pruebas.

Prorrogado el contrato, y antes del vencimiento del plazo contractual, las partes se reunieron nuevamente, el 28 de junio de 2007, y levantaron un acta que fue suscrita por representantes de ISA, el representante legal del Consorcio S.O.T. y el Interventor, en la que se reiteró que los retrasos que presentó la obra se debieron a causas imputables al contratista y no a ISA S.A. E.S.P, entre las cuales se encontraban problemas de organización de los trabajos y solvencia financiera, así:

1. *Análisis de la situación actual del contrato y de los avances de obra, para los grupos I y II.*

El contrato ISA 450003282 suscrito con el Consorcio SOT vence el 30 de junio de 2007. Las obras correspondientes al Grupo III están concluidas. Las obras de los Grupos I y II están muy atrasadas, presentado a la fecha los siguientes avances de obra ejecutada por el Contratista:

- *Grupo I: 13% de los cuales el 11% es por suministros y el 2% por obra ejecutada en los sitios de trabajo.*
- *Grupo II. 2% por obra ejecutada en los sitios de trabajo.*

Los atrasos son imputables al Contratista y no a ISA, ni a la interventoría, especialmente debido a su organización de los trabajos y problemas de solvencia financiera.

2. *Propuesta del contratista. Revisión de Cronograma detallado para terminación de las obras de los Grupos I y II y revisión de los recursos humanos y físicos.*

El contratista solicita la ampliación del plazo de 65 días para terminar las obras de los Grupos I y II, sin que esto implique mayores costos en el Contrato ni modificación de los precios unitarios y/o globales.

El contratista también solicita que ISA acepte facturas semanales por avance de obra y pagos directos a proveedores con el fin de facilitar el flujo de caja que le permita a SOT una mejor liquidez para poder terminar las obras del Contrato. (...)

3. *Análisis de ISA y la Interventoría*

ISA y la interventoría estiman que mediando el cumplimiento del cronograma, programa de aplicación de recursos humanos y programa de entrega de suministro presentados por el Contratista, es posible terminar la obra dentro del plazo adicional solicitado.

ISA, con el ánimo de posibilitar al Contratista la culminación de los trabajos, y de esta manera cumplir con el objeto contractual, acepta la modificación del plazo contractual y de las condiciones de pago.

4. *Acuerdos*

- a) Se ampliará el plazo en 65 días calendario.*
- b) El Contratista presentará facturas a ISA de la siguiente manera:
-Por obra ejecutada: Facturas semanales
-Por suministros entregados en sitio (-Facturas por el valor real a pagar a proveedores, acompañadas de la correspondiente factura presentada por el proveedor a SOT. (...)) - Facturas de SOT por saldos de suministro, una vez que esté instalado.)
Todas las actas y facturas se presentarán visadas por la Interventoría.*

c) ISA aplicará una sanción por incumplimientos parciales del Convenio, equivalente a 10 días de atraso, liquidados conforme a lo establecido en el contrato. Esta sanción se haría efectiva, descontándola de las últimas facturas presentadas por el Contratista.³¹

De acuerdo con el material probatorio recaudado, observa la Sala que con el mismo no es posible determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar acordadas por las partes para el suministro de las torrecillas a cargo de ISA S.A. E.S.P. al contratista; esto es, la parte actora no cumplió con la carga de la prueba³² para acreditar dichas condiciones y el incumplimiento de la obligación de la que fue eximida, y que fue posteriormente asumida por la entidad contratante, mientras que sí está probada la entrega de las torrecillas por parte de la demandada.

Así mismo, tampoco acreditó los perjuicios que fueron causados por el presunto incumplimiento endilgado a la demandada, respecto del suministro de materiales asumido por la entidad.

En efecto, encuentra la Sala que el Tribunal, mediante providencia del 28 de octubre de 2014 (fl. 300, c.1), declaró desistido el dictamen pericial³³, por cuanto la parte demandante no acreditó el pago de los honorarios del perito³⁴.

6.1.2. Respetto de las obligaciones de pago a cargo de ISA

La apelante acusó, respecto de la sentencia de primera instancia, la falta de valoración del material probatorio allegado al proceso, que daba cuenta del incumplimiento respecto de i) los plazos de pago pactados contractualmente, y ii) de los saldos a favor, correspondientes a los trabajos ejecutados por el Consorcio S.O.T.

6.1.2.1. Los plazos de pago

³¹ F. 104 a 106 del c. de pruebas.

³² “ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. // Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

³³ Prueba solicitada por la parte actora (fl. 11 y 12 c.1), decretada mediante auto del 29 de noviembre de 2013 (fl. 227 a 228, c.1), la cual, entre otros aspectos, tuvo por objeto la verificación del estado general de los pagos efectuados por ISA S.A. E.S.P. al Consorcio S.O.T.

³⁴ Decisión que quedó ejecutoriada y en firme de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 302 del cuaderno No. 1.

En relación con lo primero, se encuentra acreditado en el proceso que la forma de pago se pactó en el contrato 4500032852 de 23 de noviembre de 2006, inicialmente, de la siguiente manera:

QUINTA: FORMA Y CONDICIONES DE PAGO. *El contratista presentará facturas mensuales para cada uno de los proyectos que conforma cada grupo así: a) por concepto de suministro de materiales y equipos debidamente instalados, por el valor que resulte de sumar el producto de las cantidades de materiales y equipos instalados por los precios unitarios establecidos en los Anexos 1 - Cantidades y precios de este contrato. b) por actividades de replanteo, plan de manejo ambiental, construcción y montaje, según el avance de los trabajos, por el valor que resulte de sumar el producto de las cantidades de construcción y montaje ejecutado por los precios unitarios establecidos en el Anexo 1 - Cantidades y precios de este contrato, las que deberán presentarse en las oficinas de ISA en Medellín acompañadas de la Constancia de pago del aporte a la Seguridad Social del personal que por su cuenta y riesgo ejecuta los trabajos para ISA, del Acta de Avance firmada y aprobada por el interventor en donde se detallen los trabajos efectuados de acuerdo con lo establecido en la sección 5.15 - Acta de Avance - Parte I - Condiciones y Requisitos Específicos. La última factura deberá presentarse acompañada de la Garantía de Calidad y Correcto Funcionamiento y Provisión de Repuestos y Accesorios, el Certificado de Recepción Final y de la Garantía de Estabilidad otorgada en los términos estipulados en la cláusula Décima Sexta de Garantías y Seguros de este contrato.*³⁵

Respecto del plazo para el desembolso de lo facturado, en la misma cláusula se pactó:

Las facturas serán canceladas a los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de su radicación en las oficinas de ISA Medellín. Si hay discrepancia entre la factura presentada y la revisión que de ella se haga, ISA devolverá la factura informando las discrepancias encontradas. Solo cuando se aclare la factura y se explique satisfactoriamente las partidas objetadas, ISA aceptará la presentación de la factura, la cual será sometida a los trámites estipulados. ISA sólo considerará que la factura ha sido recibida y por tanto solo iniciará el trámite correspondiente, cuando la misma venga acompañada de todos y cada uno de los documentos que correspondan en cada caso, debidamente diligenciados.

