

Tribunal de Arbitramento

Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. —Ingelel—

v.

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., ESP

Marzo 15 de 2006

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil seis (2006).

Agotado el trámite legal previo y la totalidad de las actuaciones procesales correspondientes, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo, en orden a ponerle fin al proceso arbitral seguido por Sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. —Ingelel— por una parte y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, por la otra.

I. Antecedentes

1. La sociedad Ingelel solicitó por conducto de apoderado especial la convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP el 17 de mayo de 2004 con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el contrato suscrito entre dichas entidades el 28 de abril de 2000, cuya cuadragésima séptima —compromisoria— describe el objeto del tribunal de arbitramento y a la letra dice:

“Cuadragésima séptima. Cláusula compromisoria. Para la solución de cualquier diferencia que surja entre las partes que suscriben el presente contrato en relación con su celebración, interpretación, ejecución, terminación y liquidación, estas buscarán mecanismos de arreglo directo, tales como negociación directa, amigable composición o conciliación para los cuales las partes dispondrán de un término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha en que una de ellas presente a la otra la solicitud por escrito en tal sentido. El indicado término podrá ser prorrogado, por mutuo acuerdo, hasta por un lapso igual al inicial. En caso de no llegarse a una solución, la diferencia será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento, que estará conformado por tres (3) árbitros, abogados y ciudadanos colombianos, designados de común acuerdo por las partes y quienes la decidirán en derecho. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá, en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de esta ciudad. Para constancia se firma en Santafé de Bogotá, Distrito Capital, a los 28 abril 2000”.

2. La mencionada solicitud de convocatoria fue admitida mediante providencia del 15 del mes de julio de 2004 y en la misma se le reconoció personería al doctor Gabriel Jaime Martínez en su condición de apoderado de la convocante y al doctor Efraín Alberto Becerra Gómez como apoderado de la convocada.

3. Oportunamente la convocada, ETB a quien en este laudo se le designará indistintamente por su posición procesal, por conducto de apoderado especial dio respuesta a la solicitud de convocatoria que ha originado este proceso, mediante escrito radicado el 30 de julio de 2004 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación. Posteriormente mediante escrito del 20 de octubre de 2004, igualmente radicado dio contestación al escrito de integración de la demanda y su reforma presentada por el apoderado de la convocante el 1º de octubre de 2004. Frente a este escrito el apoderado de la convocada propuso las siguientes excepciones de mérito:

- Excepción de falta de competencia del tribunal de arbitramento frente a las pretensiones de declarar la nulidad de las cláusulas 2.7 de los términos de referencia y de la 17 del contrato.
- Excepción de cumplimiento del contrato por parte de ETB.
- Excepción de no ocurrencia de los hechos que configuran el desequilibrio económico.

4. Al apoderado de la convocante se le corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas por la parte

convocada en audiencia celebrada el 3 de noviembre del año 2004.

5. Igualmente informado el agente del Ministerio Público doctor Humberto Meza del presente proceso se hizo presente en la primera audiencia de trámite y de ahí en adelante finalizando su actuación con la presentación de los alegatos de conclusión.

6. El 3 de noviembre del 2004, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, con la asistencia de los apoderados de las partes y de los representantes legales de la sociedad convocante como de la convocada y del Ministerio Público, haciéndose constar en dicha acta la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

7. Fueron designados como árbitros de común acuerdo por las partes en la audiencia de designación de árbitros celebrada el 9 de junio de 2004, los doctores Antonio José De Irisarri Restrepo, Jesús Vallejo Mejía y Diego Moreno Jaramillo. El director del centro de arbitraje informó a los nombrados su designación, recibiendo respuesta de los principales designados quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal, quedando así integrado el tribunal de arbitramento.

8. El tribunal se instaló el día 15 de julio de 2004; en dicha audiencia fue nombrado como presidente el doctor Antonio de Irisarri Restrepo, quien aceptó el cargo, y como secretaria la doctora María Patricia Zuleta García, quien posteriormente fue notificada, aceptó el cargo y tomó posesión del mismo. El tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría, la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Avenida El Dorado N° 68D-35 Piso 3° de la ciudad de Bogotá, D.C.

9. El 30 de agosto de 2004 se fijaron las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria y los gastos de administración del tribunal, que en la oportunidad legal fueron consignadas por las partes.

10. La primera audiencia de trámite se celebró el día 12 de octubre del 2004, oportunidad esta en la que el tribunal de arbitramento se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración y adicionalmente admitió a trámite la reforma de la demanda y corrió traslado de la misma a la parte demandada y al Ministerio Público de conformidad con el numeral 4° del artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 418 ibídem. Posteriormente mediante escrito del 20 de octubre de 2004 el apoderado de la convocada presentó memorial descorriendo el traslado de la reforma a la demanda.

En audiencia celebrada el 1° de febrero de 2005, el tribunal de arbitramento se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por las partes, decretándolas como quedó consignado en el auto 8 respectivo que fue proferido en desarrollo de la mencionada audiencia.

11. En audiencia celebrada el día 25 del mes de agosto de 2005 el doctor Jesús Vallejo Mejía le manifestó al tribunal su designación como embajador en Chile y en consecuencia presentó renuncia del cargo de árbitro. En su reemplazo fue designado de común acuerdo por las partes en su calidad de suplente, el doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla quien mediante comunicación de fecha 12 de septiembre de 2005 aceptó el cargo como árbitro para reemplazar al doctor Jesús Vallejo Mejía en el estado en que se encontraba el proceso.

12. Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante auto dictado el día 25 del mes de noviembre del año de 2005 (acta 12), se citó a las partes para la audiencia de alegatos de conclusión.

13. La audiencia de alegatos de conclusión se llevó a cabo el día 19 de enero de 2006, con intervención de los señores apoderados de las partes y del Ministerio Público, quienes presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes escritos de las mismas para su incorporación al expediente.

14. Teniendo en cuenta que la finalización de la primera audiencia de trámite se realizó el día 1° de febrero de 2005, el término legal de seis (6) meses para proferir el laudo en este caso vencía el 1° de agosto de 2005; sin embargo las partes de común acuerdo solicitaron varias suspensiones del término del proceso arbitral. Los apoderados de las partes mediante escritos radicados en la secretaria del tribunal el 10 de octubre de 2005, prorrogaron el término del proceso arbitral por 4 meses contados a partir de su último vencimiento, quedando el tribunal habilitado hasta el 28 de febrero de los corrientes y por último en la audiencia de alegatos de conclusión llevada a cabo el 19 de enero de 2006 solicitaron la suspensión del término por 30 días hábiles más, quedando así

el tribunal habilitado hasta el 11 de abril de los corrientes.

15. El tribunal fijó la fecha del quince (15) de marzo de 2006 para dictar su laudo, quedando el tribunal habilitado para fallar.

16. Como quiera que están demostrados en el proceso la existencia y la debida representación de las partes, así como el hecho de haber ellas comparecido por medio de apoderados judiciales, corresponde entonces proceder a examinar y decidir de fondo, las cuestiones sometidas al tribunal, por no existir causal alguna que invalide lo actuado.

II. Pruebas decretadas y practicadas

Dentro del proceso se tuvieron como pruebas, con el valor que la ley les asigna, los documentos aportados con la demanda y con la reforma de la demanda, así como los documentos presentados por la parte convocada con su escrito de contestación a la demanda y a la reforma de la demanda.

Fueron decretados y practicados dos dictámenes periciales, uno por perito experto en contaduría y administración de empresas y otro por perito técnico experto en planta externa. Los dictámenes periciales presentados fueron sometidos a la contradicción de ley, durante la cual los apoderados de las partes mediante escritos solicitaron aclaraciones y complementaciones.

Dentro de las pruebas practicadas igualmente se libraron por la secretaría del tribunal los diferentes oficios solicitados por las partes, se recibieron también las declaraciones testimoniales de: Carlos Duran Herrera, Silvia Helena Lopera Montoya, Ángela Catalina Molano Gallego, Ramiro Mendoza Páez, Luis Edgar Peña Zúñiga, Carlos Arturo Sánchez Toro, Luz Mariela Duque Naranjo, Rubiela Del Pilar Ramírez Naranjo, Jorge Aduardo Aristizabal Gil, Carlos Fernando Ariza Moreno, Leonardo Rivera.

Igualmente se recibió la declaración de parte del señor Mario Contreras Amador, reemplazado posteriormente en su declaración por el señor Miguel Felipe Anzola Espinoza.

El trámite se desarrolló en 13 sesiones, quedando finalizada la instrucción del proceso el 25 del mes de noviembre, fecha en la cual se citó a las partes para la audiencia de alegatos de conclusión.

La actuación surtida en desarrollo del proceso arbitral se recoge en 3 cuadernos principales, 7 cuadernos de pruebas y 1 de testimonios.

III. Pretensiones

Por medio de escrito que se radicó el 1º de octubre de 2004 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el apoderado de la convocante presentó un escrito que denominó “integración de la demanda y su reforma”.

De este escrito se transcriben, de manera literal, las pretensiones:

La presente demanda tiene por finalidad que se acceda a las siguientes pretensiones:

1. Pretensiones principales.

1.1. Primera pretensión principal.

Que se declare que la estipulación 2.7 de los términos de referencia correspondientes al proceso de contratación directa distinguido con el N° 2000001970 adelantado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP en el año 2000 para la “(...) construcción de redes de telecomunicaciones que constan de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, acometidas de redes, en el área de influencia de la empresa, suministro de cuadrillas especiales para acometidas y el suministro de los materiales necesarios (...)”, en tanto que como tal hace parte integrante del contrato 4200002703 y sus adicionales, celebrado el día 28 de abril de 2000 entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (como contratante) y la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica

S.A. - Ingelel S.A. (como contratista), es absolutamente nula en cuanto lo en ella estipulado sobre los siguientes aspectos o uno cualquiera de ellos:

1.1.1. La potestad que se otorga a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP para ordenar unilateralmente, a su arbitrio, modificaciones en las iniciales cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos objeto de la contratación, es decir, las determinadas, establecidas y tenidas en cuenta para presentar la propuesta y para celebrar el contrato; y

1.1.2. La limitación e impedimento que se impone a quien ostente la calidad de cocontratante particular para reclamar compensaciones e indemnizaciones por causa de las modificaciones en las iniciales cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos objeto de la contratación, en uno cualquiera de los siguientes supuestos: (a) cuando tales modificaciones resulten por haber sido ordenadas unilateralmente por la entidad contratante, a su arbitrio; y (b) cuando tales modificaciones, siendo sustanciales, resulten de la ejecución normal de los trabajos contratados.

1.2. Segunda pretensión principal.

Que se declare que la estipulación de la cláusula décima séptima del contrato 4200002703 celebrado el día 28 de abril de 2000 entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, en calidad de parte contratante, y la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. - Ingelel S.A., en calidad de contratista, cuyo objeto consistió en la “(...) construcción de redes de telecomunicaciones que constan de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, acometidas de red, en el área de influencia de la empresa, suministro de cuadrillas especiales para acometidas y el suministro de los materiales necesarios, (...)”, es absolutamente nula en cuanto lo en ella pactado sobre la limitación e impedimento que se impone a quien ostenta la calidad de cocontratante particular para reclamar compensaciones e indemnizaciones por causa de las modificaciones y variaciones en las iniciales cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos contratados con base en la celebración de dicho contrato, en uno cualquiera de los siguientes supuestos: (a) cuando tales modificaciones resulten por haber sido ordenadas unilateralmente por la entidad contratante, a su arbitrio; y (b) cuando tales modificaciones, siendo sustanciales, resulten de la ejecución normal de los trabajos contratados.

1.3. Tercera pretensión principal.

Que se declare que por causas no imputables a la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. - Ingelel S.A. se rompió el equilibrio financiero y la conmutatividad del momento de la adjudicación y celebración del contrato 4200002703, como consecuencia de la variación sustancial de la conformación inicial de las actividades que como prestaciones se pactaron a cargo del contratista, así como de las cantidades de obra estimadas y determinadas de acuerdo con el presupuesto oficial definido previamente por la contratante en los términos de referencia implementados para la presentación de la propuesta y la celebración del contrato, con lo cual se hizo más oneroso su cumplimiento para la contratista.

1.4. Cuarta pretensión principal.

Que se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, en calidad de parte contratante, incumplió las obligaciones a su cargo surgidas del contrato 4200002703 y sus adicionales, celebrado el día 28 de abril de 2000 con la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. - Ingelel S.A., en calidad de contratista, cuyo objeto consistió en la “[...] construcción de redes de telecomunicaciones que constan de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, acometidas de red, en el área de influencia de la empresa, suministro de cuadrillas especiales para acometidas y el suministro de los materiales necesarios, (...)”, de acuerdo con las condiciones determinadas en los respectivos términos de referencia, por no haber cancelado totalmente el valor de los trabajos, suministros y aportes a la obra realizados por el contratista en cumplimiento de sus prestaciones.

1.5. Quinta pretensión principal.

Que se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, en calidad de parte contratante, incumplió su obligación legal y convencional que le correspondía de mantener y aplicar las condiciones del contrato 4200002703, sus adicionales y acuerdos complementarios, celebrado el día 28 de abril de 2000 con la

sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. - Ingelel S.A., en calidad de contratista, cuyo objeto consistió en la “[...] construcción de redes de telecomunicaciones que constan de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, acometidas de red, en el área de influencia de la empresa, suministro de cuadrillas especiales para acometidas y el suministro de los materiales necesarios, [...]” de acuerdo con las condiciones determinadas en los respectivos términos de referencia, por haber realizado durante la ejecución del contrato y después de su terminación las siguientes actuaciones: (a) Establecer y determinar en forma unilateral y por el concepto que denominó “(...) compensación de atrasos e incumplimiento plan de manejo ambiental (...)”, la cantidad total de \$ 355.559.796,39, como una suma a cargo del contratista; y b) deducir, también en forma unilateral, de las sumas causadas a favor del contratista, y, que por ende no le canceló, sin facultad ni atribución para ello, esa misma cantidad de \$ 355.559.796,39, por el concepto que denominó “(...) compensación de atrasos e incumplimiento plan de manejo ambiental (...)”.

1.6. Sexta pretensión principal.

Que, en cada caso y según se expresa a continuación, consecencialmente se impongan las siguientes condenas en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP:

1.6.1. Como consecuencia de las declaraciones correspondientes a las pretensiones primera, segunda y tercera principales, a título de indemnización de perjuicios y restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 4200002703 o revisión de sus condiciones, se condene a la convocada, en calidad de contratante, a pagar a la convocante:

1.6.1.1. La cantidad total de mil setecientos noventa millones seiscientos sesenta y nueve mil doscientos noventa pesos (\$ 1.790.669.290) moneda corriente, cuyas causas y bases de liquidación se establecen en la reclamación contractual presentada por la contratista ante la contratante, con ocasión y fundamento en el desarrollo y la ejecución del contrato 4200002703, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2004, que se incluye como anexo de esta demanda, suma que corresponde al beneficio pactado y a que tenía derecho el contratista, de acuerdo con las condiciones originales del acuerdo convencional, la cual efectivamente dejó de percibir ante la variación sustancial de las condiciones pactadas;

1.6.1.2. En subsidio de lo anterior, la suma que resulte de liquidar el valor de las contraprestaciones económicas causadas a favor del contratista con base en la obra realmente ejecutada, variando el porcentaje del descuento ofrecido en la propuesta con fundamento en la cual fue celebrado el contrato, ante la variación sustancial de las condiciones pactadas originalmente, con base en la prueba pericial que en forma idónea y oportuna se produzca en el curso del proceso, en su orden, en una de las dos siguientes alternativas: (a) Calculando los precios del contrato sin descuento alguno; o, (b) Calculando los precios del contrato con los nuevos precios, incluyendo los porcentajes de descuento, pactados entre las partes en la adición 2 al contrato 4200002703, así: un descuento del seis por ciento (6%) para ítems de suministros de redes; un descuento del medio por ciento (0,5%) para los ítems restantes; y, los cambios en el valor de algunos ítems de canalizaciones.