También se probó en el proceso que, con posterioridad a la suscripción de la primera modificación contractual, mediante escrito radicado 200788007902-3 del 14 de junio de 2007 (fl. 80 - 82, c. 5 de pruebas), el Consorcio S.O.T. solicitó a la entidad demandada la modificación de las condiciones de pago pactadas y una nueva prórroga del plazo contractual, a efectos de obtener un mejor flujo de caja que le permitiera terminar el proyecto. En dicho escrito, además de realizar un recuento sobre la ejecución de los grupos de obra I y II del contrato, anunció las dificultades

³⁵ Folio 9 vto., c. 5 de pruebas.

que venía afrontando respecto del desembolso de las facturas presentadas ante la entidad demandada, así:

A partir de la fecha en que fue aprobado el transporte de las torrecillas se iniciaron las labores correspondientes, para lo cual ISA e Interventoría han solicitado aumentar nuestros frentes de trabajo y enviar los materiales faltantes. Según explicaciones del consorcio en informes anteriores así como en la reunión sostenida la semana pasada en ISA, el consorcio depende financieramente del flujo de caja generado por las actas de pago mensuales por avance de obra y suministro de materiales. El trámite de las actas ha sido complicado, a tal punto que el pasado 7 de mayo de 2007 se entregó a interventoría el acta de pago No. 3 y hasta un mes y cinco días después no ha sido aprobada el acta por parte de ISA, argumentando que el consorcio no presenta el acta en el formato correspondiente, del cual no se tuvo conocimiento sino hasta la semana pasada en la reunión celebrada en las instalaciones de ISA, situación que trae graves consecuencias para el rendimiento en la ejecución del proyecto.

(...)

PROPUESTA DE SOLUCIÓN

De acuerdo con lo solicitado por isa en la reunión del pasado 7 de junio de 2007 en sus instalaciones, y ante su amable posición de colaboración para el beneficio del proyecto, proponemos “OBRA CAPÍTULO 1- GRUPO I -VALLE DEL CAUCA” Y “OBRA CAPÍTULO 2 -GRUPO II -CALDAS”, las cuales están ligadas a los cinco numerales que solicitamos a continuación, con lo cual sería viable construir las redes objeto del presente contrato en un término de noventa (90) días, una vez aprobado este convenio:

- 1. Tal como ustedes lo ofrecieron, con el ánimo de mejorar el flujo de caja, se requiere que el pago de los materiales se haga cuando ya estén listos en fábrica, sin tener que esperar a que éstos lleguen al sitio de obra.*
- 2. Aceptar actas de avance para pagos semanales, permitiendo así mejorar el flujo de caja y agilizar el despacho de materiales al sitio de obra.*
- 3. Reconocer el costo de los materiales de cimentación para las torrecillas del grupo II tal como aparece en negrilla en el aparte “OBRA CAPÍTULO 2”, para lo cual anexamos análisis de precios unitarios, o proceder con su instalación, según compromiso por acta de acuerdo (sic) contrato solicitud pública de oferta 0000002181.*
- 4. Tal como aparece en negrilla en el aparte “OBRA CAPÍTULO 2”, se refleja una disminución en el costo de derechos de conexión, legalización proyecto, debido a que según averiguaciones con la Electrificadora de Caldas “CHEC”, no se debe pagar por usuario sino que por el contrario se debe pagar por el proyecto completo, entendiéndose este como uno solo.*
- 5. ISA suministrará los conductores de baja tensión para los grupos I y II, como se refleja en los separadores “OBRA CAPÍTULO 1” Y “OBRA CAPÍTULO 2” con el ánimo de aliviar la carga administrativa del consorcio en el proceso de compras, mejorando así el tiempo para el envío de materiales a obra (...)*³⁶

³⁶ Fl. 80 – 82, c. 5 de pruebas. De manera posterior, el Consorcio contratista dio alcance a dicha comunicación, mediante oficio radicado 20078808184-3 del 19 de junio de 2007 (fl. 83., c. 5 de pruebas), en la que manifestó que estaría en disposición de dar por terminado el contrato, mediante liquidación de común acuerdo, en la que quedasen comprendidas todas las obras ejecutadas y reiterando que los atrasos que se venían presentado en la ejecución no le eran imputables.

La entidad demandada, mediante oficio 005931- 1 del 22 de junio de 2007 (fl.85, c. 5 de pruebas), dio respuesta a la anterior misiva, señalando que la propuesta para recuperar los notables atrasos de la ejecución era inaceptable, por considerar que ISA no podía convertirse en un ejecutor del contrato respecto de la instalación de las torrecillas metálicas del grupo II, así como tampoco podría asumir el suministro de los conductores de baja tensión, ni podía renegociar el precio de los ítems pactados, al no existir relación de causalidad entre ello y las razones que se invocaron para justificar el atraso de las obras.

Los accionantes, mediante escrito radicado 200788008707-3 de 27 de junio de 2007 (fl. 86 -87, c. 5 de pruebas), manifestaron que el proyecto solo era viable incorporando dos cambios, el primero ampliar el plazo de ejecución y el segundo acortando los tiempos de pago parcial de obra, modificaciones que fueron incorporadas a través de la Cláusula Adicional No. 2³⁷, en la que se prorrogó el plazo del contrato, se hizo efectiva la cláusula de retenciones y descuentos y se modificaron las condiciones de pago de las facturas, en los siguientes términos:

PRIMERO: Modificar la Cláusula Tercera - Plazo del Contrato ISA-4500032852, en el sentido de ampliar el plazo de ejecución del objeto del contrato en sesenta y cinco (65) días calendario, es decir hasta el 3 de septiembre de 2007. Esta ampliación del plazo no implica incremento del valor estimado del contrato. Como sanción por incumplimiento ISA aplicará lo establecido en el literal a. de la Cláusula Décima Novena -Sanción por incumplimiento-, equivalente a diez (10) días calendario. SEGUNDO: Modificar la Cláusula Quinta -Forma y Condiciones de Pago- en el sentido de reemplazarla por la siguiente: El contratista presentará las facturas así: a. Por concepto de suministros y materiales y equipos entregados en el sitio de los trabajos por el valor real a pagar a los proveedores de materiales y equipos, acompañada de las facturas de los proveedores y equipos será pagado al Contratista previa presentación de la factura acompañada del acta de instalación correspondiente. b. Por concepto de las actividades de replanteo, plan de manejo ambiental, construcción y montaje, según avance semanal de los trabajos, por el valor que resulte de sumar el producto de las cantidades de construcción y montaje ejecutado por los precios unitarios establecidos en el Anexo 1 -Cantidades y Precios de la Cláusula Adicional 1-, las que deberán presentarse en la oficina de ISA en Medellín, acompañadas de la Constancia de pago del aporte a la Seguridad Social del personal que por su cuenta y riesgo ejecuta los trabajos para ISA, del acta de Avance firmada y aprobada por el Interventor en los trabajos efectuados. La última factura deberá presentarse acompañada de la Garantía de Calidad y Correcto Funcionamiento y provisión de Repuestos y Accesorios, el Certificado de Recepción Final y de la Garantía de Estabilidad de la Obra otorgada en los términos estipulados en la cláusula Décima Sexta de Garantías y Seguros del Contrato.³⁸

³⁷ Documento respecto del cual no es posible determinar su fecha de suscripción.

³⁸ Fl. 89, c. 5 de pruebas.

Respecto del desembolso del valor de las facturas, en la misma modificación las partes acordaron:

Las facturas serán canceladas a los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de su radicación en las oficinas de ISA Medellín. Si hay discrepancias entre la factura presentada y la revisión que de ella se haga, ISA devolverá la factura informando las discrepancias encontradas. Solo cuando se aclare la factura y se explique satisfactoriamente las partidas objetadas, Isa aceptará la presentación de la factura, la cual será sometida a los trámites estipulados. Isa solo considerará que la factura ha sido recibida y por lo tanto sólo iniciará el trámite correspondiente cuando la misma venga acompañada de todos y cada uno de los documentos que corresponda para cada caso, debidamente diligenciados. Cuando ISA no cancele el valor de la factura en el plazo estipulado en esta cláusula, reconocerá sobre el saldo y proporcional al tiempo de mora, la tasa DTF a noventa (90) días efectiva anual, vigente a la semana de inicio del periodo moratorio.³⁹

La modificación en cita eliminó la periodicidad mensual para la presentación de las facturas ante la entidad, y respecto de las facturas por concepto de suministros, habilitó la recepción de facturas para pagos a proveedores del contratista; sin embargo, no modificó el término de 45 días para el trámite del desembolso e incluyó el reconocimiento de intereses de mora a una tasa fija por el retraso en el pago, sin regular nada respecto de los descuentos por pronto pago.

El 22 de agosto de 2007, mediante escrito con radicado 200788011218-3 (fl. 108 - 109, c. 5 de pruebas), el contratista informó a ISA S.A. E.S.P. sobre la ocurrencia de situaciones de orden público que afectaron la ejecución de las obras en el Grupo I del Valle del Cauca y dificultades en el desembolso de los pagos, respecto de estos últimos señaló:

(...)2. Dentro de los compromisos que adquirimos en varias reuniones que tuvimos en Medellín para hacer viable el proyecto, quedó planteado como ofrecimiento de ISA hacer más fluido el flujo de caja para facilitarnos el logro concentrado de los suministros. No obstante, para esta parte final de la obra, queremos manifestar que hemos tenido retrasos en los pagos, tal es el caso de la factura No. 0024 de julio 25 por valor de \$218'598.125⁰⁰.

Por solicitud de la interventoría, y por ser absolutamente razonable y práctico, se incluyó en dicha factura el valor de suministro de transformadores y la mano de obra según el avance aprobado por interventoría. Sin embargo, la semana pasada -precisamente cuando ya se iba a efectuar el pago - ISA nos informó que por el modo en que está concebido su sistema de pago, no era posible pagar en una sola factura los conceptos "mano de obra y "materiales", por lo que se debían separar, y empezar de nuevo el proceso de cobro. Lo que como ustedes saben, la ejecución de éste requiere un gran flujo de dinero por lo cual se convino con ISA que los pagos se efectuarían semanalmente.

³⁹ Fl.98 -100 c. 5 de pruebas

3. Finalmente, sea esta la ocasión para recordarles muy amablemente que la actividad de replanteo realizada hace muchos meses no se ha cancelado aún, por lo que solicitamos definir con la interventoría ese pago lo antes posible, ya que suma aproximadamente 100 millones de pesos, esa cifra ahora pesa en la difícil situación financiera que está soportando el Consorcio SOT. (...)

Sobre tal particular reclamación, encuentra la Sala que la modificación introducida a los pagos a través de la “Cláusula Adicional 2”, en manera alguna previó el desembolso de pagos semanales; lo que hizo fue habilitar la presentación de facturas semanales, sin modificar los plazos de desembolso establecidos en 45 días corrientes, previa recepción a satisfacción de la entidad de las facturas y sus soportes. En ese sentido, respecto de la reclamación de la factura 24, para el momento en que fue radicada la solicitud de la parte actora, apenas habían transcurrido 28 días, y la factura no había sido presentada de manera separada para el suministro de materiales y el avance de obra, como bien se estableció desde el contrato mismo⁴⁰. Esto es, no se acreditó por la parte actora, el incumplimiento de la entidad respecto de las condiciones contractuales para el pago efectivo reclamado.

Respecto de los pagos realizados al contratista, se encuentra acreditado en el proceso -de conformidad con la relación de desembolsos a 31 de enero de 2008 emitida por la Gerencia de Proyectos de Infraestructura (fl. 145, c.1)- que la parte actora presentó 21 facturas, por un valor de \$2.050´445.343,48, de los cuales una vez realizada la retención en la fuente por suministros (3,5%)⁴¹ y por servicios de contratos de construcción (1%)⁴², y del 50% de retención de IVA por compras⁴³ más

⁴⁰ En la cláusula adicional 2 (fl. 136 – 136 del c. 1) se evidencia la modificación de la cláusula quinta de Forma de Pago y Condiciones de Pago en los siguientes términos: “*SEGUNDO: Modificar la cláusula Quinta – Forma y Condiciones de Pago en el sentido de reemplazarla por la siguiente: “El contratista presentará facturas así: a. Por concepto de suministro de materiales y equipos entregados en el sitio de los trabajos por el valor real a pagar a los proveedores de materiales y equipos, acompañada de las facturas que los proveedores le presenten al contratista. ISA pagará directamente a los proveedores de materiales y equipos dicha factura, previa comunicación del contratista, solicitando el endoso correspondiente. El saldo por concepto de suministro de materiales y equipos será pagado al Contratista previa presentación de la factura acompañada del acta de instalación correspondiente. b) Por concepto de actividades de replanteo, plan de manejo ambiental, construcción y montaje según el avance semanal de los trabajos, por el valor que resulte de sumar el producto de las cantidades de construcción y montaje ejecutado por los precios unitarios establecidos en el Anexo 1. Cantidades y Precios de la Cláusula Adicional No. 1.”*

⁴¹ \$47´338.791,92

⁴² \$4´693.940,01

⁴³ \$108.202.952,82

el 50% de retención de IVA por servicios⁴⁴, así como el descuento por pronto pago⁴⁵, daban cuenta de un valor a pagar de \$1.884'155,450,87.

Se afirma en dicho documento que la entidad demandada, con fecha de corte de 31 de enero de 2008, realizó varios desembolsos bancarios por la suma de \$1.958'606,960,40, acompañando la siguiente nota: *“Factura 054 por \$79,997,009,48, de los cuales \$2,169,816 corresponden al IVA, bloqueada para pago, están pendientes 2 cuentas de cobro con cargo al contratista para descontar de la facturación pendiente por concepto de sanciones por incumplimiento”*. Dicha constancia da cuenta de un saldo que no fue desembolsado al contratista y que fue conservado por ISA S.A. E.S.P., por concepto de retención por incumplimiento del contratista, realizado a través del otrosí No. 2 y la comunicación con radicado 009668-1 del 18 de octubre de 2007.

La certificación de la Gerencia de Proyectos de Infraestructura de ISA S.A. E.S.P. fue acompañada de 21 facturas del Consorcio SOT y sus correspondientes órdenes de transferencia bancaria del Banco BBVA (fl. 146 a 186, c. 1), desde el Fondo FAER, a las cuentas del Consorcio SOT y sus proveedores⁴⁶, lo que acredita el pago de las facturas radicadas ante la entidad, a saber:

No. de Factura	Valor	Fecha de recibo radicado ISA	Fecha orden de transferencia Bancaria	Valor transferencia bancaria ordenada	Radicado de orden de pago	Folios c.1.
005	\$206.499.024	21/02/2007	02/03/2007	\$184.873.769	002028-01	146 y 147
009	\$145.079.8720	09/04/2007	18/04/2007	\$131.328.052,27	003628-01	148 y 149
0014	\$162.925.278	14/06/2007	19/06/2007	\$147.130.979,92	005723-01	150 y 151
0015	\$43.999.619	16/07/2007	09/08/2007	\$41.078.861	007293-01	152 y 153
0017	\$29.489.528	16/07/2007	30/07/2007	\$27.853.900	006996-01	154 y 155

⁴⁴ \$6`054.207,86

⁴⁵ \$11'838.373,58. Respecto de este descuento, la Sala no encuentra prueba documental en el expediente, que dé cuenta de dicho acuerdo entre las partes; sin embargo, de conformidad con la demanda y su contestación, las partes afirmaron haberlo acordado, por lo que se tendrá por válida la existencia de dicho descuento.