1.6.2. Como consecuencia de la declaración correspondiente a la pretensión cuarta principal, que se condene a la convocada a pagar a la convocante las siguiente cantidades, correspondientes a los conceptos que exclusivamente se detallan a continuación, cuyas causas y bases de liquidación se establecen en reclamación contractual presentada por la contratista ante la contratante, con ocasión y fundamento en el desarrollo y la ejecución del contrato 4200002703, mediante escrito de fecha 14 de junio de 2002 (empleando la numeración, descripción y valores consignados en la misma), que se incluye como anexo de este escrito, o, en su defecto, las sumas que por los mismos conceptos se determinen con base en la prueba pericial que en forma idónea y oportuna se produzca en el curso del proceso:

Numeral	Descripción de la reclamación	Valor de la pretensión	
		COL\$	USD\$
3.2.6	Materiales suministrados e instalados en la obra que no han sido objeto de pago y restitución de deducciones	37.033.266,13	70.418,03

3.2.7	Reliquidación del ítem 059v, “ajuste de línea de abonado”	28.879.800,48	0,00
3.2.8	Mayor cantidad de obra que no fue objeto de pago	84.390.158,00	0,00
3.2.9	Pólizas exigidas por el IDU	28.555.290,00	0,00
3.2.11	Actividades correspondientes a impacto urbano no pagadas	17.015.303,00	0,00
3.2.14	Construcción del registro de canalización 831049 (box cable)	29.542.843,54	0,00

1.6.3. Como consecuencia de la declaración correspondiente a la pretensión quinta principal, se condene a la convocada a pagar a la convocante la cantidad de trescientos cincuenta y cinco millones quinientos cincuenta y nueve mil setecientos noventa y seis pesos con treinta y nueve centavos (\$ 355.559.796,39) moneda corriente, la cual fue deducida de los valores causados a favor de la contratista durante la ejecución del contrato 4200002703 según consta en el acta de liquidación contable del mismo, contra la expresa voluntad del contratista, y, por ende, en forma y por decisión unilateral de la convocada.

1.7. Séptima pretensión principal.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, y, además, por haber expirado el plazo del contrato 4200002703 antes mencionado, se proceda a su respectiva liquidación definitiva, incluyendo en la misma la obligación de la convocada, en calidad de contratante, de pagar a la convocante, en calidad de contratista, las cantidades que, con base en las anteriores pretensiones se determinen en el laudo que dicte en este proceso.

1.8. Octava pretensión principal.

Que todas las sumas que se ordene pagar a favor de la convocante, en tanto y en cuanto correspondan a valores históricos, sean actualizadas con base en los índices de precios al consumidor.

1.9. Novena pretensión principal.

Que se condene a la convocada a pagar a favor de la convocante y sobre las mismas sumas los correspondientes intereses causados desde la fecha en que debió hacerse el pago y la fecha del laudo.

1.10. Décima pretensión principal.

Que se condene a la convocada al pago de intereses de mora, a la tasa máxima legal permitida, sobre las sumas que a título de condena se ordene pagar a la convocante, a partir de la fecha del laudo y hasta el momento del pago.

1.11. Undécima pretensión principal.

Que se condene en costas a la convocada.

2. Pretensiones subsidiarias.

2.1. Primera pretensión subsidiaria.

En subsidio de las pretensiones primera, segunda y tercera principales y solamente en el evento de su falta de prosperidad, solicito que se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, en calidad de parte contratante, incumplió su obligación legal y convencional que le correspondía de mantener y aplicar las condiciones originales del contrato 4200002703 y sus adicionales, celebrado el día 28 de abril de 2000 con la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. Ingelel S.A., en calidad de contratista, cuyo objeto consistió en la “[...] construcción de redes de telecomunicaciones que constan de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, acometidas de red, en el área de influencia de la empresa, suministro de cuadrillas especiales para acometidas y el suministro de los materiales necesarios, [...]”, de acuerdo con las condiciones determinadas en los

respectivos términos de referencia, por haber modificado unilateralmente y a su arbitrio, en forma sustancial, el alcance de su objeto variando fundamentalmente su conformación inicial respecto de las actividades que como prestaciones estaban a cargo del contratista, así como las cantidades de obra estimadas y determinadas en el presupuesto oficial de las mismas en forma previa a la celebración del contrato y al momento de su celebración, con detrimento del equilibrio económico y la conmutatividad de la contratación al denegar las reclamaciones económicas presentadas por este motivo por parte de la contratista.

2.2. Segunda pretensión subsidiaria.

En subsidio de la pretensión primera subsidiaria, solamente en el evento de su falta de prosperidad, solicito que se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP incurrió en abuso del derecho en la fase de ejecución y cumplimiento del contrato 4200002703 celebrado con la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. Ingelel S.A., por haber modificado unilateralmente y a su arbitrio, en forma sustancial, el alcance de su objeto variando fundamentalmente su conformación inicial respecto de las actividades que como prestaciones estaban a cargo de la contratista, así como las cantidades de obra estimadas y determinadas en el presupuesto oficial de las mismas en forma previa a la celebración del contrato y al momento de su celebración, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.

2.3. Tercera pretensión subsidiaria.

En subsidio de la pretensión segunda subsidiaria, en el evento de su falta de prosperidad, solicito que se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP se enriqueció sin justa causa a expensas de la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. Ingelel S.A., como consecuencia de su decisión de modificar unilateralmente y a su arbitrio, en forma sustancial, el alcance del objeto del contrato 4200002703 celebrado entre las partes, variando fundamentalmente su conformación inicial respecto de las actividades que como prestaciones estaban a cargo de la contratista, así como las cantidades de obra estimadas y determinadas en el presupuesto oficial de las mismas en forma previa a la celebración del contrato y al momento de su celebración, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.

2.4. Cuarta pretensión subsidiaria.

Como consecuencia de la prosperidad de alguna de las anteriores pretensiones subsidiarias, a título de indemnización de perjuicios y restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 4200002703 o revisión de sus condiciones, solicito que se condene a la convocada, en calidad de contratante, a pagar a la convocante:

2.4.1. La cantidad total de mil setecientos noventa millones seiscientos sesenta y nueve mil doscientos noventa pesos (\$1.790.669.290) moneda corriente, cuyas causas y bases de liquidación se establecen en la reclamación contractual presentada por la contratista ante la contratante, con ocasión y fundamento en el desarrollo y la ejecución del contrato 4200002703, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2004, que se incluye como anexo de esta demanda, suma que corresponde al beneficio pactado y a que tenía derecho el contratista, de acuerdo con las condiciones originales del acuerdo convencional, la cual dejó efectivamente de percibir ante la variación sustancial de las condiciones pactadas;

2.4.2. En subsidio de lo anterior, la suma que resulte de liquidar el valor de las contraprestaciones económicas causadas a favor del contratista con base en la obra realmente ejecutada, variando el porcentaje del descuento ofrecido en la propuesta con fundamento en la cual fue celebrado el contrato, ante la variación sustancial de las condiciones pactadas originalmente, con base en la prueba pericial que en forma idónea y oportuna se produzca en el curso del proceso, en su orden, en una de las dos siguientes alternativas: (a) Calculando los precios del contrato sin descuento alguno; o, (b) Calculando los precios del contrato con los mismos precios, incluyendo los porcentajes de descuento, pactados entre las partes en la adición 2 al contrato 4200002703, así: un descuento del seis por ciento (6%) para ítems de suministros de redes; un descuento del medio por ciento (0,5%) para los ítems restantes; y, los cambios en el valor de algunos ítem de canalizaciones.

IV. Hechos

Como fundamentos de hecho, la actora expone los que a continuación se sintetizan:

1. Hechos antecedentes.

Aspectos generales.

- 1.1. La ETB es una empresa constituida como una sociedad por acciones, que tiene como objeto social principal “[...] la prestación y organización de servicios y actividades de telecomunicaciones (...)”.
- 1.2. Su naturaleza jurídica es la de una empresa mixta de servicios públicos domiciliarios.
- 1.3. Las actividades propias de su objeto las puede desarrollar dentro del territorio nacional y en el exterior.
- 1.4. Ingelel S.A. es una sociedad comercial que tiene por objeto social principal el estudio, diseño, planeación, contratación y ejecución de obras de ingeniería, eléctrica y electrónica tanto públicas como privadas, la realización de proyectos en materia de redes de comunicaciones, así como la construcción de todo tipo de obras civiles, públicas o privadas, entre otras actividades.

Antecedentes, celebración y perfeccionamiento del contrato 4200002703.

- 1.5. En el año 2000, mediante solicitud de cotización 2000001970, la ETB invitó a varias firmas para presentar ofertas para celebrar directamente un contrato cuyo objeto sería “(...) la construcción de redes de telecomunicaciones que constan de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, acometidas de red, en el área de influencia de la empresa, suministro de cuadrillas especiales para acometidas y el suministro de los materiales necesarios, (...)” de acuerdo con las condiciones determinadas en los respectivos términos de referencia.
 - 1.6. En armonía con lo anterior, el día 6 de abril de 2000 le fue entregada la correspondiente invitación a la firma Ingelel S.A., junto con los términos de referencia y sus anexos (6 libros o tomos, en total), por parte de la ETB. El plazo para presentar la cotización solicitada se estableció hasta el día 12 de abril de 2000, es decir, se otorgó para ello un término de seis (6) días calendario.
 - 1.7. En el proceso de selección del contratista, en los términos de referencia fue determinado un presupuesto oficial de obra con base en los precios unitarios elaborados, estructurados y presentados por la ETB, así como las cantidades de obra definidas también por la ETB. Por lo tanto, tal presupuesto oficial, confeccionado con base en los precios unitarios y en las cantidades de obra que fueron establecidos previamente de manera exclusiva y excluyente por parte de la ETB, constituyó el punto de referencia para que los participantes en el proceso de contratación pudieran elaborar y presentar sus ofertas.
 - 1.8. En armonía con lo anterior, en los términos de referencia se regularon las condiciones financieras del contrato que se pretendía celebrar, y, en lo que se relaciona con los precios, se estableció lo que sigue:

“(...) el oferente deberá revisar detenidamente las especificaciones técnicas contempladas en los términos de referencia y tenerlas en cuenta en la revisión de los análisis de precios unitarios presentados por la ETB en el presupuesto oficial de obra que ha fijado como punto de referencia de la oferta, advirtiendo que **tal oferta se reduce al ofrecimiento de un descuento porcentual**, a aplicar ya sea por igual a todos los ítems del presupuesto oficial de obra, o como a continuación y a manera de alternativa se indica, y que en ningún caso podrá ser mayor al quince por ciento (15%) del valor total del mismo (...)”.
- Por lo tanto, la oferta, para efectos de su presentación en lo relacionado con su componente económico y financiero, se redujo al ofrecimiento de un descuento porcentual respecto del presupuesto oficial de obra elaborado y determinado unilateralmente por la ETB, para lo cual se utilizaron las cantidades de obra y los precios unitarios que se determinaron también en forma unilateral por parte de la ETB. Más aún, en ese esquema del negocio jurídico propuesto por la entidad contratante, se definió un tope máximo del descuento porcentual hasta el 15%.
- 1.9. Con base en lo anterior, dentro del término fijado (6 días calendario), la firma Ingelel S.A. presentó la propuesta solicitada el día 12 de abril de 2000. En el anexo 6.0.3 de la misma, denominado resumen total de la oferta, se manifiesta que “(...) El descuento ofrecido sobre el valor global del presupuesto oficial de la ETB es de:

14.5%, para la adjudicación total de las obras. [...]” y que en el evento de que solo se adjudique la mitad del proyecto contemplado, “(...) el descuento sobre el presupuesto oficial de la ETB es de: **11.8%** (...)”.

1.10. Como resultado del proceso de contratación aludido fue seleccionada la propuesta presentada por la firma Ingeel S.A. por ende, se procedió a la celebración del respectivo contrato, que se distingue con el 4200002703, el cual fue suscrito y perfeccionado el día 28 de abril de 2000.

Condiciones generales del contrato 4200002703.

En el contrato 4200002703 se establecieron las siguientes estipulaciones:

1.11. En su **parte introductoria**, además de la identificación de las partes, se consigna que su celebración se realiza previo el trámite de la solicitud de cotización 2000001970 de 2000 y que se rige por lo dispuesto en la Resolución 003, dictada el 11 de febrero de 1998 por la junta directiva de la ETB.

1.12. El **objeto** del contrato (**cláusula primera**) consistió en la obligación del contratista para con la contratante de realizar, a precios unitarios, las obras de ingeniería correspondientes a la construcción de redes de telecomunicaciones que constan de canalizaciones, redes telefónicas primarias y secundarias, acometidas de redes, en el área de influencia de la ETB, así como el suministro de cuadrillas especiales para construcción de redes y acometidas y el suministro de los materiales necesarios. El contratista se obligó a suministrar los materiales requeridos de acuerdo con las condiciones estipuladas en los términos de referencia.

1.13. Como **documentos del contrato (cláusula segunda)**, es decir, que se entienden parte integrante del mismo, se enlistaron, entre otros, los siguientes: (a) los términos de referencia de la solicitud de cotización 2000001970, (b) la oferta del contratista, de fecha 12 de abril de 2000, (c) el certificado de disponibilidad presupuesta 2000.1226 del 6 de abril de 2000, (d) la comunicación 194227, de fecha 24 de abril, emanada de la vicepresidencia de producción, por la cual se comunica la decisión de adjudicación de la solicitud de cotización, (e) el anexo resumen de precio, (f) los planos, diseños, normas, especificaciones y anexos técnicos contenidos en los términos de referencia, plano de zona de influencia de la ETB y aquellos que fueran suministrados por esta, con la anotación según la cual la información de los planos, especificaciones y cantidades de obra se complementan entre sí, (g) los cronogramas de trabajo exigidos por la ETB al contratista para la iniciación de la ejecución de las obras, (h) las actas suscritas en desarrollo del contrato, que se determinarían en el anexo al acta de iniciación de obra, (i) las órdenes escritas impartidas por la ETB o el interventor, (j) las garantías, (k) el contrato de fiducia mercantil de administración y garantía que se obligó a celebrar el contratista, (l) el acuerdo de confidencialidad suscrito entre las partes, y (m) las comunicaciones y demás documentos que se produjeran entre las partes por razón de la ejecución del contrato.

De acuerdo con el **parágrafo de la cláusula segunda**, se acordó que las dudas en la interpretación del contrato se resolverían de acuerdo con los siguientes documentos, siguiendo el orden de la numeración empleada: 1. El contrato; 2. Los términos de referencia; y, 3. La oferta, en lo que haya sido aceptada.

1.14. El **valor inicial del contrato** fue estimado (**cláusula tercera**); se convino que estaría constituido por una porción en moneda legal colombiana y por otra porción en dólares de los Estados Unidos de América, aunque pagadera en pesos colombianos, así: a) la suma de dos mil ciento setenta y un millones trescientos trece mil trescientos sesenta y siete pesos (Col\$ 2.171.313.367) moneda corriente y b) la suma de dos millones ochenta mil cuatrocientos cuarenta y un dólares con treinta centavos de dólar (USD\$ 2.080.441,30). Respecto de ese valor inicial estimado del contrato, se dejó establecido y discriminado que el monto total de la administración, los imprevistos y la utilidad (AIU) es la suma de seiscientos noventa millones doscientos nueve mil cincuenta y cuatro pesos con veintisiete centavos (Col\$ 690.209.054,27) moneda corriente; el monto total estimado de la utilidad (U) es la suma de trescientos veintiocho millones trescientos siete mil doscientos un pesos con veinticinco centavos (Col\$ 328.307.201,25) moneda corriente; y el valor del impuesto al valor agregado (IVA) sobre la utilidad, es la suma de cuarenta y nueve millones doscientos cuarenta y seis mil ochenta pesos con diecinueve centavos (\$ 49.246.080,19) moneda corriente.

En esta misma estipulación contractual se anotó que la **porción en dólares** del valor del contrato, para efectos de

lo anterior, se **liquidó con la tasa representativa del mercado (TRM)** vigente en la fecha de presentación de la oferta, esto es, de mil novecientos ochenta y seis pesos con setenta y cinco centavos (Col\$ 1.986,75) moneda corriente.

En cuanto al **impuesto de timbre**, se convino que estaría a cargo del contratista y que sería descontado por la contratante en cada pago realizado, por ser un contrato de cuantía indeterminada (**parágrafo primero**).

También se acordó que en los valores unitarios pactados quedaban incluidos todos los gastos que debía efectuar el contratista para entregar las obras totalmente terminadas (**parágrafo segundo**).

El **valor final del contrato** resulta de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el precio unitario pactado, más los excedentes de materiales que según los términos de referencia deban ser recibidos por la contratante, con excepción del cable multipar de 1.800 y 2.400 pares, cuyo suministro se haría por la ETB, y los reajustes de precios según lo pactado en el mismo contrato. En tal valor también se incluye el monto de los ítems adicionales y de las obras adicionales y complementarias autorizadas por la contratante (**parágrafo tercero**).

El valor de cada **proyecto encargado** al contratista se calcula con base en los precios unitarios establecidos en los formularios de precios del contrato (**parágrafo cuarto**).

1.15. En el contrato se pactó **reajuste de precios (cláusula cuarta)** mediante aplicación de fórmulas polinómicas y en las condiciones de modo y oportunidad previstas en los términos de referencia para los respectivos ítems. Para los ítems que en los términos de referencia (nums. 2.4.3.1 y 2.4.3.3) no se estipuló la fórmula de reajuste, esta se estableció en esta cláusula del contrato (**parágrafos primero y segundo**).

1.16. El contratista se obligó a celebrar un **contrato de fiducia mercantil**, para constituir un patrimonio autónomo para la **administración del anticipo contractual (cláusula quinta)**, cuyos términos y demás condiciones se regulan detalladamente en los **parágrafos primeros a séptimo** de esta cláusula contractual.