⁴⁶ De conformidad con la solicitud realizada para cada pago por el Consorcio SOT.

0030	\$148.531.228	13/08/2007	24/08/2007	\$195.189.646,5	007782-	156 a
0031	\$70.066.897	13/08/2007		2	01	159
0027	\$47.436.882	16/08/2007	03/09/2007	\$45.168.660,17	008071-	160 y 161
0028	\$163.776.458	16/08/2007	27/09/2007	\$147.539.999,1 0	008877-	162 a 164
0029	\$243.508.830	16/08/2007	31/08/2007	\$218.183.381,7 3	008014-	165 a 167
0034	\$68.893.460	05/09/2007	14/09/2007	\$67.334.751,70	008421-	168 y 169
0037	\$21.794.976	10/09/2007	21/09/2007	\$76.282.547	008688-	170 a 177
0042	\$58.097.263	19/09/2007				
0040	\$211.959.427	10/09/2007		\$189.781.436,5 5		
0043	\$45.256.582	19/09/2007		\$44,234.280,26		
0046	\$60.941.627	26/09/2007	21/11/2007	\$56.213.396,95	010717-	178 y 179
0048	\$51.727.124	04/10/2007	08/10/2007	\$49.262.732,51	009254-	180 y 181
0051	\$83.963.551	11/10/2007	01/11/2007	\$75.639.577,69	010099-	182 a 185
0053	\$16.367.750	11/10/2007		\$16.133.961,18		
057	\$90.132.962	11/10/2007		\$81.197.366,31		
054	\$79.997.007	11/10/2007		Sin orden de pago		

La anterior relación de facturas da cuenta del desembolso de las presentadas por el contratista dentro del plazo de 45 días, establecido en la cláusula quinta del contrato y su modificación, motivo por el cual no se da crédito al presunto incumplimiento endilgado por la parte demandante respecto de las demoras imputadas a ISA S.A. E.S.P, en relación con el pago de las facturas.

Sin embargo, para la Sala es importante precisar que si bien no se logró acreditar el pago de la factura 054 por valor de \$79.997.007, sí se acreditó que dicha suma fue descontada por la entidad al Consorcio SOT a título de sanción por incumplimiento del contrato, en los términos de la cláusula décimo novena del contrato, como se pasará a estudiar en el siguiente capítulo.

En consecuencia, la Sala no encuentra incumplimiento de la obligación de pago, en tanto la entidad acreditó el desembolso de las facturas presentadas. Y, en relación con la última, lo concerniente a su falta de pago y la retención por descuento del valor de la última, en los términos pactados de común acuerdo por las partes, en el contrato y sus modificaciones, se analizará en el siguiente capítulo.

6.1.2.2. Los saldos a favor del contratista

De conformidad con la demanda, la parte actora alega la existencia de saldos a su favor por el indebido descuento efectuado por ISA S.A. E.S.P. en virtud de las sanciones por retrasos e incumplimiento que, en su entender, no debieron ser realizados.

Respecto de la obligación de pago de saldos pendientes a favor del contratista, el consorcio constructor, mediante escrito con radicado 200786014188-3 del 23 de octubre de 2007, solicitó a la interventoría verificar las cifras de las obras ejecutadas por la demandante, afirmando la existencia de un total pendiente de pago por valor de \$512.519.968, y que la entidad debía proceder a la liquidación del contrato. Luego, mediante escrito de 29 de enero de 2008 (fl. 166 a 168, c. 5 de pruebas) dirigido a ISA, afirmó que dicho valor fue incrementado a la suma de \$573.969.742, argumentando que el proyecto fue ejecutado en más de un cien por ciento.

En adición a lo anterior, se observa que el demandante realizó una verificación del inventario final, remitida el 12 de marzo de 2008, vía correo electrónico a la entidad demandada (fl.186 a 203 del c. 5), el cual presenta un saldo a favor del Consorcio S.O.T. por la suma de \$584.669.887,62 a partir del siguiente balance:

“(…)

VALOR DE CONTRATO CON MODIFICACIONES SOBREVINIENTES	
Valor del contrato inicial	2.969.441.462,00
Disminución del contrato pactado en la cláusula adicional No. 1	469.617.088,00
Suministro de cable por ISA	147.392.740,00
Disminución grupo III después de liquidado	55.578.093,00
Disminución por obra no ejecutada en florida por orden público	145.970.875,98
TOTAL	2.150.882.665,02

OBRA EJECUTADA	
Facturada y pagada	1.743.860.115,00
Por falta de aprobación de precios (cimentación)	95.400.000,00
Pendiente de facturar	264.656.523,80

Facturado pendiente de pago (Acta 11)	79.997.007,00
Rediseños	89.500.000,00
Interés de Mora	55.116.356,82
TOTAL	2.328.530.002,62

Pendiente por pagar al Consorcio SOT	584.669.887,62
---	-----------------------

(...)⁴⁷

De acuerdo con lo anterior, según la parte demandante la entidad demandada le adeudaba la suma de \$584.669.887,62, de los cuales se encontraban pendientes por facturar \$264.656.523,80 e incluyó los valores a pagar: el ítem de cimentación no aprobado por la entidad y los rediseños que no se encuentran previstos en los ítems de los precios unitarios anexos al contrato (fls. 118 a 128, c. 1.), intereses de mora sin especificar la fecha de causación.

Revisado el expediente, se encuentra que los valores expresados por la parte actora resultan contradictorios con los resultados de la verificación que realizó la interventoría de manera conjunta con la entidad demandada, mediante oficio 003001-1 de 4 de abril de 2008, así:

(...) Con base en la verificación efectuada, la interventoría e ISA han realizado la valoración correspondiente, con el fin de posibilitar la liquidación del Contrato 4500032952 suscrito con SOT, y si fuera el caso recibir los materiales disponibles en la bodega. Los resultados de dicha valoración y resumen de la liquidación son los siguientes:

(...)

**RESUMEN LIQUIDACIÓN
OBRA EJECUTADA POR FACTURAR Y MATERIALES EN BODEGA**

Suministro y Construcción Grupo I	19,455,194
Suministro y Construcción Grupo II	-141,430,313
Materiales en Bodegas Grupo I	60,103,689
Materiales en Bodega Grupo II	257,552,772
Subtotal por facturar	195,681,342
Retenido pacto Acta 11 (para descuento de sanciones)	79,997,007
TOTAL SIN IVA	275,678,349
TOTAL CON IVA	245,537,472

Valor del contrato según Cláusula Adicional 1: 2,499,824,373.42

DESCUENTOS

Torres faltantes de las entregadas por ISA a SOT, incluido IVA	-38,132,488
Sanción No. 1 por incumplimiento parcial (10 días, equivalente al 5% del valor del contrato)	-124.991,219

⁴⁷ Fl. 203, c. 5 de pruebas.