1.17. La **forma de pago del valor del contrato (cláusula sexta)** se pactó así: a) El 95%, con base en los cortes mensuales por obra ejecutada sobre tramos terminados y aceptados por el interventor en acta de recibo parcial, dentro de los 45 días calendario contados a partir de la radicación de la respectiva factura ante la contratante, y, b) El 5% restante, dentro de los 45 días siguientes a la radicación de la factura respectiva, previa suscripción del acta de recibo final sin observaciones de las obras.

Se estableció que los **valores en dólares** en las actas mensuales de recibo parcial de obra se liquidarían con base en la TRM del último día del mes de recibo de las obras consignadas en dichas actas, independientemente de la fecha de suscripción y de terminación de los proyectos (**parágrafo primero**).

Así mismo, respecto de las facturas de la porción en dólares, en caso de atrasos, se convino que la diferencia de cambio entre la fecha de firma del acta de recibo parcial y presentación de la factura, la asumiría el contratista (**parágrafo segundo**).

La liquidación parcial de obras se debía realizar con base en las cantidades recibidas en el mes correspondiente, multiplicadas por el valor unitario y la liquidación de los reajustes en actas independientes (**parágrafo tercero**).

El recibo de obras con observaciones menores se regula en cuanto a su reporte, pago y atención de tales observaciones por el contratista en el **parágrafo cuarto**.

En esta cláusula también se establece cuales son los requisitos que debe cumplir el contratista para radicar las facturas (**parágrafo quinto**) y su deber de proveer los fondos necesarios para que las obras no se paralicen durante la ejecución del contrato (**parágrafo sexto**).

1.18. Se pactó como **anticipo contractual** una suma equivalente al 20% sobre el valor neto del contrato (sin incluir IVA), con regulación de su forma de pago y anotación en el sentido de que el contratista debía iniciar obras aún sin anticipo (**cláusula séptima**).

Lo relativo a la amortización del anticipo, la posibilidad de anticipos adicionales y el no reajuste del anticipo se

regula en los **parágrafos primero a tercero** de esta estipulación.

1.19. Se pactaron intereses de mora sobre las sumas por concepto de anticipo no entregadas oportunamente al contratista (**cláusula octava**).

1.20. Como **plazo para la ejecución** de las obras se convino el término de ocho (8) meses, contado a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de obras (**cláusula novena**).

El **plazo** convenido **para el suministro de cuadrillas de construcción de redes y acometidas especiales** fue de siete (7) meses (**parágrafo primero**).

Durante el plazo del contrato se pactaron **plazos** para las ampliaciones de redes y canalizaciones (**parágrafo segundo**) y para la ejecución de acometidas (**parágrafo tercero**).

También se reguló lo relativo a los informes sobre avance de las obras (**parágrafo cuarto**), definición de fecha para entregas parciales (**parágrafo quinto**) y la entrega final de todas las obras contratadas (**parágrafo sexto**).

1.21. Las obligaciones especiales del contratista y de la entidad contratante se establecen, respectivamente, en las **cláusulas décima y undécima**.

1.22. Se constituye una **interventoría**, a la cual se encargan las funciones de vigilar la ejecución y el cumplimiento de los trabajos contratados y que actúa como representante de la contratante (**cláusula duodécima**).

1.23. En la cláusula **décima tercera** se estipula lo relacionado con inspecciones y pruebas de los trabajos contratados.

1.24. Los **ítems adicionales, las obras adicionales y las obras complementarias** se definen y regulan en las **cláusulas décima cuarta, décima quinta y décima sexta**, en su orden.

1.25. Se pactó que las **cantidades de obra y de materiales** cuya construcción y suministro son de cargo del contratista, son estimadas; por lo cual, pueden aumentar o disminuir durante la ejecución del contrato, sin que este hecho pueda motivar reclamación de aquel (**cláusula décima séptima**).

1.26. Los aspectos relacionados con la **dirección de la obra, los planos y especificaciones** para su ejecución, los **materiales y equipos** requeridos para su construcción, los **programas de trabajo y gráficos de avance de la obra**, el **acceso al sitio de la obra** por parte de la contratante y del interventor, el **uso de la obra**, su **protección**, así como la posibilidad de vinculación de **subcontratistas** y su régimen aplicable, se consagran y regulan en las **cláusulas décima octava a vigésima sexta**.

1.27. Se estipuló que los **daños** ocasionados durante la construcción de las obras a las **redes existentes** serían de cargo del contratista (**cláusula vigésima séptima**).

1.28. En las **cláusulas vigésima octava a trigésima primera** se establece lo relativo a **patentes y marcas, seguridad industrial, exclusión de relación laboral** entre la contratante y el personal del contratista y las **garantías** del contrato.

1.29. Como **cláusulas excepcionales al derecho común** se incluyen las de **caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales** y **sometimiento a las leyes nacionales**, las cuales se rigen en lo pertinente por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 (**cláusula trigésima segunda**).

1.30. Se pactó **cláusula penal moratoria (cláusula trigésima tercera)**, en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, en cuantía equivalente al 5% del valor presupuestado o liquidado de la obra (proyecto) demorada por cada semana de atraso, de acuerdo con el cronograma de trabajo; y, **cláusula penal compensatoria (cláusula trigésima cuarta)**, por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contratista y sin perjuicio de la anterior, en cuantía equivalente al 30% del valor del contrato, si el incumplimiento es total, o, proporcionalmente, si es parcial.

1.31. Como **término de duración del contrato** se estableció el de ocho (8) meses establecidos como plazo para la ejecución de las obras contratadas, contados desde la fecha de suscripción del acta de iniciación de obras, adicionado en dos (2) meses más, que es el plazo convencional para la liquidación del contrato (**cláusula trigésima quinta**).

1.32. Respecto de la **liquidación del contrato** se acordó que esta sería bilateral y se llevaría a cabo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acta de recibo final con observaciones de la obra (**cláusula trigésima sexta**).

1.33. Las partes fijaron como **domicilio contractual** la ciudad de Bogotá, D.C., (**cláusula trigésima séptima**) y acordaron suscribir un **acuerdo de confidencialidad** (**cláusula trigésima octava**).

1.34. Se pactó que **la cesión del contrato** por parte del contratista solo sería posible si previamente y por escrito se autorizaba por parte de la contratante (**cláusula trigésima novena**).

1.35. Se estableció que el valor del contrato se amparaba con el **certificado de disponibilidad presupuestal 2000.1226**, de fecha 6 de abril de 2000, expedido por la **ETB**, y que, suscrito el contrato, la contratante tramitaría y expediría la correspondiente **reserva presupuestal** e incluiría dentro de las siguientes vigencias fiscales a que hubiere lugar, el valor del contrato que se llegare a desarrollar en cada una de ellas (**cláusula cuadragésima**).

1.36. Por medio de una **cláusula especial** el contratista afirmó que ninguna persona al servicio de la contratante recibía beneficio con el contrato (**cláusula cuadragésima primera**); además, que no se encontraba incurso en ninguna de las **inhabilidades** establecidas en el ordenamiento vigente para celebrar y ejecutar el contrato (**cláusula cuadragésima segunda**).

1.37. Se convino que la **supervisión del contrato** se realizaría por conducto de la sección construcciones e interventoría de redes, que depende de la dirección de infraestructura operacional adscrita a la vicepresidencia de producción de la **ETB** (**cláusula cuadragésima tercera**).

1.38. El contratista asumió los gastos notariales causados por la **autenticación de su firma y el reconocimiento del contenido del contrato**, así como los **gastos** originados por concepto de pago de primas de las garantías que se obligó a constituir, por el aumento en el valor asegurado o por la ampliación de su vigencia, y por el pago del impuesto de timbre (**cláusulas cuadragésima cuarta y cuadragésima quinta**).

1.39. Como requisito para el **perfeccionamiento del contrato** se consagró el de la suscripción de las partes, sometiendo los derechos y obligaciones que surgen del mismo a condición suspensiva: perfeccionamiento por parte del contratista del contrato de fiducia mercantil de administración y garantía que se obligó a celebrar y su aprobación por la contratante (**cláusula cuadragésima sexta**).

1.40. Se pactó la **cláusula compromisoria** para resolver cualquier diferencia surgida entre las partes del contrato por causa de su celebración, interpretación, ejecución, terminación y liquidación, si previamente y en el término convenido para ello, tales diferencias no se resolvían a través de diversos mecanismos de arreglo directo, para lo cual también se fijó un procedimiento (**cláusula cuadragésima séptima**).

2. La contestación de la demanda.

En su escrito de contestación a la reforma de la demanda, la convocada para sustentar las razones de su defensa frente a los hechos planteados por la convocante en su escrito de reforma de demanda, se opone a las pretensiones principales y a las subsidiarias. Acepta como ciertos los fundamentos de hecho referidos por la demandante dentro del texto de su demanda rotulados bajo los numerales 1.1, 1.2, 1, 3, 1.5. Frente al hecho 1.6, afirma que es parcialmente cierto, y sobre los hechos 1.7 y 1.8 hace aclaraciones sobre los mismos.

Nuevamente frente a los hechos 1.9, 1.10, 1.11 y 1.12 al 1.40 afirma que son ciertos. Frente a los hechos 5.1 y 5.2 afirma son ciertos pero con algunas precisiones. Frente al hecho 5.3 que se refiere al tema de la “redistribución presupuestal contrato original 4200002703” hace las presiones que considera oportunas frente al alcance de los trabajos de redes y canalizaciones, objeto del contrato y afirma que las partes tenían conocimiento y convinieron

de manera expresa que las cantidades pactadas inicialmente podían aumentar o disminuir durante la ejecución del contrato, sin que se estableciera límite alguno a dicha disminución o aumento, ni se pudiera generar ningún tipo de reclamación por parte del contratista y que por lo tanto la ETB estaba facultada para efectuar la redistribución presupuestal de las actividades contratadas, conservando el valor estimado del contrato, reiterando que las obras que se encomendaron desarrollar a Ingelel S.A. estaban dentro del objeto contractual; es decir, el objeto no fue modificado ya que según la convocada, todas las obras encomendadas al contratista corresponden a construcción de redes y canalizaciones. Frente a otros hechos el apoderado de la convocada manifiesta que Ingelel S.A. nunca manifestó ni para la suscripción de la adición 1 ni en el desarrollo del contrato original, ni en la redistribución presupuestal, lo que indica en la demanda en relación con que ETB “modificó sustancialmente las condiciones inicialmente tenidas en cuenta por la contratista para la presentación de su oferta”. Acto seguido el apoderado de las convocadas dijo ser ciertos los hechos 5.5, 5.6, 5.7. Parcialmente ciertos los hechos 5.7.1, 7.7.2(sic), 5.7.3, 5.7.4. Frente al hecho 5.8 afirmó no ser cierta la apreciación de la convocante, frente al hecho 5.9 dijo en conclusión que los nuevos precios pactados en la adición 2 solo regirían para obras ejecutadas en desarrollo de dicha adición. Frente a los hechos 5.13 y 5.14, afirma ser ciertos. Por otro lado negó los hechos rotulados bajo los números 5.18, 5.19, 5.20 y 5.21.

V. Posición del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público en su escrito de alegatos de conclusión hace en primer término una relación sobre los hechos que a su criterio considera jurídicamente relevantes y que anteceden el proceso arbitral de la referencia, para luego en un segundo capítulo hacer una relación de las pretensiones, excepciones y argumentos centrales de las partes expuestas tanto en la demanda central como en su contestación. En un tercer capítulo denominado “Consideraciones constitucionales y legales del Ministerio Público e identificación de los problemas jurídicos” hace un estudio exhaustivo de lo que esa agencia considera como los problemas jurídicos existentes dentro del contexto de las pretensiones y excepciones de las partes, así como del material probatorio allegado al expediente los cuales plantea a *grosso modo* así: el primero de los problemas jurídicos radica en determinar, en esencia si el numeral 2.7 de los términos de referencia, y la cláusula décima séptima del contrato adolecen de nulidad absoluta, tal como lo solicita la convocante, o, si por el contrario, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones de derecho privado de las partes, sin vicios de consentimiento, pueden introducir acuerdos de esa naturaleza; resuelto lo anterior, esto es, la nulidad o no, de los términos de referencia y de la cláusula contractual. El segundo de los problemas jurídicos consiste en establecer si de efectuarse modificaciones a las cantidades de obra estimadas, sin salirse del objeto del contrato, ello puede constituir alguna de las hipótesis que den lugar al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato a la luz de las normas que regulan la materia en el ordenamiento jurídico privado —Código Civil y Código de Comercio—.

A continuación y antes de resolver los problemas jurídicos que se plantea el agente del Ministerio Público, entró a analizar el marco conceptual de la contratación estatal de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y hace una introducción sobre el tema de los alcances de la actividad contractual del Estado, empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, Ley 142 de 1994. Luego en un capítulo final que denominó “Solución de los problemas jurídicos por parte del Ministerio Público”, trata sobre el primero de los problemas —el principio de la autonomía de la voluntad y las nulidades contractuales— y sobre el segundo de los problemas jurídicos —el desequilibrio económico del contrato, el *ius variandi* y la teoría de la imprevisión—. Por último analiza las pretensiones subsidiarias de la demanda a la luz del abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa, para concluir que no existe fundamento alguno que respalde las pretensiones de la convocante, en particular la primera, segunda y tercera principales, pide que no se atiendan las mismas y en consecuencia que se condene en costas a la demandante.

VI. Consideraciones del tribunal

6.1. Competencia del tribunal para conocer del presente proceso.

Del resumen hecho por el tribunal en líneas anteriores (capítulo de antecedentes), fluye con claridad que la parte convocante solicita al tribunal la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula 2.7 de los términos de referencia correspondientes al proceso de contratación directa 2000001970 de 2000, así como la de la cláusula décima

séptima del contrato 4200002703 del 28 de abril de 2000 suscrito entre la sociedad convocante y la entidad convocada (pretensiones primera y segunda principales).

La entidad convocada no solo se opone a la prosperidad de esas pretensiones, sino que al responder la reforma de la demanda plantea la incompetencia del tribunal para ocuparse en el análisis de dichos pedimentos y, además, en sus alegatos de conclusión manifiesta, a título de “advertencia preliminar”, que solo bajo el entendido de que el tribunal no acogiese las razones expuestas en el mencionado escrito sobre tal particular, procedía a presentar argumentaciones que jurídicamente, contribuyen —a su modo de ver— a despachar desfavorablemente a la actora las pretensiones en tal sentido formuladas.

Sobre el particular, el señor agente del Ministerio Público formula una serie de importantes planteamientos (a páginas 13-29 de su concepto de fondo), que sintetiza diciendo que esa agencia “no encuentra razón o motivo para concluir que las disposiciones de los términos de referencia y del contrato mismo, mediante los (sic) cuales se permite a la ETB definir las cantidades de obra y de suministro durante la ejecución del contrato y de acuerdo a las necesidades reales y técnicas, así como la imposibilidad del contratista de no hacer reclamo alguno por ello, son nulas, puesto que las mismas no atentan contra el orden público, la moral o las buenas costumbres y, por el contrario, dichas disposiciones son connaturales al objeto del contrato”. Apunta, además, que la parte convocante se abstuvo de precisar la causa o causales de nulidad de las disposiciones acusadas, situación que lo conduce a considerar que ello se debe a la inexistencia objetiva de motivos que permitan arribar a esa conclusión. Termina solicitando que el tribunal despache desfavorablemente a la parte convocante las pretensiones primera y segunda principales de la demanda y que se la condene en costas.

En orden a resolver este aspecto, el tribunal considera:

El tribunal ha de destacar, en primer término, que el señor apoderado de la entidad convocada propuso la excepción de incompetencia del tribunal para pronunciarse respecto de las dos primeras peticiones principales de la demanda, pues considera que ellas no pueden formar parte del “*thema decidendum*”. Arguye que a los árbitros solo les es dable resolver las controversias que de manera taxativa se enuncien en el pacto arbitral y no más de ello. En el caso presente, arguye, de conformidad con la cláusula compromisoria pactada, que las únicas controversias que pueden ser objeto de conocimiento y resolución por parte del tribunal son las que se susciten con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato “mas no las que se refieren a la validez de las cláusulas pactadas, teniendo que dirigir su competencia a otra jurisdicción”.

El tribunal entrará a fijar su posición respecto de la alegada incompetencia, pues del sentido de las conclusiones a que arribe dependerá si el presente laudo será inhibitorio respecto de las dos primeras pretensiones principales formuladas por la convocante o, por el contrario, de mérito, esto es, estimatorio o desestimatorio de tales pretensiones.

Ya el tribunal tuvo oportunidad de fijar su posición respecto de su competencia para conocer del proceso (acta de declaratoria de competencia, número 3 de fecha 12 de octubre de 2005). Ello no obstante, considera conveniente reiterar en este laudo sus puntos de vista sobre la materia, con fundamento en las siguientes consideraciones adicionales:

1. La doctrina sentada en laudos arbitrales⁽¹⁾ y la sostenida por autorizados tratadistas nacionales⁽²⁾ concuerdan en sostener que no obstante que los árbitros derivan su competencia de la Constitución Política, de la ley y de la habilitación de las partes, plasmada en el pacto arbitral, ellos están llamados a decidir las controversias sometidas a su consideración como verdaderos jueces, a pesar de la transitoriedad de sus funciones. Siendo, entonces, verdaderos jueces, aunque cumplan funciones transitorias, los árbitros tienen los mismos poderes, facultades y responsabilidades que la Constitución y la ley consagran para los jueces que integran el aparato jurisdiccional del Estado.

2. Dentro de los poderes y facultades que la ley confiere a los jueces que conforman la justicia dispensada por el Estado, se encuentra el de pronunciarse, de oficio, a solicitud de parte o a instancias del Ministerio Público, sobre la validez o invalidez de los contratos celebrados bien entre particulares o entre estos y las entidades estatales, y no existe razón jurídica válida que permita sostener, fundadamente, que los árbitros están privados de tal atribución.

3. Por el contrario, la jurisprudencia de nuestros más altos organismos jurisdiccionales como el Consejo de Estado, han tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular. Así, en providencia de fecha 14 de agosto de 2003, (Exp. 24.344) la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicha alta corporación puntualizó:

“La Constitución de 1991 facultó expresamente a los particulares para administrar justicia, en forma transitoria, en calidad de árbitros o conciliadores, con capacidad para dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispusieran, de acuerdo con las prescripciones señaladas por la ley. En efecto, el artículo 116 de la Constitución Política establece: (...)

“A partir de la norma transcrita, la Corte Constitucional ha concluido que la justicia arbitral tiene unos límites establecidos por la misma Carta Política (...) Es, pues, el legislador quien está constitucionalmente habilitado para establecer las reglas necesarias al desarrollo de la justicia arbitral. El, en tanto órgano de representación popular, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 150 de la Constitución y facultado por el constituyente (art. 116, inc. final de la Constitución), es quien puede señalar los asuntos que, por su naturaleza, deben quedar excluidos del conocimiento y decisión de los árbitros (...).

“Por consiguiente, si bien el constituyente autorizó que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en calidad de conciliadores o árbitros y que estos últimos puedan dictar fallos en derecho o equidad, también dejó en manos del legislador el establecimiento de límites al poder habilitante de las partes (...).”

4. Luego de transcribir lo que dispone el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, la providencia en cita agrega:

“La norma transcrita, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los tribunales de arbitramento; en efecto, **estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas (...)** nos encontramos, en este caso, frente a una **norma especial que, al establecer, de manera expresa, la competencia de los tribunales de arbitramento, debe ser aplicada y respetada.** Adicionalmente, la Sala considera pertinente señalar que la facultad de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez del contrato ha sido reconocida también en las normas internacionales...” (resalta el tribunal).

5. Es del caso anotar, de otra parte, que la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, también dejó claramente establecido que los árbitros están facultados por la ley para pronunciarse sobre la validez o nulidad de los contratos respecto de los cuales se susciten controversias entre las partes que los celebraron, y cuyo conocimiento sea confiado a los tribunales de arbitramento en virtud de pactos arbitrales (cláusulas compromisorias o contratos de compromiso), así en ellos no se haya pactado expresamente esa facultad, en virtud del principio de la autonomía de la cláusula compromisoria que el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 consagró expresamente. Sobre el particular resulta provechoso consultar la sentencia C-248 de 1999 de la honorable Corte Constitucional.

6. Así las cosas, tiénese que el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 permite sostener válidamente que no existe contradicción entre las disposiciones legales que determinan la naturaleza transigible de la materia arbitrable y la facultad de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre la validez o nulidad de los contratos.

7. Los árbitros, asimilados por la legislación a los jueces, están dotados de los mismos poderes, deberes y responsabilidades, por lo cual han de tener la facultad de declarar la nulidad absoluta de los contratos por cualquiera de las causales determinadas en la ley.

8. En cuanto al alcance de la cláusula compromisoria, contenida en la cuadragésima séptima del contrato 4200002703 del 28 de abril de 2000 que, según parece sugerirlo la convocada, no incluyó la nulidad contractual como materia arbitrable, ha de decirse por el tribunal que los asuntos relativos a la validez y nulidad del contrato, sea ella total o meramente parcial, no tienen que estar expresamente determinados en una cláusula compromisoria para hacer parte de la materia arbitrable, puesto que el estudio de la validez o nulidad de un contrato hace parte de las funciones oficiosas del juez.

9. Baste considerar, a este propósito, que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como quedó modificado en virtud de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, relativo a las “controversias contractuales” originadas en contratos estatales, permite a cualquiera de las partes de un contrato estatal formular la petición de que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, y que en un inciso especial agrega que “[E]l Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta” y añade que el juez administrativo podrá declararla oficiosamente si aparece plenamente demostrada en el proceso, puntualizando que tal declaración solo podrá hacerse si en el proceso intervienen las partes contratantes o sus causahabientes. En ese orden de ideas, no se vislumbra razón alguna que impida que a la pretensión que busca la declaratoria de existencia de un contrato pueda oponérsele la de nulidad del mismo, de manera que un tribunal arbitral, como todo juez, puede pronunciarse sobre ambos extremos.

10. Así, pues, la legislación vigente faculta a los particulares, en su condición de árbitros para pronunciarse sobre la validez y la nulidad de los contratos.

11. Conviene precisar que el tribunal, al decidir pronunciarse sobre las pretensiones de nulidad absoluta de las disposiciones a que se refieren las súplicas primera y segunda principales de la demanda, no está permitiendo transacción alguna sobre la nulidad por objeto ilícito de todo o parte del contrato que vinculó a las partes, sino avocando el estudio del tema para declarar si existe o no la alegada nulidad, previa confrontación de las disposiciones impugnadas con las normas de orden público que rijan al respecto y su sometimiento a ellas.

12. Por lo que hace al alcance de la cláusula compromisoria, si bien el tribunal reconoce que los temas que se defieren a conocimiento de los árbitros deben estar pactados, ha de advertir que las funciones propias de quien administra justicia, no requieren estar incluidas expresamente en la cláusula compromisoria, pues —se reitera— la ley colombiana vigente es clara en facultar a los árbitros, como particulares investidos transitoriamente de la alta misión de administrar justicia, para pronunciarse respecto de la validez o nulidad de los contratos de donde emanan las diferencias que las partes les someten a su decisión.

13. Ha de ponerse de presente igualmente, en cuanto concierne a las observaciones formuladas por el señor agente del Ministerio Público, que en ellas no se discute la competencia de este tribunal para conocer y decidir las pretensiones relativas a la nulidad absoluta de las disposiciones de los términos de referencia y del contrato. Por el contrario, de sus planteamientos bien puede deducirse que para el colaborador fiscal el tribunal puede y debe ocuparse en su estudio de mérito, pues explícitamente pide despachar desfavorablemente a la convocante las pretensiones primera y segunda principales de su demanda.

14. Y en cuanto a la argumentación de tipo procesal esgrimida por el señor apoderado de la entidad demandada en su escrito de respuesta a la reforma de la demanda bajo el rubro de “Consideraciones Preliminares”, según la cual y con fundamento en lo que dispone el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, la declaratoria de competencia que el tribunal pronunció el día 12 de octubre de 2004 solo tuvo en cuenta las pretensiones contenidas en la demanda original y no las nuevas que aparecen formuladas en el escrito de reforma de la demanda integrada, que no estaban contenidas en aquella, por lo cual la declaratoria de competencia proferida en el auto del 12 de octubre de 2004 no cobijó las nuevas pretensiones formuladas en el escrito de reforma de la demanda, conviene expresar que se trata de una conducta legítima de la parte convocante, amparada por lo que disponen los artículos 89 y 428 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos arbitrales por mandato expreso del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, normas que el tribunal no desconoció. Por el contrario, las acató plenamente y de la nueva demanda corregida corrió el traslado de rigor a la entidad convocada, la cual dispuso del término señalado por la ley para darle respuesta, actuación con la cual se garantizó a la ETB sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, sin que por ello se afectara en lo más mínimo la competencia del tribunal.

15. Bastan, en opinión del tribunal, las consideraciones que anteceden para no acceder a los planteamientos formulados por el señor apoderado de la entidad convocada, relativos a la falta de competencia del tribunal para conocer de las pretensiones de nulidad absoluta enderezadas por la sociedad convocante contra las estipulaciones contenidas en el punto 2.7 de los términos de referencia y la cláusula décima séptima del contrato 4200002703 del 28 de abril de 2000 celebrado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, de una parte y la

sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. Ingelel S.A.” de la otra, y considerar que en virtud de la Constitución y las leyes, este tribunal tiene plena competencia para abocar el estudio de las mencionadas pretensiones de la demanda formulada por la sociedad convocante.

Definido, así, el punto concerniente a la competencia que ostenta el tribunal para conocer de la totalidad de los extremos que conforman la controversia sometida a su consideración, estima el tribunal que es punto de la mayor trascendencia para efectos de la decisión que habrá de adoptar, adentrarse en el análisis de dos aspectos fundamentales, íntimamente vinculados entre sí, cuales son, de una parte, el de la naturaleza jurídica del contrato 4200002703, suscrito el día 28 de abril de 2000 entre la entidad convocada y la sociedad convocante, puesto que sobre el particular, como se verá, las partes sostienen posiciones encontradas y, de otra, el régimen jurídico aplicable al citado acuerdo de voluntades.

6.2. Naturaleza y régimen legal del contrato 4200002703 de 2000.

Definido, así, el punto concerniente a la competencia que ostenta el tribunal para conocer de la totalidad de los extremos que conforman la controversia sometida a su consideración, estima el tribunal que en orden a resolverla, son puntos de capital importancia los consistentes en determinar la naturaleza del contrato que vinculó a las partes y el régimen legal a que el mismo se sujeta. Al efecto, son pertinentes las siguientes consideraciones:

1. A partir de la promulgación de la Ley 80 de 1993 entraron a regir, entre otras disposiciones, sus artículos 33 a 38, ambos inclusive. De esas normas, para los efectos de este laudo, importa destacar lo que dispone el artículo 38. Dice así el precepto en mención:

ART. 38.—Del régimen especial para las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones. Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley.

Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.

Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley” [negrilla del tribunal].

2. Ante el texto transcrito, cabe formularse dos interrogantes fundamentales, que corresponden al supuesto fáctico contemplado por la ley para su aplicación. De una parte ¿es la ETB una “entidad estatal”? De otra parte, ¿tiene la ETB por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones?

A) ¿Es la ETB una “entidad estatal”?

La respuesta a este interrogante la brinda la propia Ley 80 de 1993, que en su artículo 2º, al elaborar el listado de las denominadas entidades estatales, para efectos de trazar el ámbito de aplicación del estatuto de contratación desde el punto de vista subjetivo, incluyó dentro de ellas y entre otras muchas, no solo a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tuviese participación superior al cincuenta por ciento (50%), sino a **“las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”** (resalta el tribunal).

La página web⁽³⁾ de la ETB suministra clara información respecto de la forma en que está integrado su capital. Su accionista mayoritario es el Distrito Capital de Bogotá, con una participación porcentual del 86,6360%; la Universidad Distrital posee una participación equivalente al 1,7680% y otras entidades pertenecientes al Distrito (la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, S.A. ESP, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá —IDU y la Lotería de Bogotá) ostentan participaciones minoritarias inferiores al 1%. Así las cosas, la entidad convocada es una persona jurídica en cuyo capital existe una

participación pública mayoritaria, perteneciente a la órbita del nivel distrital.

Esas solas circunstancias bastan, a juicio del tribunal, para considerar que la “Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. ESP”, para la fecha de celebración del contrato 4200002703 (28 de abril de 2000), era una entidad estatal, a términos de la mencionada Ley 80. Ello determina, a su vez, en el presente caso, la calificación de estatal del referido contrato, pero regido por el derecho privado, con las salvedades a que más adelante se hará referencia.

B) ¿Tiene por objeto la ETB prestar servicios y actividades de telecomunicaciones?

Es este un punto que no ha sido objeto de debate por las partes involucradas dentro del presente proceso. Se acepta, entonces, pacíficamente que la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. ESP es una entidad cuyo objeto primordial consiste en la prestación del servicio público de telefonía básica conmutada a los suscriptores de sus servicios que habiten, residan o desarrollen sus actividades comerciales o industriales en jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá.

Es hecho público y notorio, además, que la ETB presta servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional a través de las líneas 07 y 007 y, así mismo, que promociona y publicita la suscripción a otros servicios complementarios o de valor agregado, tales como el de internet de banda ancha.

Así las cosas, se reúnen en cabeza de la entidad convocada los supuestos de hecho que permiten hacerle aplicable la disposición contenida en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 arriba transcrita, y muy particularmente lo dispuesto en su primer inciso.

¿Es el contrato 4200002703 de 2000 un “contrato estatal”?

Para dar respuesta a este interrogante, el tribunal estima pertinentes las siguientes consideraciones⁽⁴⁾.

1. Con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, los estatutos que habían regulado la contratación de las personas de derecho público (D.L. 150/76 y 222/83), a tono con lo que disponían los ordenamientos que regulaban la estructura y funciones de la administración pública (D.L. 1050 y 3130/68), utilizaron tres criterios fundamentales para la clasificación de los contratos de la administración pública, a saber:

(i) el llamado “criterio orgánico”, determinado por la presencia, en uno de los extremos de la relación contractual, de una persona de derecho público;

(ii) el criterio legal, conforme al cual eran administrativos los contratos que la ley calificara como tales, y

(iii) el de la presencia de las denominadas “cláusulas exorbitantes”, definidas como aquellas que no era dable pactar en contratos sometidos al derecho común (civil o comercial), porque implicaban el ejercicio de potestades propias del poder público del Estado, tales como las de modificación, interpretación y terminación unilaterales del contrato y, principalmente, la cláusula de caducidad administrativa del vínculo contractual.

Los citados estatutos de contratación estatal anteriores a la Ley 80, distinguían, también, entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, distinción que dio lugar, a su vez, a una dicotomía sobre la competencia para conocer de los litigios que se suscitaban en torno a las dos figuras contractuales, puesto que las que surgieran respecto de los primeros, eran siempre de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que, en cuanto a los segundos, se acudía a la presencia dentro de sus estipulaciones, de las llamadas “cláusulas exorbitantes al derecho común” y, fundamentalmente, a la de caducidad administrativa del vínculo contractual. Así, si en un contrato de derecho privado de la administración aparecían consagradas tales cláusulas, ese solo hecho determinaba que la competencia para conocer de las controversias que se suscitaban en torno a un contrato de esa clase, correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al paso que si el contrato no contenía dentro de sus estipulaciones cláusulas de ese linaje, la competencia para conocer de las diferencias a que el contrato diera lugar, correspondía a la justicia ordinaria. En otros términos: se consagraba una especie de regla matemática, así: estipulaciones propias del derecho público = competencia del juez administrativo; estipulaciones de derecho privado = competencia del juez ordinario.

No pocas dificultades de interpretación y controversias, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial suscitó el sistema que, a grandes rasgos queda expuesto, particularmente en lo concerniente a los contratos que celebraban las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación preponderante en su capital de aportes de la nación, los departamentos y los municipios.

2. La Ley 80 de 1993 puso fin al mencionado sistema y acabó con las mencionadas dificultades interpretativas, confrontaciones de la doctrina e incertidumbres de la jurisprudencia, cuando optó por unificar, bajo el nombre de “contratos estatales”, todos “los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”, según lo dispone su artículo 32. Y “las entidades a que se refiere este estatuto” no son otras que las mencionadas en los literales a) y b) del numeral 1° del artículo 2° de la propia ley⁽⁵⁾, donde se engloba prácticamente la totalidad del aparato estatal colombiano, solución que acabó con el criterio de las cláusulas exorbitantes como caracterizadoras de los contratos de la administración pública, pues optó claramente por privilegiar el denominado “criterio orgánico” como elemento distintivo de la existencia de los que, en adelante denominó “contratos estatales”, pero sin alterar en lo fundamental su esencia y características. Aún más: de conformidad con el primer inciso del artículo 75 de la misma ley, y sin perjuicio de lo previsto en los artículos de la propia ley relativos al arreglo directo por las partes o a través de mecanismos alternativos de solución de las controversias originadas en contratos estatales — arbitramento en derecho o técnico— “el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, será el de la jurisdicción contencioso—administrativa”, disposición con la cual el legislador de 1993 resolvió, en forma nítida y contundente, las dudas que en cuanto a la dualidad de competencias suscitaba el régimen legal que antecedió a la Ley 80 de ese año.