<i>Sanción No. 2 por incumplimiento parcial (5 días, equivalentes al 2.5% del Valor del Contrato)</i>	-62,495,609
<i>Cláusula penal Pecuniaria (20% del valor del contrato)</i>	-499,964,875
TOTAL DESCUENTOS	-725,584,151

En conclusión el cruce de cuentas teniendo en consideración la obra ejecutada por facturar, los materiales en bodegas, el retenido del Acta 11 y los descuentos que se deben aplicar es el siguiente:

Sumas a favor de SOT, incluido IVA 245,535,474
Total descuentos: -725,584,151

SALDO A FAVOR DE ISA DESPUÉS DEL CRUCE DE CUENTAS:
480,048,679⁴⁸

Fuera de las comunicaciones remitidas por el contratista a la entidad contratante reclamando un presunto saldo a favor y la respuesta de la entidad demandada poniendo de presente otro saldo a su favor, no obran en el expediente pruebas tales como informes finales de interventoría o informes periódicos de ejecución, que permitan sustentar la veracidad de las afirmaciones de saldos a favor o en contra distintos a los establecidos por la entidad, documentos que cobran gran relevancia, dada la falta de liquidación final del contrato objeto de estudio.

El material probatorio recaudado da cuenta de la realización de tres retenciones por parte de la entidad demandada a saber:

La primera, por valor de \$124.991.219 con ocasión de la segunda modificación realizada al contrato (Cláusula Adicional 2), en la que se pactó la imposición de una sanción por incumplimiento parcial equivalente a diez días calendario del contrato:

ACUERDOS: PRIMERO: Modificar la Cláusula Tercera- Plazo del contrato ISA -4500032852, en el sentido de ampliar el plazo de ejecución objeto del contrato en sesenta y cinco (65) días calendario, es decir hasta el 3 de septiembre de 2007. Esta ampliación del plazo no implica incremento del valor estimado del contrato. Como sanción por incumplimiento ISA aplicará lo establecido en el literal a. de la Cláusula Décimo Novena - Sanción por Incumplimiento-, equivalente a diez días calendario.⁴⁹

⁴⁸ FI. 213- 214, c. 1. Escrito en el cual además la entidad demandada realiza una explicación detallada de las diferencias con las cifras y conceptos valorados por los demandantes en su proyecto de inventario final.

⁴⁹ FI 70, c. 2 de pruebas. Respecto de dicho acuerdo de voluntades es importante advertir, que la parte actora no acreditó en este proceso la alteración del documento firmado de mutuo acuerdo con posterioridad a la suscripción realizada por las partes. En efecto, el documento fax de 3 de julio de 2007 (visible a folios 70 a 72 del cuaderno 2 de pruebas), que aduce como alterado, no se encuentra suscrito por ninguna de las partes. Adicionalmente, la parte demandante tampoco allegó prueba de que hubiese sido declarado como falso por la Jurisdicción Penal. Debiéndose advertir además que el material probatorio allegado (acta de reunión celebrada el 28 de junio de 2007 visible a folios 104 a 106 del c.

La segunda, por valor de \$62´495. 609, retenidos con ocasión de la comunicación ISA 009668-1 de 18 de octubre de 2007 remitida al contratista, mediante la cual se impuso sanción por incumplimiento parcial en los siguientes términos:

Teniendo en consideración lo estipulado en la Cláusula décima Novena - Sanción por incumplimiento literal a, del contrato 4500032852, que establece que en caso de mora o incumplimiento parcial por parte del Contratista de las obligaciones del contrato, ISA podrá sin necesidad de requerimiento judicial previo, descontar del saldo a su favor, el Cero coma cinco por ciento (0,05%) del valor del Contrato por cada día calendario que transcurra y subsista en la mora o en el incumplimiento parcial, hasta un máximo de quince (15) días calendario, y debido al incumplimiento reiterado del Consorcio S.O.T. en la ejecución y entrega en servicio de las obras que hacen parte del Contrato, Grupos I y II, no obstante, las dos ampliaciones de plazo que se la han otorgado y la colaboración brindada por ISA para posibilitar la terminación de los trabajos, procederemos a aplicar una segunda sanción por incumplimiento parcial, equivalente a cinco (5) días calendario, adicionales a los diez (10) días calendarios aplicados en la primera sanción, los cuales serán liquidados conforme a lo establecido en el Contrato.⁵⁰

Y la tercera, por valor de \$499´964.875, por concepto de imposición de la Cláusula Penal Pecuniaria mediante oficio ISA 009916 de 25 de octubre de 2007 dirigido al contratista, en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que al día 23 de octubre de 2007, fecha de finalización del plazo contractual, el Consorcio SOT no terminó ni entregó en servicio y a satisfacción de ISA las obras correspondientes a los Grupos I y II (Grupo I: Valle, Grupo II: Victoria - Caldas) del objeto del contrato 4500032852. ISA procede a declarar el incumplimiento total del contrato, como Cláusula Penal Pecuniaria corresponde pagar el (sic) Contratista a ISA a título de pena, una suma equivalente al veinte por ciento (20% del valor total del Contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar, para el cobro de daños o perjuicios adicionales, cuyo monto no excederá del cien por ciento (100%) del valor total del contrato.

ISA hará efectiva la Garantía de Cumplimiento número 1071000413701 de la compañía Agrícola de Seguros como indemnización por perjuicios y se procederá a la liquidación de las prestaciones mutuas a que haya lugar. (...)

La transcripción de las anteriores pruebas documentales da cuenta de la realización de retenciones que tuvieron por causa el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Consorcio SOT.

5 de pruebas y suscrita por las partes) da cuenta del acuerdo en la aplicación de dicha sanción.

⁵⁰ Fl. 113 del c. 5 de pruebas.

En efecto, se encuentra acreditado en el proceso que desde abril de 2007 el Consorcio SOT tuvo un ritmo de ejecución bajo en las obras⁵¹, además de que se abstuvo de iniciar los trabajos en los grupos I y II por situaciones netamente imputables a él, ello se evidenció en la comunicación remitida por la interventoría al contratista el 15 de mayo de 2007⁵² (transcrita parcialmente en el capítulo anterior) y en los comentarios de la Interventoría realizados el 18 de abril de 2007 al Informe Semanal del Contratista en el que consignó:

OBSERVACIONES GENERALES DE INTERVENTORÍA

Grupo I Municipios de Dagua, La Cumbre, Ginebra, Guacarí, Florida y Versalles Departamento del Valle

(...)

Avance de obra

- *A la fecha no se han iniciado obras de construcción, se está presentando un gran retraso con respecto al cronograma presentado por el contratista, ya que no se ha efectuado suministro de materiales por parte del mismo en ninguno de los municipios, se estima que para la primera semana del mes de abril se iniciaba dicho proceso y hasta ahora no se ha cumplido con este compromiso.*
- *Interventoría ha recibido quejas frecuentemente de las administraciones municipales y de los usuarios por estos retrasos e incumplimientos con la comunidad.*
- *En reunión realizada entre ISA, la Interventoría y Contratista el pasado 14 de marzo en la ciudad de Manizales, se acordó que para ejecutar las obras en el departamento del Valle se requiere abrir dos frentes de trabajo para los municipios de Florida y La Cumbre en los cuales la cantidad de obra es mayor.*

(...)

Grupo II Municipio de Victoria Departamento de Caldas

(...)

Avance de obra

- *El suministro de torres ha sido por parte de ISA, hasta ahora el contratista no ha hecho suministra (sic) de ningún material.*
- *No se ha iniciado la construcción en este Municipio, el contratista argumenta que el no inicio de la obra obedece a que no se han aprobado algunos ítems a pactar, como es el caso del transporte de las torres metálicas desde la cabecera municipal hasta cada vereda, siendo esta una de las actividades iniciales para la ejecución.*
- *Se está presentando un gran retraso con respecto al cronograma de actividades planificado, ya que para la fecha debía tenerse aproximadamente un 70% de obra ejecutados.*

(...)

Grupo III Municipio de La Vega Cundinamarca

(...)

- *Hasta ahora no se ha presentado retraso en el suministro ni en la construcción de la obra con lo cual esperamos tener el 100% de la obra completo para la fecha estimada (13 de mayo de 2007),*

⁵¹ Al Respecto, véase la comunicación de 15 de mayo de 2007 remitida por la Interventoría al Consorcio SOT visible a folios 28 a 29 del cuaderno 5 de pruebas, previamente transcrita en el subcapítulo 6.1.1.

⁵² Fl. 28 a 29 c. 5 de pruebas.

siempre y cuando el inconveniente de la postería de madera no nos cause traumas.

(...)

Grupo III Municipio de Granado (sic) Meta (Vereda Aguas Claras)

- *El retraso de la obra se debe al alto nivel freático de esta zona, se han presentado inconvenientes en la ahoyada e hincada de la postería de concreto.*
- *Aun teniendo en cuenta que se solicitó un prórroga para el plazo de ejecución de esta obra, es muy posible que se cumpla con el 100% de la construcción para la fecha estimada (13-05-07), dado que los avances no son muy representativos hasta el momento, es de aclarar que este plazo no ha sido legalizado.*

Nota: En repetidas ocasiones se ha notificado al contratista solicitando al (sic) el inicio de obras para los grupos I y II, obtenido (sic) como respuesta que no iniciará obras hasta tanto ISA apruebe los ítems adicionales.⁵³

Dicho incumplimiento por retraso en la ejecución de las obras para el Grupo II (municipio de La Victoria, Caldas) se mantuvo para los meses de abril⁵⁴ -con un avance de 21,92%- , mayo⁵⁵ -con un avance del 33, 62%- , junio⁵⁶ -con avance del 34%- y julio⁵⁷ -con un avance del 34,13%- de 2007 y para el Grupo I (Valle del Cauca). Y fue puesto de presente al contratista mediante comunicación con radicado No. 005931-1 de 22 de junio de 2007, en los siguientes términos:

(...) Hemos verificado con la Interventoría, el avance a la fecha, en la ejecución de los Grupos I (Valle) y II (La Victoria, Caldas) del contrato de la referencia. Hoy día, que las obras deberían estar ejecutadas al 98%, tan solo registra un avance del 13% en el Valle (11% en suministro y 2% en ejecución de obras), y del 34% en La Victoria, Caldas (representado básicamente por las 760 torrecillas que ISA suministró).

Para ISA y la interventoría, es muy claro que los grandes atrasos acumulados en la ejecución de las obras de los Grupos I y II son totalmente imputables al Consorcio S.O.T, por su negligencia reiterada en la inejecución de los trabajos correspondiente por su incumplimiento para completar los suministros. En forma reiterada, la Interventoría ha evidenciado continuamente que (sic) dichos atrasos, mediante varias comunicaciones escritas entregadas al Contratista, con copia a ISA. También ISA lo ha manifestado telefónicamente y por correo electrónico en muchas ocasiones, desde el mes de marzo pasado, insistiéndoles en la urgencia de recuperar los atrasos. Ha sido infructuosa la gestión desarrollada por ISA y por la Interventoría, para que el Consorcio S.O.T. ejecute las obras y recupere los atrasos. También ha incumplido de manera sistemática, todos los compromisos hechos en las reuniones realizadas, con la participación del Contratista, la Interventoría, ISA y el Ministerio.

⁵³ Folio 40 -43 c. 5 de pruebas.

⁵⁴ Véanse los cuadros de seguimiento de la Interventoría del abril de 2007 (fl. 46- 47, c. 5 de pruebas)

⁵⁵ Véanse los cuadros de seguimiento de la Interventoría del 26 de mayo de 2007 (fl. 48 - 51, c. 5 de pruebas)

⁵⁶ Véanse los cuadros de seguimiento de la Interventoría del 14 de junio de 2007 (fl. 52 - 55, c. 5 de pruebas)

⁵⁷ Véanse los cuadros de seguimiento de la Interventoría del 12 de julio de 2007 (fl. 60 - 63, c. 5 de pruebas)

*Por lo anterior, la solución propuesta por el Consorcio S.O.T. para recuperar los atrasos notables en la ejecución de las obras de los Grupos I y II, son inaceptables para ISA, puesto que no se trata de que ISA se convierta en ejecutor del contrato, como el Consorcio lo pretende, al proponer que ISA instale las torrecillas metálicas del Grupo II y que además suministre los conductores de baja tensión para los grupos I y II. Tampoco existe ninguna razón de causalidad para renegociar los precios contractuales, como ustedes lo proponen para la cimentación de las torrecillas del Grupo II. (...)*⁵⁸

Además, el retraso en la ejecución del objeto contractual fue reconocido por la parte demandante, mediante comunicación con radicado 200788008707-3, al solicitar la ampliación del plazo contractual en 80 días calendario adicionales⁵⁹.

Situación que culminó con la suscripción del otrosí No 2, en el que las partes, de mutuo acuerdo, hicieron efectiva la cláusula de descuento por incumplimiento por el valor correspondiente a 10 días calendario (f. 98 - 100 c, 5 de pruebas)⁶⁰.

También se encuentra acreditado que, de manera posterior a la anterior modificación contractual, se siguieron presentado retrasos en la obra, siendo imputados algunos de ellos por el contratista a la ocurrencia de afectaciones del orden público, el 9 de agosto de 2007, en las veredas Brisas y Alpes del municipio de la Florida Valle del Cauca⁶¹ que, de acuerdo con las recomendaciones de la fuerza pública, daba lugar a la suspensión de los trabajos en el lugar, en atención al grave riesgo que corría su personal.

⁵⁸ Fl. 85, c. 5 de pruebas.

⁵⁹ Visible a folio 86, c 5 de pruebas, en la que señaló: *“En síntesis, consideramos que el proyecto resulta viable sólo con dos cambios que son (i) ampliar el plazo de ejecución y (ii) acortar tiempos de pago parcial por avance de obra. // (i) en relación con la ampliación del plazo de ejecución: // El pasado 27 de mayo fue suscrita una cláusula adicional a nuestro contrato, entre otras consideraciones porque “debido a una serie de dificultades para el suministro de algunos materiales se tomaron decisiones que han afectado el plazo inicialmente pactado”. Pero a pesar de ser reconocidas las antedichas dificultades, el plazo del contrato solo se aumentó desde el 12 hasta el 30 de junio del corriente, es decir, un total de apenas 18 días calendario. // Puesto que esa prórroga de 18 días resultó insuficiente, les rogamos otorgarnos un plazo adicional que consulte la realidad del proyecto, la cual proponemos sea de 80 días calendario, durante los cuales -redoblando la cantidad de personal comprometido y concentrando la ejecución- con seguridad cumpliremos a cabalidad el objeto del contrato. (...)*” (negrilla puesta por la Sala).