3. De conformidad, pues, con lo establecido en la Ley 80 de 1993, para determinar si un contrato reviste o no la calidad de “estatal”, se adoptó como criterio de connotación el de la presencia en uno de los extremos de la relación negocial de una de las entidades estatales mencionadas en el artículo 2° de la ley y, a la vez, se designó como juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales al de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 75, ibídem), sin perjuicio, claro está, de la operancia de los mecanismos alternativos de solución de tales controversias (arreglo directo, arbitramento en derecho, arbitramento o pericia técnicos), en los términos de los artículos 68 a 74 de la citada ley.

4. Como consecuencia de la vocación de universalidad que el legislador de 1993 quiso darle a la Ley 80, claramente explicada en la exposición de motivos que acompañó al proyecto que luego devendría en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como del propósito unificador del criterio del “contrato estatal” adoptado en la mencionada ley y de la concentración en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la competencia para conocer de las controversias que se suscitaban en torno de dichos contratos, es preciso concluir que a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, la circunstancia de que un determinado contrato se rija, en cuanto al régimen de su formación, celebración y ejecución, así como en lo concerniente al régimen de las obligaciones que de él emanan, por las normas del derecho privado, no implica que quede sustraído al sometimiento a las reglas y principios contenidos en la citada ley, ni que las controversias que se susciten en torno al mismo dejen de ser competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo claro está, que una disposición legal prevea en forma expresa lo contrario o que, en cuanto a solución de controversias, las partes hayan acordado o acuerden, en su debida oportunidad, un pacto arbitral como es el caso del contrato que dio lugar a la convocatoria y funcionamiento de este tribunal.

5. El Consejo de Estado, por conducto de la Sección Tercera de su Sala de lo Contencioso Administrativo ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con los temas que se vienen desarrollando, en una serie de providencias que, sin duda, muestran una clara orientación jurisprudencial constante y reiterada. Así, ha dicho⁽⁶⁾:

“Como ya lo ha expresado la corporación, mediante la Ley 80 de 1993, la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, se encuentran “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, así

como los que, a título enunciativo, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial, o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de autonomía de voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vaya contra ley o derecho ajeno. Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual, el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: estos se constituyen en frentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en cuáles dicha inclusión es meramente facultativa de la entidad pública, y en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc. Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública al cual, por virtud del artículo 32, numeral 5° del estatuto contractual, “le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil”, en cuanto sean compatibles con dicho estatuto. Lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado en materia social y económica está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y eficaz que no podría producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones del derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos. En consecuencia, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que esta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral).

(...).

“A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales: 1. Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa. 2. Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo antes referido. De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría de “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales”.

6. Agrégase a lo anterior la circunstancia peculiar que se presenta en el contrato que el tribunal analiza, consistente en la inclusión obligatoria, según reza su cláusula trigésima segunda, de las cláusulas excepcionales al derecho común, de caducidad, de terminación, modificación e interpretación unilaterales y de sometimiento a las leyes nacionales, en virtud de que como lo expresa la citada cláusula, el objeto del contrato “está relacionado con la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada “en el área de influencia de la entidad convocada, y su eventual incumplimiento podría acarrear la interrupción de tal servicio público. Aún más: explícitamente se expresó en dicha cláusula que todo lo concerniente a las mencionadas cláusulas excepcionales se regiría, en lo

pertinente, por la Ley 80 de 1993. Una estipulación de tal naturaleza, mutuamente consentida y plasmada en el acuerdo convencional que las partes acordaron suscribir para regular sus mutuas relaciones obligatorias, conduce al tribunal a reafirmar su convicción —ya expresada— en el sentido de que el contrato materia de esta litis, es un contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993, a pesar de regirse, en cuanto a su celebración y al régimen de los derechos y obligaciones que de él emanan para las partes que lo celebraron, por el derecho privado.

7. Como conclusión de todo lo expuesto en este acápite, no cabe duda alguna al tribunal respecto de la categorización del contrato 4200002703 como uno de los “contratos estatales” regulados por la Ley 80 de 1993, no obstante que en cuanto a los requisitos para su existencia y validez y en lo concerniente al régimen de las obligaciones que de él emanan para las partes que lo celebraron, esté regido por las normas del derecho privado⁽⁷⁾.

8. Para mayor abundamiento, el tribunal considera del caso poner de presente cómo la Corte Constitucional, en la sentencia mediante la cual decidió la acción pública de constitucionalidad intentada por un ciudadano contra varias disposiciones de la Ley 142 de 1994⁽⁸⁾ puso de presente que la circunstancia de que el artículo 31 de dicha ley hubiese entregado a las normas de derecho privado lo relativo a la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, no implicaba que los **servidores públicos** al servicio de dichas entidades pudiesen desempeñar sus cargos sin apego a los principios rectores de la contratación estatal (transparencia, responsabilidad y economía entre otros), según lo alegaba el demandante, pues precisó que **“los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los arriba enunciados”**, sino todos los establecidos en el título preliminar de la Ley 142 de 1994, con lo cual y en sentir del tribunal, dejó sentado la Corte que los principios fundamentales consagrados por la Ley 80 de 1993 —y el del mantenimiento del equilibrio económico de los contratos es uno de ellos— se aplican por igual a la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas.

9. Dentro del mismo orden de ideas, cabe señalar que la misma Corte Constitucional, en sentencia que decidió una acción de tutela interpuesta contra un tribunal de arbitramento en el que la parte convocante era la ETB, expresó que el “superior funcional” de los tribunales de arbitramento era el Consejo de Estado. Respaldó la Corte su conclusión en las siguientes consideraciones:

“Corresponde a la Corte determinar quién es el superior funcional del tribunal de arbitramento contra el cual se interpone la presente tutela. Para tal fin es necesario tener en cuenta la naturaleza del asunto que habla sido sometido a consideración del tribunal. **El caso trata los presuntos perjuicios derivados de un contrato de naturaleza estatal suscrito entre ETB y Radiotrónica para el cubrimiento de unas redes de prestación del servicio público de telefonía.** Así las cosas, si se quisiera pedir su anulación —única medida correctora del laudo que eventualmente hubiera proferido el tribunal de seguir conociendo del asunto— quien se podría considerar como superior funcional sería el Consejo de Estado.

Esta afirmación se deriva de lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 con respecto a la competencia para conocer del recurso de anulación de laudos arbitrales que estudien de controversias derivadas de contratos estatales”⁽⁹⁾ (negritas del tribunal).

Así las cosas, no cabe duda alguna al tribunal respecto de que el contrato objeto de la controversia que está llamado a decidir, no obstante estar regido por el derecho privado en cuanto a los requisitos de su celebración y al régimen de las obligaciones que de él emanan para las partes que lo celebraron, es, para utilizar la terminología empleada por el Consejo de Estado, un “contrato estatal especial”, al cual se aplican los principios básicos de la contratación de las entidades estatales contenidos en la Ley 80 de 1993, entre ellos el del mantenimiento de su equilibrio económico, a que hacen referencia disposiciones tales como las contenidas en los artículos 4º numeral 9º, 5º numeral 1º, 14 numeral 1º, 25 numeral 14 y 27 de la mencionada ley. Además, y por estipulación expresa de las partes, a él son aplicables las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral y la de caducidad, tal como quedó expresado precedentemente.

6.3. Examen de las pretensiones de la demanda.

El tribunal abordará, a continuación, el estudio de cada una de las pretensiones de la demanda de Ingelel, tal como quedaron formuladas en el escrito de reforma integrada del libelo. Examinará igualmente las excepciones de

mérito propuestas por la entidad convocada en sus escritos presentados durante el trámite del presente proceso, salvo la de falta de competencia del tribunal para conocer de las pretensiones que buscan la declaratoria de nulidad absoluta de las estipulaciones contenidas en el punto 2.7 de los términos de referencia y en la cláusula décima séptima del contrato materia de esta controversia, toda vez que ya se pronunció sobre el particular en aparte precedente de este laudo.

6.3.1. Las pretensiones de nulidad absoluta.

Se enderezaron por la sociedad convocante contra las estipulaciones contempladas en el punto 2.7 de los términos de referencia que sirvieron de base a la celebración del contrato 4200002703 y contra la cláusula décima séptima del mencionado contrato. Dicen así las estipulaciones impugnadas:

Punto 2.7 de los términos de referencia:

“(…) las cantidades de obra son estimativas para los efectos de la presente solicitud de cotización de ofertas, y podrán cambiar, aumentando o disminuyendo en el desarrollo del contrato, obteniéndose como cantidades finales las que se midan sobre la obra ejecutada, aceptada y recibida a satisfacción por la interventoría sin que el contratista tenga derecho a reclamación alguna por la variación en las cantidades de obra. La empresa podrá ordenar modificaciones a las cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos”.

En la cláusula décima séptima del contrato 4200002703 se pactó que

“(…) Las cantidades de obra que debe construir el contratista, y de materiales que suministrará (...) son solo estimadas, y, por lo mismo, podrán aumentar o disminuir durante la ejecución del mismo sin que este hecho pueda dar motivo a reclamación alguna por parte del contratista, y las cantidades reales serán las que resulten de la medición de la obra ejecutada, y de los materiales suministrados, previa aceptación y recibo de los mismos por la interventoría”.

A juicio de la sociedad convocante tales estipulaciones adolecen de nulidad absoluta, y al respecto expresa:

- a) El punto 2.7 de los términos de referencia, en tanto hace parte integrante del contrato 4200002703 y sus adicionales, es nulo en cuanto (i) a la potestad que se otorgó a la ETB para ordenar unilateralmente, a su arbitrio, modificaciones en las iniciales cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos objeto del contrato, esto es, las determinadas, establecidas y tenidas en cuenta para la presentación de la propuesta y para la celebración del contrato y (ii) en cuanto a la limitación e impedimento que se impuso a quien ostentara la calidad de contratista, para reclamar compensaciones e indemnizaciones por causa de las modificaciones en las iniciales cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos objeto de la contratación, bien cuando tales modificaciones resulten por haber sido ordenadas por la ETB, unilateralmente y a su arbitrio, bien cuando tales modificaciones, siendo sustanciales, resultaren de la normal ejecución de los trabajos contratados.
- b) La cláusula décima séptima del contrato 4200002703 lo es en cuanto lo en ella pactado sobre la limitación e impedimento que se impuso a quien ostenta la calidad de cocontratante particular, para reclamar compensaciones e indemnizaciones por causa de las modificaciones en las iniciales cantidades de obra por ejecutar en desarrollo de los trabajos objeto de la contratación, en uno cualquiera de los siguientes supuestos: (i) cuando tales modificaciones resulten por haber sido ordenadas por la ETB, unilateralmente y a su arbitrio, y (ii) cuando tales modificaciones, siendo sustanciales, resulten de la normal ejecución de los trabajos contratados.

La entidad convocada se opone a la prosperidad de las pretensiones que se estudian, con argumentos que el tribunal resume así:

1. Las disposiciones objeto de impugnación fueron conocidas por la sociedad convocante no solo con ocasión del proceso de contratación directa que culminó con la adjudicación a ella y consiguiente celebración del contrato 4200002703 de 2000, sino desde antes, cuando participó, como miembro de una unión temporal, en la licitación que la ETB había abierto y que culminó con la celebración del contrato, 4200000855 entre la ETB y la sociedad “Radiotrónica S.A.” cuyo objeto era idéntico (la construcción de redes de telecomunicaciones), el cual hubo de ser caducado por incumplimiento de la firma contratista, declaratoria esta que abrió paso al mencionado proceso de

contratación directa;

2. Tales disposiciones estaban prefijadas desde el inicio mismo del contrato, sin que hubiesen sido objetadas o tachadas de nulas por “Ingelel”;

3. La empresa estaba facultada para efectuar la redistribución presupuestal de las actividades contratadas, conservando el valor estimado del contrato. Las obras que se encomendó desarrollar a Ingelel estaban dentro del objeto contractual, de modo que este no fue variado pues todas las tareas encomendadas al contratista corresponden a la construcción de redes y canalizaciones;

4. Si bien es cierto que la ETB conoce de antemano que existen necesidades de efectuar ampliaciones y acometidas, no lo es menos que no conoce previamente la totalidad de los proyectos que han de ejecutarse en desarrollo de cada contrato que celebre. Tales proyectos se van definiendo paulatinamente según **las necesidades de la empresa** con base en la demanda de líneas por los usuarios en los diversos sectores, la incidencia que sobre tales proyectos tenga la competencia y los cambios tecnológicos que se presentan en el área de las telecomunicaciones. Por tales razones, ETB siempre ha indicado claramente en los pliegos de condiciones, términos de referencia y contratos que celebra, que las cantidades indicadas en los presupuestos de obras y en el contrato son meramente **estimadas** y que no acepta las variaciones de estas, circunstancia que ha de ser tomada en consideración por los oferentes al presentar sus propuestas;

5. Tales condiciones son contractualmente lícitas, fueron aceptadas y tenidas en cuenta por los posibles oferentes y el propio contratista favorecido con la adjudicación del contrato. En tales condiciones no puede señalarse, ahora, que esa forma de estipulación o acuerdo convencional es nula, a lo cual es preciso agregar que la pretensión de nulidad absoluta no aparece soportada en ninguna norma atinente al régimen de las nulidades;

6. Las disposiciones tachadas de nulas no vulneran principios de derecho ni normas imperativas reguladoras de la contratación.

El agente del Ministerio Público sobre el particular expone, en síntesis:

1. En contratos como el celebrado entre la convocante y la convocada, y hecha abstracción de la facultad de introducir modificaciones al contrato en ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral, el contratista debe ser consciente de que el contenido del objeto contractual puede sufrir variaciones aun sin mediar su consentimiento y debe ser especialmente diligente al momento de prestar su consentimiento para celebrar contratos que se caracterizan por ser de aquellos en que, por su naturaleza, la cuantificación definitiva y precisa de los componentes prestacionales se deja a posterior momento;

2. La disposición contractual en cuya virtud se faculta al contratante para efectuar modificaciones dentro del ámbito del objeto contractual, es perfectamente admisible en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y no es ajena a que, en su interpretación, prime la buena fe;

3. Analizado el objeto del contrato puede concluirse que el que celebraron las partes está compuesto por elementos correspondientes a diversos tipos contractuales: el de suministro es uno de ellos, pero este está enmarcado en el de obra y ha de tenerse en cuenta que aquel existe para este. Así, en tanto el de obra lo demande, el suministro deberá efectuarse, porque la finalidad del suministro es la realización de la obra;

4. La prestación más importante del contrato 4200002703 de 2000 no es el suministro sino la “construcción de redes de telecomunicaciones”, tal como lo señalaron los términos de referencia y lo consagra la cláusula primera del contrato. La función económica del contrato, claramente convenida por las partes, no era otra distinta al resultado comprendido por la construcción de redes de telecomunicaciones. Ese era, entonces, el interés general que debía satisfacerse con la ejecución del contrato;

5. La celebración de contratos de obra a precios unitarios, como el debatido, supone que la real configuración prestacional se enmarque dentro del objeto contractual. La mayor o menor cantidad de obra es, simplemente, una extensión de la prestación debida, sin que ello signifique modificación del objeto del contrato;

6. No se vislumbra razón o motivo alguno para concluir que las disposiciones impugnadas adolezcan de nulidad porque ellas no atentan contra el orden público, la moral y las buenas costumbres. Por el contrario, tales disposiciones son connaturales al contrato, habida cuenta de su naturaleza y de su objeto;

7. La sociedad convocante no ha precisado la causal o causales de nulidad de las disposiciones que impugna.

Para resolver sobre este extremo del litigio, el tribunal considera:

En las que se examinan en este aparte del presente laudo, la sociedad convocante ha planteado pretensiones que impugnan la validez de las estipulaciones que considera absolutamente nulas.

El tribunal observa que si bien la convocante precisó las disposiciones contractuales objeto de su impugnación, brillan por su ausencia, tanto en la *causa petendi* como en el capítulo destinado a precisar el derecho que considera aplicable, argumentaciones tendientes a demostrar —o intentar demostrar siquiera— cómo y por cuáles motivos se configuraría la nulidad absoluta impetrada.

Como bien lo apunta el señor agente del Ministerio Público en su vista de fondo, el actor omitió expresar cuál o cuáles son las causales que, a su juicio, darían lugar a la declaratoria de nulidad absoluta deprecada. Tampoco ha señalado la convocante las normas de derecho positivo que considera violadas por las estipulaciones impugnadas y en parte alguna de sus diversas intervenciones procesales aparecen expresados los motivos, que en su concepto, configurarían la infracción alegada, determinante de la nulidad absoluta cuya declaratoria solicita.

De otra parte, se hace preciso considerar que dada la naturaleza del contrato celebrado entre la convocante y la ETB (contrato de obra y de suministro, a **precios unitarios**), para la construcción de redes de telecomunicaciones y habida cuenta de la amplitud con que se pactó la cláusula relativa al objeto, resulta aplicable al caso en estudio lo expuesto por el Consejo de Estado, entidad para la cual “(...) cuando se trata de contratos de obra a precios unitarios, la mayor cantidad de obra que resulte respecto de la calculada inicialmente para la correcta ejecución del objeto contractual —y en consecuencia requiere de mayores recursos para pagar el valor real de la obra—, no hace necesaria la celebración de un contrato adicional, por cuanto ello no implica modificar el valor, sino que la entidad contratante debe hacer los movimientos presupuestales necesarios para el reconocimiento de esos costos”⁽¹⁰⁾.

Cláusulas o estipulaciones como las impugnadas, son de usanza en los contratos que la administración celebra para la ejecución de obras por el sistema de pago del valor del contrato por precios unitarios. El reproche que la sociedad convocante endereza contra las que son objeto de la impugnación que se analiza, parece consistir en que ellas son unilateralmente impuestas por la entidad convocada y tornan desfavorable a sus intereses la ejecución del contrato. En presencia de tales argumentos, considera el tribunal que resulta plenamente aplicable lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“(...) cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomos de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen amplia facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, **ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos como rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes**”⁽¹¹⁾ (las negrillas no son del texto).

Quiere ello decir, en suma, que el juez debe respetar lo libremente convenido por las partes en ejercicio de la autonomía de sus respectivas voluntades, siempre que no se ponga en evidencia atentado alguno contra el orden público o las buenas costumbres, que —como lo ha expresado también la Corte Suprema de Justicia— son los límites infranqueables para la autonomía de la voluntad de las partes dentro del régimen legal de contratación⁽¹²⁾.

Con todo, el tribunal considera necesario poner de presente que si dentro del clausulado de un contrato o dentro de las disposiciones que conforman un pliego de condiciones o términos de referencia, el juez encuentra estipulaciones que puedan considerarse como opuestas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, antes de optar por

declarar su nulidad absoluta, debe examinar, primeramente, cuál es la clase de sanción que dicho estatuto consagra para la respectiva infracción de sus preceptos, y en segundo término, verificar el uso que la entidad contratante haya hecho de la estipulación o disposición en cuestión. Lo primero, porque es posible que la ley consagre una sanción específica, distinta de la nulidad absoluta, como acontece, por ejemplo, con las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia o de los contratos que dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos de que trata el numeral 5° del artículo 24 de la citada ley, que la misma declara “ineficaces de pleno derecho”, es decir, que no pueden producir efecto alguno. Como es apenas natural, en tal caso la declaratoria de su nulidad absoluta es completamente innecesaria. Y lo segundo, porque a juicio de este tribunal, mientras la entidad contratante ejerza los derechos y prerrogativas que tales estipulaciones consagren a su favor, con observancia de parámetros de seriedad y razonabilidad, nada censurable podrá encontrarse en su actividad contractual y, menos, algo sancionable con pena de tanta monta cual es la de nulidad absoluta de la respectiva estipulación. En otros términos: solo un uso excesivo o abusivo de los derechos y prerrogativas que tales estipulaciones consagren para la entidad contratante, podría dar lugar a la declaratoria de nulidad absoluta de la correspondiente estipulación.

Conviene apuntar, adicionalmente, que examinadas con detenimiento las disposiciones impugnadas, no encuentra el tribunal que ellas carezcan de alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez según su especie y la calidad o estado de las partes (C.C., art. 1740); ni que tengan objeto o causa ilícita (C.C., art. 1741). Está plenamente acreditada, además, la plena capacidad tanto de Ingelel como de la ETB (ib.); no se demostró que el contrato se hubiese celebrado con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad (L. 80/93, art. 44, num. 1°), ni contra expresa prohibición constitucional o legal o con abuso o desviación de poder (ibídem, nums. 2° y 3°) o que se hubiesen declarado nulos los actos administrativos que le sirvieron de fundamento (ib., num. 4°) o que el contrato se hubiese celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 del estatuto general de contratación de la administración pública sobre tratamiento de ofertas nacionales o extranjeras o violando el principio de reciprocidad (ib., num. 5°). Es decir: el tribunal no halla configurada, ni por asomo, ninguna de las causales de nulidad absoluta que para los contratos estatales, como el de que se trata en este litigio, estableció el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

En esas condiciones, no puede el tribunal despachar en forma favorable a la convocante las pretensiones anulatorias que se examinan, y así habrá de declararlo en la parte resolutive de este laudo.

6.3.1.1. Las pretensiones subsidiarias de las de nulidad.

Despachadas así, en forma desfavorable a la convocante las pretensiones de nulidad absoluta de las estipulaciones contenidas en el punto 2.7 de los términos de referencia y en la cláusula décima séptima del contrato 4200002703, debe ocuparse el tribunal en el análisis de las pretensiones subsidiarias de aquellas.

Tales pretensiones subsidiarias aspiran a lo siguiente: (i) a que el tribunal declare, en subsidio de las pretensiones primera, segunda y tercera principales, que la entidad convocada **incumplió** la obligación legal y convencional a su cargo, de mantener y aplicar las condiciones originales del mencionado contrato, por haber modificado unilateralmente y a su solo arbitrio, en forma sustancial, el alcance del objeto del contrato variando fundamentalmente su conformación inicial respecto de las actividades que como prestaciones estaban a cargo de Ingelel, así como las cantidades de obra estimadas y determinadas en el presupuesto oficial de las mismas en forma previa a la celebración del contrato y al momento de su celebración, con detrimento del equilibrio económico y la conmutatividad de la contratación, al denegar las reclamaciones económicas presentadas por este motivo por parte del contratista (primera pretensión subsidiaria); (ii) en subsidio de la pretensión primera subsidiaria, solicita que el tribunal declare que la entidad convocada incurrió en **abuso del derecho** en la fase de ejecución y cumplimiento del contrato 4200002703, por haber modificado unilateralmente y a su arbitrio, en forma sustancial, el alcance del objeto del contrato variando fundamentalmente su conformación inicial respecto de las actividades que como prestaciones estaban a cargo de Ingelel, así como las cantidades de obra estimadas y determinadas en el presupuesto oficial de las mismas en forma previa a la celebración del contrato y al momento de su celebración, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (pretensión segunda subsidiaria); (iii) en subsidio de la pretensión segunda subsidiaria, solicita que el tribunal declare que la entidad convocada se **enriqueció sin justa causa** a expensas de Ingelel como consecuencia de su decisión de modificar unilateralmente y a su arbitrio, en forma sustancial, el alcance del objeto del contrato variando fundamentalmente su conformación inicial respecto

de las actividades que como prestaciones estaban a cargo de Ingelel, así como las cantidades de obra estimadas y determinadas en el presupuesto oficial de las mismas en forma previa a la celebración del contrato y al momento de su celebración, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (pretensión tercera subsidiaria).

Solicita, además, que como consecuencia de la prosperidad de alguna de tales pretensiones subsidiarias y a **título de indemnización de perjuicios y restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 4200002703 o revisión de sus condiciones**, que la entidad convocada sea condenada a pagar a la sociedad convocante: (a) la cantidad total de \$ 1.790'669.290, cuyas causas y bases de liquidación se establecen en la reclamación contractual presentada por la contratista ante la contratante el 15 de enero de 2004, suma que corresponde al beneficio pactado y a que tenía derecho Ingelel, de acuerdo con las condiciones originales del acuerdo convencional, la cual dejó de percibir ante la variación sustancial de las condiciones pactadas; (b) en subsidio de lo anterior, la suma que resulte de liquidar el valor de las contraprestaciones económicas causadas a favor de Ingelel con base en la obra realmente ejecutada, variando el porcentaje del descuento ofrecido en la propuesta con fundamento en la cual fue celebrado el contrato, ante la variación sustancial de las condiciones pactadas originalmente, con base en la prueba pericial que se produzca, en una de las dos siguientes alternativas, en su orden: (b''): calculando los precios del contrato sin descuento alguno, o (b'') calculando los precios del contrato con los mismos precios, incluyendo los porcentajes de descuento pactados entre las partes en la adición 2 al contrato, así: un descuento del seis por ciento (6%) para ítems de suministros de redes; un descuento del medio por ciento (0,5%) para los ítems restantes; y, los cambios en el valor de algunos ítems de canalizaciones.

Tanto la parte convocada como el representante del Ministerio Público se opusieron, también, a la prosperidad de las pretensiones subsidiarias.

El apoderado de la entidad convocada esgrimió en el escrito de contestación a la reforma de la demanda la excepción de cumplimiento y señaló que las pretensiones subsidiarias buscan un resarcimiento económico “que de ninguna manera se comparte y (...) no tiene ningún mérito de prosperidad, porque la ETB reconoció cada una de las obras ejecutadas por el contratista de conformidad con las programaciones desarrolladas y con los informes de interventoría, atendiendo puntualmente las condiciones contractuales” y porque no hubo variación del objeto del contrato que la ETB hubiese efectuado unilateralmente, ya que lo que Ingelel debió ejecutar “estaba respaldado en cada uno de los contenidos prestacionales de los términos de referencia, del contrato y de sus adiciones y prórrogas”. Apunta que la variación presupuestal se produjo al inicio del contrato, con el consentimiento del contratista y sin que existiera salvedad alguna de su parte, que indicara que tal cambio tenía “incidencia en la evaluación de los costos, base de la presentación de su oferta” y agrega que los argumentos que Ingelel expone ahora en su demanda fueron expresados por vez primera en la comunicación de 16 de abril de 2001, es decir, un año después de firmado el contrato, cuyo término de duración inicial fue de 8 meses y destaca que “ni siquiera en esta misiva se menciona la supuesta ocurrencia de un desequilibrio financiero”.

El procurador 1º judicial administrativo expresa, en relación con la primera pretensión subsidiaria que se abstiene de hacer consideraciones adicionales a las que ya puso de presente, pues considera que con ellas se acredita que las modificaciones realizadas por la entidad convocada respecto de las cantidades contractuales estimadas, aparecen enmarcadas dentro del objeto del contrato, válidamente acordado por las partes. En cuanto a la pretensión subsidiaria fundada en un supuesto abuso del derecho por parte de la ETB, manifiesta que el acervo probatorio recaudado no demuestra el ejercicio abusivo por dicha entidad de sus derechos y atribuciones contractuales, sino un “uso ajustado de su derecho” y anota que el pretendido daño es consecuencia de la falta de diligencia exigible al convocante y de su deber de actuar de buena fe. Y respecto de la pretensión subsidiaria apoyada en un supuesto enriquecimiento injusto de la entidad convocada a expensas de Ingelel, considera que no se hallan demostrados los requisitos que en forma acumulativa deben reunirse para la prosperidad de la *actio in rem verso*, que ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, por lo cual tal pretensión tampoco está llamada a tener prosperidad.

De una atenta comparación entre lo solicitado en esta primera pretensión subsidiaria con lo que Ingelel solicita en la tercera pretensión principal, el tribunal ha llegado a la conclusión de que ambos pedimentos están orientados —aunque con diferente literatura— a un mismo objetivo: la declaratoria de que por causas no imputables a la convocante, se rompió el equilibrio financiero del contrato, surgido al momento de su celebración. La causa de tal rompimiento, según la tercera pretensión principal, radicó en la variación sustancial que la ETB introdujo al

contrato, en curso de su ejecución, respecto de la conformación inicial de las actividades y cantidades de obra que Ingelel debía cumplir y ejecutar, de conformidad con el presupuesto oficial definido previamente por la ETB en los términos de referencia, con lo cual se hizo más oneroso su cumplimiento para la firma contratista. Y de conformidad con la primera pretensión subsidiaria, se solicita la declaratoria de que la ETB incumplió la obligación legal y convencional a su cargo, de mantener y aplicar las condiciones originalmente pactadas, lo cual no hizo porque modificó unilateralmente y a su arbitrio, en forma sustancial, el alcance del objeto del contrato, variando fundamentalmente su conformación inicial respecto de las actividades y cantidades de obra que la convocante debía cumplir y ejecutar según el presupuesto oficial previamente definido por la ETB, con detrimento del equilibrio económico y la conmutatividad de la contratación.

Así las cosas, el tribunal analizará, en primer término, la tercera pretensión principal y solo ante su improsperidad, se ocupará en el análisis de la primera pretensión subsidiaria.

6.4. El rompimiento del equilibrio económico del contrato.

En la pretensión tercera principal de su demanda, la convocante pide al tribunal declarar que “por causas no imputables a la sociedad Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. Ingelel S.A., se rompió el equilibrio financiero y la conmutatividad del momento de la adjudicación y celebración del contrato 4200002703, como consecuencia de la variación sustancial de la conformación inicial de las actividades que como prestaciones se pactaron a cargo del contratista, así como de las cantidades de obra estimadas y determinadas de acuerdo con el presupuesto oficial definido previamente por la contratante en los términos de referencia implementados para la presentación de la propuesta y la celebración del contrato, con lo cual se hizo más oneroso su cumplimiento para la contratista”.

Como consecuencia de la declaración solicitada, la demandante pide al tribunal condenar a la demandada a pagar, a título de indemnización de perjuicios y de restablecimiento del equilibrio financiero, la cantidad expresada en el numeral 1.6.1.1 de las pretensiones, y en subsidio la que resulte de aplicar el procedimiento que él plantea en el numeral 1.6.1.2.

1. El supuesto cambio de condiciones.

En las consideraciones de su escrito, la convocante manifiesta que ella había calculado los descuentos a los precios unitarios que ofreció teniendo como base el presupuesto y los estimativos de cantidades de obra puestos en conocimiento de los interesados al momento de la invitación a presentar ofertas, y que tales descuentos fueron estructurados por Ingelel asignando una mayor utilidad a unos conceptos (los relacionados con la actividad de suministro, que equivalían a más del 80% del presupuesto) y una muy baja rentabilidad a otros (los relacionados con las actividades de obra, que equivalían a menos del 20% del presupuesto), suponiendo que se mantendría esencialmente la misma proporción en la mezcla de ítems que se desprendía de tales documentos.

En la medida en que tales presupuestos y estimativos de cantidades formaban parte del contrato 4200002703 como anexos del mismo, la convocante considera que la empresa contratista tenía derecho a esperar ejecutar el contrato con esa proporción en la combinación de ítems, lo que no ocurrió por cuanto la ETB modificó sustancialmente los presupuestos y las cantidades de obra, invirtiendo la relación que antes existía entre las actividades de suministro y las de obra, de manera tal que lo que inicialmente era un contrato de suministro, o de venta, se convirtió por virtud de dicha modificación en un contrato de obra. Ese cambio, según el contratista, implicó un incumplimiento a cargo de la ETB, que rompió el equilibrio financiero del contrato, y que por ende la hace responsable de su restablecimiento.

Tal como se explicó, en aparte anterior de este laudo, la convocada rechaza las pretensiones del contratista fundamentalmente con el argumento de que desde un principio la ETB fue clara en que los presupuestos y cantidades de obra eran estimados, y que la cláusula décima séptima de contrato facultaba a la empresa para aumentarlas o disminuirlas durante la ejecución del mismo, en función de la demanda, sin que este hecho pudiera dar lugar a reclamación alguna. Sostiene, además, que el contratista conocía muy bien los antecedentes del convenio, por cuanto había participado como miembro de una unión temporal en una licitación anterior con el mismo objeto, y que la causa de sus problemas se origina en los descuentos que ofreció, que fueron sustancialmente superiores a los ofrecidos por sus competidores.

En la contestación a la demanda y en los alegatos de conclusión, la ETB sostuvo que: “El alcance de los trabajos de redes y canalizaciones objeto del contrato 4200002703 los iba definiendo ETB de acuerdo con sus necesidades y los entregaba semanalmente al contratista... Las partes tenían conocimiento y convinieron de manera expresa que las cantidades pactadas inicialmente podían aumentar o disminuir durante la ejecución del contrato, sin que se estableciera límite alguno a dicha disminución o aumento...”. Más adelante, refiriéndose a la redistribución presupuestal comunicada a Ingelel mediante escrito 326932 de 12 de julio, dijo que: “Esta redistribución, que a su vez también era estimada, fue efectuada con base en las necesidades de ETB y comunicada al contratista mediante escrito..., **sobre el cual Ingelel S.A. en desarrollo del contrato, no efectuó reparos, observaciones ni reclamaciones, lo cual obviamente es entendible, puesto que contrato suscrito por las partes preveía hacer estos ajustes por necesidades del servicio.** Esto no estaba por fuera de los contenidos convencionales acordados, por el contrario, eran consustanciales con las condiciones del mismo”.

Dentro de similar línea a la planteada por la ETB, el Ministerio Público, luego de reconocer las utilidades que para Ingelel representaba el suministro de cables, considera que el contratista “...asumió un riesgo al extender el descuento a ítems que en su análisis no representaban utilidades significativas, maniobra comercialmente entendible, al estimar que el contrato a celebrar le permitía aprovechar los buenos precios a los que podía obtener el cable, una disquisición de este tipo no exigiría más ponderaciones, si no fuera porque este no era el único componente del objeto del contrato y porque la entidad contratante se reservaba el derecho a disponer modificaciones en las cantidades de obra a ejecutar. Por ello, cuando el contratista dispuso extender el descuento a los ítems que individualmente considerados le representaban pérdidas o al menos no le reportaban utilidad, asumió voluntariamente un riesgo perfectamente previsible... y esos riesgos pueden generar los efectos económicos nocivos para el oferente — contratista que los asumió”.

Más adelante sostiene que cuando Ingelel extendió la ventaja “...que le representaba el suministro de cable a todos los demás ítems, estando plenamente facultado a restringirlo a alguno o algunos, realizó una maniobra comercialmente “arriesgada”, **admisibile dentro del ejercicio de su autonomía privada**, y que en ninguna manera le facultaba para pretender que en caso de que sus cálculos no resultaran de la manera prevista su contratante debiera asumir las consecuencias”.

El tribunal observa que en el dictamen pericial técnico —que no fue objetado por ninguna de las partes ni por el Ministerio Público— el perito es claro en las páginas 6 y 7 del mismo al concluir que “... la participación de cada uno de los ítems en el contrato original varió sustancialmente durante su ejecución ...”. Dicha conclusión se desprende del cuadro que obra en la página 6 del dictamen, en el cual el perito muestra, por una parte, que los rubros correspondientes a suministros en pesos y dólares a un 81.14% del presupuesto y valor contratado inicial, mientras que los rubros correspondientes a colocación de cable, empalmería, obras varias y canalizaciones equivalían a un 18.16% de dicho presupuesto y valor contratado iniciales, y por otra, que terminada la ejecución final del contrato y sus adiciones, dicha relación se había modificado de manera tal que los rubros correspondientes a suministros terminaron con una proporción del 52.44% del total realmente ejecutado, mientras que los correspondientes a las mencionadas obras finalizaron con un 47.56% del mismo⁽¹³⁾.

Adicionalmente, del cuadro que obra en la página 8 del mismo dictamen se llega a dos conclusiones de interés: en primer lugar, al comparar los valores finales contratados (incluidas las dos adiciones) con los valores finales ejecutados, es claro que la variación total entre los primeros y los segundos implicó un incremento en valor entre lo contratado y lo ejecutado del orden del 12.7%; en segundo lugar, al comparar los valores finales contratados (incluidas las dos adiciones) con los valores finales ejecutados, que en los primeros los suministros pesaban, en valor, un 70.7% y las demás obras un 29.9% del total, mientras que en los segundos dicha proporción finalmente resultó del 55.7% para los suministros y del 44.3%⁽¹⁴⁾ para las obras. Lo cual claramente demuestra, además, que la proporción en la ejecución final real de los suministros fue distinta a la contratada.

Todo lo cual indica al tribunal que durante la ejecución del contrato 4200002703 cambió su valor absoluto como consecuencia de las dos adiciones que se efectuaron, pero además cambió de manera sustancial la distribución de los distintos ítems contractuales, pues el rubro correspondiente a suministros pasó de pesar el 85% del valor total del contrato a pesar el 52.44 o el 55.7% (según sí se evalúa el cambio teniendo en cuenta los efectos de la tasa de cambio)⁽¹⁵⁾, reducción que implicó una disminución del 36.39% en la participación de dicho rubro en el total del

valor del contrato; consecuentemente, el rubro correspondiente a obras pasó de pesar el 15% a pesar el 45.03%, aumento que implicó un incremento del 200.2% en la participación de este rubro en el valor total del contrato.

En términos de valor, que no de participaciones porcentuales, el tribunal observa que de un valor total inicial del contrato 4200002703 de \$ 6.305⁽¹⁶⁾ millones de pesos, \$ 5.116 millones correspondían a suministros en dólares y pesos, y \$ 1.189 millones a obras de distinta naturaleza; sin embargo, una vez terminada la ejecución del mencionado contrato y sus adiciones, la cual tuvo un valor total de \$ 17.245 millones, el valor de los suministros ascendió a \$ 9.606 millones y el de obras llegó a \$ 7.639 millones. Es decir, mientras en términos de valor absoluto los suministros crecieron en \$ 4.490 millones, equivalentes a un incremento del 87%, las obras crecieron en \$ 6.450 millones, equivalentes a un incremento en 642%.

Ahora bien, de acuerdo con lo planteado por las partes, el tribunal observa que el cambio en la distribución entre los distintos ítems (suministros y obras) se dio principalmente con ocasión de la redistribución presupuestal efectuada por ETB en el mes de julio del año 2000, comunicada a Ingelel mediante oficio 326932 de julio 12 de ese año (fls. 0670 y 0668 del cdno. 5 —ETB— anexos a la demanda de Ingelel). De dichos documentos se desprende que en esa ocasión el valor total del presupuesto cambió muy poco, pero el valor presupuestado para los ítems correspondientes a obras se incrementó en un 60.1%, originado principalmente en un aumento de más del 300% en el rubro de canalizaciones y del 200% en las cuadrillas especiales, mientras que el valor correspondiente a suministros en dólares se redujo en un poco más del 31.5% (sin incluir la reducción en los suministros en pesos)⁽¹⁷⁾, de manera tal que la distribución final de proporciones entre obras y suministros resultantes como consecuencia de dicha modificación presupuestal fue la de 46.07% para obras y 53.92 para suministros⁽¹⁸⁾. El tribunal observa que dicha nueva combinación entre obras y suministros se mantuvo con muy pequeñas variaciones durante el resto de la ejecución del contrato y sus respectivas adiciones.

Así las cosas, para el tribunal es claro que cualquier eventual rompimiento del equilibrio, de existir, habría tenido su origen en la modificación presupuestal realizada por ETB en el mes de julio del año 2000, en la que dicha empresa procedió a cambiar la distribución de la mezcla de ítems del contrato, aumentando en más del doble el monto absoluto y la participación porcentual de las obras en el valor del contrato, y reduciendo en casi mil quinientos millones de pesos (\$ 1.500.000.000) el monto absoluto de los suministros y en cerca del 30% su participación porcentual en el mismo. Dicha modificación, al decir del perito, implicó que “...la participación de cada uno de los ítems en el contrato original varió sustancialmente durante su ejecución...”.

2. La potestad de la ETB de modificar las cantidades.

En el caso particular que nos ocupa, para el tribunal es claro que la empresa contratante tenía la potestad de modificar las cantidades establecidas en el contrato, no solo porque dicha posibilidad se desprende de la naturaleza misma del convenio suscrito, en el cual las partes contratantes convinieron en un esquema de remuneración de prestaciones con base en el sistema de precios unitarios, sino además por cuanto la cláusula décima séptima así lo establecía de manera expresa. Dice así la cláusula mencionada:

“Décima séptima. Cantidades de obra. Las cantidades de obra que debe construir el contratista y de materiales que suministrará —que se consignan en el respectivo anexo del presente contrato— son solo estimadas y, por lo mismo, podrán aumentar o disminuir durante la ejecución del mismo sin que este hecho pueda dar motivo a reclamación alguna por parte del contratista. Durante el desarrollo del contrato la empresa irá determinando las cantidades de obra que deben ejecutarse, de acuerdo con el diseño de los proyectos que esta le proporcionará al contratista, y las cantidades reales serán las que resulten de la medición de obra ejecutada y de los materiales suministrados...”.

Sobre este tema, si bien limitada al área de los contratos estatales, existe alguna doctrina y jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de la cual el tribunal quiere resaltar lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, corporación que en concepto de 18 de julio de 2002, con ponencia de Susana Montes, y sobre la materia de las diferencias entre los contratos adicionales y las variaciones en el valor de los convenios por precios unitarios, dijo:

“Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el

mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la **cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto.** En estos eventos, tal cláusula solo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas solo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.

(...).

En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del **objeto contractual**, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un “**estimativo**” del mismo, pero en la cual, **por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar.**

(...).

Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por algunos de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, solo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. **Solo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.**

(...).

Como lo señaló el Consejo de Estado en la providencia parcialmente transcrita, **lo que ocurre generalmente es que la administración no efectúa una real estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de cada obra, en unas ocasiones porque inicia los procesos sin contar con proyectos realmente ejecutables sino apenas en anteproyectos, en otras porque necesita reducir artificialmente el presupuesto de la misma (quitando o disminuyendo cantidades de obra) para poder iniciar la obra con presupuesto bajo y así poder comprometer los exiguos recursos de que dispone en un momento dado sin violar el mandato de la ley (L. 80/93, art. 25, num. 12 y 13) y, en otros más, porque los diseños que sirven de base a la licitación adolecen de errores graves y, por ello no es posible realizar el cálculo más aproximado de las cantidades reales de obra requeridas para desarrollar el proyecto”** (negrilla fuera de texto).

Con posterioridad al concepto parcialmente transcrito, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 de septiembre de 2003, con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra dijo:

“... la entidad contratante debía adelantar todos los estudios, diseños y proyectos requeridos para establecer con la mayor exactitud posible las características físicas y técnicas de las obras que se fueran a adelantar y para calcular así mismo, de la manera más aproximada, los costos que su ejecución podría representar; y de otro lado, el contratista, basado en la información suministrada por la entidad sobre las características de la obra y en las percepciones que de manera directa hubiera podido obtener, elaboraba su presupuesto con apego a la misma, determinando los costos y beneficios que la ejecución de la obra le podía reportar y proponiendo en esta forma sus precios unitarios, en la oferta que presentaba para obtener la adjudicación del contrato.

Y es con fundamento precisamente en esos estudios que cada cocontratante hace por su cuenta, que se fija el valor del contrato, es decir, lo que se prevé que va a costar la obra, determinando luego las partes la forma de pago de ese valor ... No se desconoce que en algunas obras públicas, por su misma naturaleza, es muy difícil determinar con exactitud la cantidad de obra que se debe ejecutar para el logro del objeto contractual... ya que puede variar resultando mayor o menor cantidad de la calculada inicialmente, por lo cual es común que la forma pactada sea la de precios unitarios, de tal forma que el valor a pagar finalmente sea el resultado de multiplicar el precio unitario

de los diferentes ítems por la cantidad de obra realmente ejecutada; sin embargo, también cuando es este el sistema escogido, la entidad debió agotar los estudios previos necesarios ... **Es decir, debe ser tan aproximado el cálculo previo que se haga, que las eventualidades —imposibles de evitar y que den lugar a la variación de lo presupuestado, por mayor cantidad de obra o porque surja la necesidad de adelantar algunas obras complementarias con nuevos ítems—, representen una mínima cuantía con relación al cálculo inicial y no que este sea completamente ajeno a la realidad** y termine siendo, como en la práctica se observa, una mínima parte del valor que finalmente resulta tener la obra contratada” (negrilla fuera de texto).

Un año más tarde, en sentencia de 22 de abril de 2004, con ponencia de la Dra. María Elena Giraldo, la Sección Tercera de esa corporación manifestó:

“...no se desconoce judicialmente que la mayor cantidad de obra puede deberse o a situaciones imprevistas o a falencias administrativas en los estudios previos que realizó y que inciden, negativamente y por defecto, en el valor presupuestado para su ejecución, tales circunstancias ajenas al contratista, unas inimputables a la administración (imprevistos) o imputables a esta (irregularidad administrativa) no pueden concluir en la determinación de que el daño sufrido por el contratista no es antijurídico, porque él no está obligado a soportar detrimento patrimonial y pérdida de utilidad... **Por ello en los contratos a precios unitarios, más que en otros, está implícita la cláusula *rebus sic stantibus* que permite adecuar el contrato a las necesidades durante su ejecución y el principio de mutabilidad de los contratos encuentra sus límites solo en el objeto del contrato y en la finalidad que motivó la celebración del mismo**” (negrilla fuera de texto).

Así las cosas, a la luz de la doctrina y jurisprudencia transcritas, es necesario concluir que en los convenios pactados con el sistema de precios unitarios, tanto las cantidades estimadas originalmente como el valor inicial pueden cambiar, variación que puede tener su origen en distintas razones, tales como necesidades propias del servicio o, como lo dice el Consejo de Estado, en fallas en los estimativos iniciales por parte de la entidad contratante.

Empero, ni de la doctrina y jurisprudencia anteriores, ni de lo establecido en la cláusula décima séptima del contrato 4200002703, se desprende que las entidades contratantes en general, ni la ETB en particular, tengan la facultad de variar sin límite o de manera caprichosa las cantidades estimadas inicialmente, ni que tal potestad sea una especie de patente de corzo para ocultar deficiencias en el cálculo de cantidades o en el proceso de planeación presupuestal y de obras de las mismas. Pues, a juicio del tribunal de arbitramento Ingelel S.A contra la ETB S.A. ESP tal y como se desprende de la jurisprudencia transcrita y dentro de la misma línea planteada en aparte anterior de este laudo cuando se analizó el tema de la nulidad de las estipulaciones contenidas en los términos de referencia y en el contrato, es claro que dicha atribución no es absoluta, es limitada y por ello mismo ha de ejercerse en forma razonable y prudente, siempre como consecuencia de necesidades reales derivadas de situaciones ordinarias no imputables a la entidad contratante, que no fueron o no pudieron ser previstas inicialmente.

Dichos límites en la potestad de variar cantidades surgen, precisamente, de la necesidad de mantener la lógica económica y el equilibrio intrínseco en cualquier relación contractual conmutativa, y obviamente también en los convenios pactados con el esquema de precios unitarios, en los que su fijación por parte de los contratistas tiene relación estrecha de dependencia con las cantidades de obra que estos esperan ejecutar. En ese sentido, el tribunal entiende que aún si un precio cualquiera se pacta por el sistema unitario, para el contratista o para la entidad contratante no es financieramente igual la ejecución de una determinada cantidad de unidades de obra que la de muchas más o muchas menos, pues cualquier cambio sustancial en las cantidades a ejecutar podría desbalancear los supuestos con base en los que se calcularon los precios unitarios iniciales, y por ende romper la conmutatividad en la relación en contra de cualquiera de ellas.

Dentro de la misma línea anterior, el tribunal es de la opinión que un cambio sustancial en la combinación de cantidades de ítems en un contrato —aunque no cambie su valor absoluto—, también puede llegar a romper el equilibrio en una relación contractual, puesto que este puede estar fundado en la expectativa justificada de un contratista con respecto a la ejecución de determinadas cantidades individuales de distintos ítems. En ese sentido, el perito técnico en el caso fue claro al explicar en la página 37 del dictamen, como “... es muy común en las licitaciones de planta externa donde la cantidad de ítems es muy grande y de gran diversidad que los licitantes

armen sus propuestas determinando un nivel de utilidad diferente para cada uno de ellos y dependiendo de ciertas características propongan algunos ítems con niveles de rentabilidad muy bajos e inclusive a nivel de pérdida pues esperan compensarlas con las utilidades de los otros ítems, haciendo así más atractiva su propuesta”.

En ese orden de ideas, vista la naturaleza de los contratos a precios unitarios, y reconocido que en ellos siempre existirá la posibilidad de que las cantidades contratadas varíen, salta a la vista que independientemente de que tal variación sea un cambio en las cantidades, o un cambio en la combinación de ítems —lo que en últimas termina siendo lo mismo—, es indispensable determinar qué ha de entenderse como un cambio razonable, de aquellos que son propios o inherentes a la naturaleza de los contratos pactados con el sistema de precios unitarios, y qué es un cambio sustancial o “no justificado”, que excede lo “razonable” o lo inherente a la naturaleza de tales convenios. Empero, para el tribunal es claro que independientemente del criterio que se adopte para efectos de dicha determinación, ella nunca podrá ser absoluta, pues dependerá de las particularidades de cada caso y de cada relación contractual.

Sin embargo, si bien no existen normas o parámetros precisos para determinar cuál es el límite de lo razonable o de lo aceptable en materia de cambios en las cantidades estimadas, sí existen en la legislación nacional algunas normas que pueden ser usadas como punto de referencia para tal propósito. Para el tribunal la más ilustrativa en ese sentido es la norma contenida en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, según la cual si los cambios resultantes de la modificación unilateral de un contrato estatal por parte de la administración alteran el valor del respectivo convenio en más de un veinte por ciento (20%) de su valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación del mismo. Aun cuando dicha disposición se refiere exclusivamente a la aplicación de la cláusula excepcional de modificación unilateral por parte de la administración a cualquier contrato estatal, y es aplicable solamente cuando el valor total de un contrato se afecta en el porcentaje mencionado, a juicio del tribunal ella es indicativa de lo que el legislador en su momento consideró como el máximo cambio unilateral razonable, por encima del cual el contratista podía libremente optar por continuar o no, precisamente por los efectos que tal cambio puede tener en la economía de su contrato.