⁶⁰ Incumplimiento que fue dado a conocer por la entidad demandada a la Aseguradora Agrícola de Seguros, con miras a realizar una posible afectación de la póliza de cumplimiento, quien mediante comunicación de 17 de agosto de 2007 (fl. 95. C. 5 de pruebas) requirió al Consorcio S.O.T. para el suministro de información, a efectos de realizar un estudio de la reclamación.

⁶¹ Comunicación recibida por ISA S.A. E.S.P. el 22 de agosto de 2007 mediante el radicado 200788011218-3 (fl. 108 -109, c. pruebas 5).

Respecto de la parálisis de la obras en el mes de agosto por razones de orden público, encuentra la Sala que la misma fue desvirtuada con ocasión de las declaraciones del ingeniero Ricardo León Agudelo Guzmán, ex empleado de ISA, quien testificó:

PREGUNTADO 3.: Sabe usted si en esa zona se presentaron problemas de orden público que impidieron la ejecución de las obras: CONTESTADO: No yo personalmente hablé con el alcalde de Florida que era donde supuestamente había problemas de orden público y lo que ocurrió allá fueron problemas con las comunidades por falta de pago de los compromisos adquiridos por el Contratista. Entonces no hubo problemas de orden público sino problemas del contratista con la comunidad.⁶²

Aunado a lo anterior, se encuentra que el 3 de septiembre de 2007, dentro de los considerandos que justificaron la suscripción de la tercera modificación al contrato (“CLÁUSULA ADICIONAL 3”) para prórroga del plazo hasta el 23 de octubre del mismo año, respecto del incumplimiento contractual, las partes consignaron:

(...) b. Que el plazo para la ejecución total de los trabajos objeto del presente Contrato, según lo establecido en la Cláusula Adicional 2, es hasta el 3 de septiembre de 2007. c. Que el contratista, mediante comunicación ISA 2007-88-011541-3 del 28 de agosto de 2007, solicita la ampliación del plazo del Contrato, dado que el plazo otorgado en la Cláusula Adicional 1, fue insuficiente. d. Que analizada la solicitud del Contratista y teniendo en cuenta que ISA y la interventoría ejercerán un estricto control sobre las labores semanales para verificar su cumplimiento, ISA considera pertinente la ampliación del plazo para la ejecución de los trabajos objeto del Contrato. e. Que no obstante la ampliación necesaria del plazo, no implica la conformidad de ISA con las razones expuestas por el CONTRATISTA para justificar su incumplimiento del plazo del Contrato. f. Que en consecuencia, la ampliación del plazo no releva al CONTRATISTA del cumplimiento de sus obligaciones contractuales previamente contraídas, ni del pago de las sanciones que ISA pueda hacer efectivas por los incumplimientos ocurridos durante la ejecución del Contrato, de acuerdo con lo estipulado en la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO- del Contrato en concordancia con los programas de entrega inicialmente acordados.”

Pese a las anteriores reservas, el 16 de octubre de 2007⁶³, esto es, faltando 7 días para la finalización del plazo contractual, se realizó una nueva reunión con la participación de delegados del contratista, la interventoría e ISA S.A. E.S.P., en la

⁶² Fl. 273, C. 1. Declaración que demuestra que el eximente de responsabilidad alegado no se configuró, por tener causa en el comportamiento del Consorcio SOT. Esta manifestación coincide con lo expuesto por el testigo Carlos Humberto Roldán González, quien a folio 277 vto. del cuaderno principal, señaló: “Situaciones de orden público como terrorismo por ejemplo no se presentaron en el valle y en Caldas durante el desarrollo del contrato, lo que si se presentó fue impedimentos por parte de los proveedores de servicios y materiales del contratista, por cuanto les incumplía con los pagos.” Y con la declaración del testigo José Agustín Pineda Cruz, a folio 285 vto., del mismo cuaderno.

⁶³ Fl. 114- 120 c. 5 de pruebas

que se verificó nuevamente la persistencia en el retraso de las obras, por estimarse la necesidad de un plazo adicional de 60 días para la terminación de los faltantes, *“con recimentación, revisión, correcciones y energizar se requiere 60 días, es decir para el 16-12-07”*.⁶⁴

Por lo anterior, el 18 de octubre de 2007, la entidad demandada mediante oficio con radicado 009668-1,⁶⁵ comunicó al Consorcio SOT la imposición de una segunda sanción por incumplimiento del contrato, correspondiente a la retención por 5 días calendario de los valores establecidos en la cláusula décimo novena del mencionado negocio jurídico.

El incumplimiento del contrato se evidenció además en el hecho de que una vez finalizado el plazo contractual (23 de octubre de 2007), la entidad demandada verificó que algunas de las obras contratadas no fueron terminadas, otras no fueron puestas en servicio ni recibidas a satisfacción⁶⁶, razón por la que se hizo efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria⁶⁷. Sobre el particular, el testigo Ricardo León Guzmán declaró:

PREGUNTADO 4. Indique al Despacho si sabe cuál fue el porcentaje de obra ejecutado dentro del Grupo I. CONTESTADO. Grupo 1 era Valle creo que no llegó al 30%, no estoy muy seguro pero creo que no llegó allá, eso se terminó con otro.

Manifestación que coincide con lo señalado por el testigo José Agustín Pineda Cruz, quien en su declaración a folio 286 del cuaderno No. 1, indicó que los porcentajes de obra finalmente ejecutados fueron del 30% para el Grupo 1 y entre 2% y 5% para el grupo No. 2.

El material probatorio da cuenta de que los descuentos realizados por la entidad demandada se realizaron en cumplimiento de lo dispuesto en el contrato, dado que una vez verificado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la

⁶⁴ Fl. 120, c. 5 de pruebas.

⁶⁵ Fl. 113, c. 5 de pruebas.

⁶⁶ Fl. 122, c 5 de pruebas.

⁶⁷ En efecto, mediante oficio radicado No. 009916-1 del 25 de octubre de 2007, ISA S.A. E.S.P. al comunicar al Consorcio S.O.T. que haría efectiva la cláusula penal, señaló: *“Teniendo en cuenta que al día 23 de octubre de 2007, fecha de finalización del plazo contractual, el Consorcio SOT no terminó ni entregó en servicio y a satisfacción de ISA las obras correspondientes a los Grupos I y II (Grupo I Valle, Grupo II: Victoria – Caldas) (...)”*.

entidad hizo efectivos los descuentos y la cláusula penal previstos en la cláusula décimo novena de la minuta del contrato.

Es por ello, que se concluye que la parte actora no demostró en el proceso que los descuentos realizados lo hubieran sido con violación de ninguna de las disposiciones contractuales, esto es, no cumplió con la carga de la prueba de demostrar el incumplimiento de la parte demandada.

Dicho vacío probatorio es aún más significativo, cuando se observa que la prueba pericial, que estaba destinada a demostrar la existencia de saldos a favor de la parte actora⁶⁸, fue considerada como desistida en primera instancia por el Tribunal, por la falta de pago de los honorarios del perito a cargo de la parte demandante (fl. 301, c.1).