Ahora bien, el hecho de que la norma mencionada se refiera al 20% como parámetro especial de lo que podría entenderse como máximo cambio razonable, por encima del cual el contratista puede optar por retirarse del contrato, y que ella sea aplicable cuando el valor total del cambio exceda ese porcentaje, no quiere decir que en todos los casos un cambio del 20% en el total o en cada uno de los ítems que componen dicho valor pueda verse como aceptable, pues, tal como antes se dijo, todo dependerá de las circunstancias y la economía de cada contrato. Sin embargo, el tribunal considera que en aquellos eventos en los que no exista información suficiente para determinar un porcentaje diferente, o cuál sería el porcentaje de cambio razonable o aceptable en un convenio determinado, la cifra del 20% consagrada en la ley puede ser un adecuado parámetro de referencia, aplicable no solamente en lo atinente a los cambios en el valor total, sino también en el de los ítems que componen dicho valor.

En consecuencia, teniendo en cuenta los criterios expresados en los párrafos anteriores, el tribunal considera que es válido concluir que si bien en un contrato pactado por el sistema de precios unitarios el contratante puede cambiar las cantidades de obra estimadas inicialmente, o variar la distribución entre ítems contractuales, independientemente de que dicha variación tenga su origen en necesidades del mercado o en deficiencias de las estimaciones iniciales, tal facultad no es absoluta ni ilimitada, ni debería en principio extenderse hasta permitirle al contratante incrementarlas o disminuirlas más allá de un veinte por ciento (20%) de lo convenido inicialmente, como máximo, puesto que en tal evento se podría poner en riesgo el equilibrio conmutativo de la relación contractual, salvo que en cada caso se demuestre que dicho equilibrio se ve afectado por una cifra inferior. Por ende, si el cambio es superior, procedería el correspondiente restablecimiento, siempre y cuando se demuestre su existencia y sus efectos.

3. Las consecuencias del cambio y el riesgo comercial.

En el caso que nos ocupa existe evidencia suficiente que demuestra que se produjo un cambio en la distribución entre los distintos ítems del contrato 4200002703, que llevó a que la proporción correspondiente a rubros de obras (acometidas, ampliaciones, empalmería, pero especialmente canalizaciones) se incrementara sustancialmente y pasara a tener un peso y una proporción mucho mayores a las inicialmente contratadas, cambio que se produjo en

julio de 2000, apenas a los pocos meses de iniciada la ejecución del convenio, y que se mantuvo durante el resto de la misma y de las dos adiciones que posteriormente se realizaron. Consecuentemente, la proporción correspondiente a rubros de suministro, particularmente cable, que como se explicó correspondía a la gran mayoría de los suministros en dólares, se redujo también sustancialmente, en proporción que se mantuvo durante el resto de la ejecución contractual.

Según la convocante, dicho cambio la perjudicó, en la medida en que muchos de los rubros de obras en su oferta eran deficitarios, o no generaban utilidad, mientras que los correspondientes a suministros, particularmente los de cables, que eran los realmente rentables, no crecieron en similar proporción, de manera tal que los ítems deficitarios (obras) terminaron teniendo un peso en el valor del contrato muy superior al de los ítems superacitarios (suministros de cables).

El Ministerio Público y la ETB, además de manifestar que dicho cambio fue justificado y ajustado a las estipulaciones contractuales, consideran que cualquier perjuicio del contratista tuvo su origen en el riesgo comercial que este asumió al proponer descuentos del 14.5%, muy superiores a los ofrecidos por los demás oferentes, y no en el cambio en la composición en la mezcla de ítems. Posición que no comparte el tribunal por dos razones: en primer lugar, por cuanto, como antes manifestó, no considera que la ETB tuviera la capacidad discrecional de alterar la composición de ítems del contrato inicial más allá de los parámetros expresados, independientemente de que dicho cambio tuviese su origen en una necesidad de mercado o en un error en la planificación inicial de sus cálculos; y en segundo lugar, porque es de la opinión de que, aún si el contratista asumió un riesgo comercial que podría considerarse como extremo, no fue dicho riesgo el que generó el problema que nos ocupa, sino precisamente un menor ingreso resultante de un cambio en las condiciones del contrato que tuvo su origen en una decisión de ETB y no en circunstancias comerciales propiamente dichas.

De hecho, en el expediente obra prueba de que la decisión de ETB obedeció en parte a razones puramente económicas, y en parte a razones de mercado, tal como se desprende del testimonio rendido por el Dr. Arturo Sánchez Toro, quien se desempeñó como jefe de la sección de soporte de ETB que preparó el presupuesto y participó en el seguimiento de la ejecución del contrato quien, al ser preguntado por las razones de la modificación presupuestal, afirmó:

“Lo originó básicamente dos cosas, la primera era que ETB tenía en existencia en sus bodegas cable de 2.400 pares y de 1.800 pares que necesitaba fuera usado dentro del contrato, en el presupuesto inicial del contrato se había considerado que Ingelel suministrara cantidades de ese cable, pero como ETB lo tenía pues obviamente era más rentable para la empresa gastarse primero el que tenía antes de comprarlo y el segundo motivo que originó esa redistribución presupuestal fueron las necesidades de la empresa, básicamente fue eso, hubo una reunión de las direcciones de producción en las que de acuerdo con las necesidades que cada uno estimaba, pues hubo necesidad de configurar el presupuesto”.

Ahora bien, el tribunal considera que de la prueba pericial se desprende que la parte convocante incurrió en una pérdida en la ejecución del contrato, pérdida que fue expresamente reconocida tanto en el dictamen técnico como en el contable, y que asciende a la suma de \$ 2.199.780.960 (dos mil ciento noventa y nueve millones, setecientos ochenta mil novecientos sesenta pesos) (Página 5 del peritaje contable).

Adicionalmente, observa que esa misma parte formuló una serie de preguntas al perito técnico orientadas a demostrar el perjuicio que la ETB le había causado por cuanto, por un lado, no había conservado la proporción que debía mantener en la adquisición de cables rellenos de 10 hasta 1.500 pares, lo cual tuvo como consecuencia unos menores ingresos para Ingelel del orden de \$ 1.546.855.500 (un mil quinientos cuarenta y seis millones, ochocientos cincuenta y cinco mil quinientos pesos) (pág. 44 del complemento del dictamen técnico), y por otra, había adquirido una mucha mayor proporción de ciertos ítems deficitarios, como lo fueron los ductos corrugados TDP de 4”, lo cual le produjo pérdidas, representadas en “... dineros dejados de recibir por Ingelel S.A. a favor de la ETB...” del orden de \$ 190.230.992.80 (ciento noventa millones doscientos treinta mil novecientos noventa y dos pesos con 80 centavos) (página 36 de la complementación al dictamen técnico).

Dentro de la línea anterior, para el tribunal es claro que la parte convocante insinúa —pero los peritos no lo confirman— que la suma de dichas dos partidas por concepto de dineros dejados de recibir por Ingelel, que

asciende a la cantidad de \$ 1.737.086.492,8, corresponde aproximadamente a la cifra de \$1.790.669.290 que ella reclama a título de indemnización como consecuencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Sin embargo, el tribunal observa que así como el demandante demostró la existencia de un menor ingreso como consecuencia de la disminución de la participación del rubro correspondiente a suministros de cables en la ejecución del contrato, nunca comprobó cuáles fueron las pérdidas causadas por el aumento de participación del rubro correspondiente a obras en dicha ejecución; por el contrario, la única evidencia de pérdidas concretas originadas en ítems contractuales que obra en el expediente es una que resulta no de mayores obras, sino de mayores suministros de tubería corrugada de 4", tal como lo reconoció el perito técnico en su dictamen. Por ello, a juicio del tribunal, no hay manera de saber si la pérdida total de \$2.199.780.960 fue ocasionada por los menores ingresos que se comprobó existieron, o por los supuestos déficits generados por el incremento en la actividad de obras, ni menos aún para saber con precisión cuál fue la causa exacta del desequilibrio de \$1.790.669.290 que Ingelel reclama.

Empero, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre este tema, el tribunal considera que en el expediente está probado que Ingelel se basó para la elaboración de los descuentos ofrecidos, y por ende para la presentación de los precios ofertados, en las cantidades de obra previstas en los documentos de la contratación, pues así tenía que hacerlo. En ese sentido, el numeral 2.1 precios de los términos de referencia claramente establecía que el oferente debía tener las especificaciones técnicas contenidas en ellos y en el presupuesto oficial de obra como "punto de referencia de la oferta", mientras que el numeral 2.5 disponía que el precio de la propuesta sería el que resultara de multiplicar los precios unitarios por "las cantidades estimadas para cada ítem del presupuesto oficial de obra", apartes de los cuales el tribunal concluye que las cantidades de obra totales y parciales contenidas en el presupuesto oficial entregado por ETB a los oferentes eran, sin duda alguna, punto obligado de referencia para efectos de la elaboración de la propuesta y la estimación de los precios unitarios.

Ahora bien, para el tribunal es claro que dicho presupuesto oficial, que a la vez era punto "punto de referencia" obligado para la valoración de los precios unitarios de las cantidades totales y parciales que se requerían para la presentación de la oferta, y por ende para entender cuál iba a ser la combinación de ítems durante ejecución del contrato 4200002703, solamente cumplía tal papel orientador para efectos de la presentación de las ofertas que llevaron a la celebración del convenio inicial, más no lo hacía para las adiciones posteriores, en las que las cantidades de obras y/o suministros fueron convenidas por las partes.

En ese sentido, el tribunal es de la opinión, pues se desprende de los antecedentes contractuales mismos y de las declaraciones de los testigos, que el contratista suscribió las adiciones 1 y 2 con conciencia de lo que hacía, y que él era conocedor de la distribución de ítems que resultaba como consecuencia de las mismas, distribución que en tales adiciones ya seguía la línea general en materia de proporciones entre obras y suministros sentada por la modificación presupuestal de julio del año 2000. En tales condiciones, mal podría hablarse de un desequilibrio económico ocasionado por los menores ingresos consecuencia de dichas adiciones, puesto que, a diferencia de lo ocurrido con el contrato inicial, cualquier cambio o consecuencia de la nueva distribución de ítems realmente resultaría del acuerdo entre las partes, y no de una decisión unilateral de una de ellas.

Empero, en este punto es importante llamar la atención sobre el hecho de que aunque en la declaración de la testigo Luz Mariela Duque Naranjo ella afirmó que ETB había intimidado a Ingelel para que firmara la adición 1, amenazándolo con una posible declaratoria de caducidad, más adelante la misma testigo manifestó que habían firmado la adición porque "...estábamos realmente empezando el proyecto y no sabíamos exactamente eso que nos podía acarrear...". Dicha posición fue ratificada en la declaración del testigo Jorge Eduardo Aristizabal Gil quien, en respuesta a una pregunta del apoderado de ETB sobre la voluntad que tuvo Ingelel para firmar las adiciones 1 y 2, explicó que:

"Correcto, la adición 1 se gestiona en diciembre del primer año de ejecución del contrato donde en ese momento la empresa pacta continuar con el contrato y se extienden las cantidades. No solamente en la adición 1 sino en la 2 en ambas adiciones el efecto gravoso aunque se sigue dando empieza a disminuir de proporción, disminuye en una proporción en la adición 1 y disminuye en otra proporción significativa en la adición 2, la mayoría de la desviación de este cálculo se da en el contrato básico antes de los adicionales y la empresa en el informe que tengo es que

tomó la decisión de ampliar basada en la necesidad de cumplimiento y satisfacción del cliente **y en la expectativa de que el contrato tomara las proporciones pactadas**” (negrilla fuera de texto).

De lo cual el tribunal colige, reiterando lo ya dicho, que el contratista suscribió las adiciones mencionadas plenamente consciente de sus implicaciones, y con la expectativa de corregir sobre la marcha las dificultades que se le venían presentando. De igual manera, entiende que si Ingeel no protestó por el cambio en la distribución ordenada por la ETB fue, como los testigos lo declararon, porque en ese momento ella no comprendió su importancia por cuanto apenas comenzaba la ejecución del contrato, o porque consideró que podría solucionar sus consecuencias durante lo que restaba de ella.

En tales condiciones, y teniendo en cuenta lo dicho en apartes anteriores de este capítulo con respecto a la facultad de la administración para introducir cambios menores en las cantidades de ítems inicialmente estimadas, el tribunal es de la opinión que solamente se puede considerar como un menor ingreso causante de desequilibrio económico —y por ende susceptible de ser indemnizado— aquella parte de los menores ingresos del contratista que se originan en cambios en las combinaciones de ítems del contrato original, que no de sus adiciones, y solamente en tanto tales cambios excedan la posibilidad que tiene la administración de introducir variaciones razonables y justificadas en las cantidades inicialmente estimadas.

A la luz de lo explicado por el sr. perito técnico en el cuadro que obra en la página 50 de las complementaciones al dictamen de agosto 16, particularmente en la primera parte del mismo, titulada cantidades de obra ejecutada v. contrato inicial —cuadro 1 de 3, es claro que de acuerdo con dicho primer convenio, el contratista tenía la expectativa de suministrar un total de 630.761 metros lineales (m/l) de cable de distintas especificaciones a la ETB (cifra esta resultante de sumar lo que se esperaba suministrar directamente y como parte de las obras relacionadas con acometidas, ampliaciones y cuadrillas), y de recibir como pago por tales suministros un valor total de USD \$1.444.089.90.

Empero, teniendo en cuenta lo dicho en los párrafos anteriores de este laudo, el tribunal considera que la cantidad de metros lineales de cable a suministrar podía ser variada justificadamente por la ETB hasta en un 20%, es decir, podía ser disminuida o incrementada hasta en 126.152 m/l, y por ende los valores por recibir por el contratista podrían reducirse o aumentarse también justificadamente en la misma proporción, es decir, hasta en USD \$288.819⁽¹⁹⁾, sin que por tales cambios se entendiera roto el equilibrio o incumplido el contrato. Lo anterior, en otras palabras, quiere decir que por cuenta del contrato inicial, el contratista podía tener la expectativa justificada de suministrar un mínimo de 504.609 m/l de cable, y de recibir por ellas un mínimo de USD \$ 1.155.270⁽²⁰⁾.

Sin embargo, del mismo cuadro se desprende que durante la ejecución del convenio inicial, la ETB solamente adquirió 288.995 metros lineales de cable, por un valor total de USD \$808.773.46, lo cual, a juicio del tribunal, indica que por cuenta de la decisión de ETB el contratista dejó de suministrar — injustificadamente — la cantidad de 215.614 m/l de cable, y de recibir por ellos la suma de USD \$346.496.6⁽²¹⁾. Dicho en otras palabras, el tribunal es de la opinión de que, de acuerdo con los términos del contrato inicial, y por las razones que se mencionaron anteriormente, el contratista tenía derecho a suministrar 215.614 m/l más de los que efectivamente suministró, y a percibir por ello USD \$346.496.9 más de lo que percibió.

Ahora bien; lo anterior no quiere decir que el valor dejado de percibir hubiera implicado una pérdida similar para el contratista, puesto que la cifra indicada apenas refleja el valor bruto que este habría recibido, mas no la utilidad que la operación de suministro le habría producido. En ese sentido, de los cuadros que obran en la página 44 del dictamen pericial técnico de agosto 16 de 2005 se desprende que el contratista tenía un margen importante de utilidad en la venta de cables, que oscilaba según el tipo de cable entre el 24.01% y el 44.55%, y que en promedio ponderado⁽²²⁾, sería del orden del 39.72%. Ello, a juicio del tribunal, permite concluir que el contratista dejó de tener una utilidad por los conceptos mencionados de USD \$137.628.44, equivalente al 39.72% de USD \$346.496.60.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal condenará a la convocante al pago de la suma antedicha, por cuanto considera que su decisión unilateral en el sentido de modificar sustancialmente la distribución de ítems, y por ende cambiar de manera también sustancial las cantidades de cable que debía adquirir durante la vigencia del convenio inicial, rompió el equilibrio económico del contrato y privó al contratista del recibo de unos dineros a los que tenía

derecho. Para tal efecto, el tribunal entiende que tal desequilibrio se concretó en el momento de liquidación contable del contrato, pues era esta la ocasión que las partes tenían para efectos de identificar y cuantificar la mencionada falencia y para proceder a su pago; por tal razón, el tribunal liquidará la suma de USD\$ 137.628.44 a la tasa de cambio de 15 de octubre de 2002, dado que el acta de liquidación contable se firmó ese día y luego la actualizará y calculará los intereses legales correspondientes.

En consecuencia, habida cuenta que la tasa de cambio representativa del mercado del día 15 de octubre de 2002 fue de de \$ 2.861.16 por dólar, el monto en pesos de la condena por este concepto ascenderá a la cantidad de trescientos noventa y tres millones setecientos setenta y seis mil novecientos ochenta y siete pesos con treinta centavos (\$ 393.776.987.30), cifra esta que actualizada con base en los índices de precios al consumidor correspondientes al mes de octubre de 2002 y al