Adicionalmente, encuentra la Sala acreditado en el proceso que, durante la etapa post contractual, la parte demandante no realizó entrega de las obras, ni prestó su debida colaboración para la elaboración de los inventarios de estas ni de los materiales que se encontraban en bodegas. Sobre el particular, el testigo Ricardo León Guzmán Agudelo (fl 272 vto., c.1), funcionario de ISA S.A. E.S.P., para la época de los hechos⁶⁹, señaló:

(...) El contrato continuó, sin embargo el avance de obra era muy poquito y pues en vista de que eso no avanzaba ISA decide cobrar unas multas establecidas en el contrato y digamos que por esa época el contratista decidió suspender labores. No avanzaba en el desarrollo del proyecto pero tampoco en la entrega ni tampoco en la entrega de los materiales que tenía en bodega que eran del Estado pagados con dineros del Ministerio de Minas y Energía, entonces se vuelve un círculo vicioso, porque el contratista no entrega aduciendo que ISA le debe esto tampoco facilita que se hagan los inventarios para poder liquidar. Después de varias reuniones incluso con la intervención del Ministerio de Minas y Energía se acordó una fecha para hacer inventarios, fecha que se incumplió en reiteradas ocasiones por parte del Contratista, incluso yo solicité a la Alcaldía de Victoria Caldas por lo menos se de 2 no me acuerdo pero fueron más de 2 constancias de que asistimos a las reuniones pero el contratista no llegó. Después de la intervención del Ministerio el

⁶⁸ De conformidad con la demanda (fl.12, c.1), el objeto de dicha prueba pericial, entre otros aspectos, fue: “i. La verificación del estado de avance en que se hallaba la ejecución del contrato (en obra, en ejecución de presupuesto, en suministro y todos los demás aspectos inherentes al objeto contractual) al momento en que por cuenta de ISA un nuevo y distinto contratista asumió la ejecución de la obra inicialmente prevista en el contrato No. 4500032852 suscrito entre ISA el Consorcio SOT. // i) Verificación del estado general de pagos efectuados por ISA a SOT –o directamente a los proveedores de los suministros efectuados- con ocasión del contrato No. 4500032852 suscrito entre ISA y el Consorcio SOT. // ii) Definición de los trabajos o suministros efectuados por SOT, no pagados por ISA.”

⁶⁹ Que de acuerdo con la respuesta a la pregunta 5 de la parte demandante, manifestó haberse retirado de la entidad para el año 2009. (fl. 273 vto., c.1)

contratista decide entregar el proyecto con lo que tenía en obra y lo que tenía en bodega, se acordó una fecha la cual tampoco se cumplió por parte del contratista y no se cumplió porque el dueño de las bodegas no le permitió entrar por falta de pago de los arrendamientos, al día siguiente volvimos a hacer el intento con la promesa de que se iban cancelar el valor de los arrendamientos, nos citamos a las 8 de la mañana, no se de que día exactamente, hay un acta donde se recibieron algunos materiales, el antecedente es que el Consorcio le iba a girar una plata para cancelar el arriendo de las bodegas para poder ingresar y hacer los inventarios, no se pudo ingresar pues el encargado dijo que iba a viajar a Dorada para retirar un dinero que le giraban para cancelar esos arrendamientos y nos citamos nuevamente al día siguiente a las 8 de la mañana, sin embargo más o menos 4 de la tarde fui yo personalmente con el encargado de la interventoría de las bodegas y encontramos que el contratista ya había ingresado y había cargado un camión con el material que estaba almacenado que obviamente era de propiedad de la Nación, al reclamare (sic) al encargado del Consorcio el dice que fue la orden que recibió de Bogotá y que el inventario se haría al día siguiente, o sea ya como al tercer día. Finalmente ISA terminó el proyecto con otros contratistas (...) PREGUNTADO 4. Usted conoció alguna comunicación escrita entre el Consorcio SOT e ISA aludiendo a la imposibilidad de hacer entrega de las obras mientras no se hubiese procedido al pago. CONTESTADO: Específicamente comunicación no recuerdo pero si hay y eso se volvió un círculo vicioso porque, SOT reclama pago pero no permite hacer inventarios. La idea era hacer los inventarios, valorarlos y hacer una liquidación, cosa que el Consorcio se negó, se negó a hacer inventarios, y si no había inventarios no se podía evaluar, si no se podía evaluar no había liquidación y si no había liquidación no se podía pagar, solo después de una intervención del Ministerio de Minas y Energía se logró hacer inventarios, después de incumplir algunas citas, después de sacar material de las bodegas, material que obviamente había pagado ISA con los dineros del Ministerio.

Lo dicho por el testigo, se corrobora con el cruce de comunicaciones que se dio entre las partes (visible a folios 169 a 180, 183 a 184, 186 a 203, 213 a 214, 219 a 221, 224 a 226, 228 del cuaderno No. 5 de pruebas) y es concordante con lo dicho por el testigo José Agustín Pineda Cruz, Coordinador de los proyectos FAER para ISA (folio 285 del cuaderno No. 1).

Dicha conducta omisiva de sus obligaciones por parte del contratista, en la etapa posterior a la terminación del contrato, es un indicio que permite inferir a la Sala el incumplimiento de sus deberes, respecto de las actuaciones e información necesarios para el cruce de cuentas final previsto en la cláusula vigésima segunda del contrato⁷⁰.

⁷⁰ “VIGÉSIMA SEGUNDA. CRUCE DE CUENTAS. A más tardar y dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha del Certificado de Aceptación Final expedido por ISA, de acuerdo con lo estipulado en la sección 5.19 – Certificado de Aceptación Final expedido por ISA de acuerdo la Solicitud Pública de Ofertas 0000002181, el CONTRATISTA E ISA de común acuerdo, harán cruce de cuentas, para lo cual se suscribirá un ACTA donde se establecerán las revisiones y reconocimientos a que haya lugar.”

En consecuencia la Sala, una vez examinado el acervo probatorio obrante en el proceso, encuentra que la parte actora incumplió con el deber de acreditar el supuesto de hecho de las normas que invocó para sustentar la presunta responsabilidad contractual de la entidad demandada por incumplimiento, en los términos previstos en el artículo 177⁷¹ del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, respecto del reproche realizado respecto de la omisión de decretar pruebas de oficio, conviene resaltar que para la Jurisdicción se encuentra vedado el solventar deficiencias probatorias de las partes y, en particular, la plasmada por el extremo activo de la litis, toda vez que se evidenció que la parte actora no insistió en su práctica, no consignó los honorarios del perito, ni recurrió la decisión de primera instancia que cerró el periodo probatorio y dio traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión (fl. 303 a 324, c.1) .

7. Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

8. Conclusión

En las anteriores condiciones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones formuladas por el Consorcio el S.O.T y las sociedades que lo integraron Sotincol Ltda., Ingelas Ltda. y S.Y.M. Ingenieros Ltda., pues, hecho el análisis del material probatorio allegado al proceso, se encuentra que la parte actora incumplió con el deber de acreditar los supuestos de hecho necesarios para imputar responsabilidad por incumplimiento contractual a la parte demandada.

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

F A L L A:

⁷¹ *“ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)”*

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia proferida el 12 de marzo de 2015, por la Subsección C, de Descongestión, de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. SIN CONDENA EN COSTAS.

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

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado Electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado Electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO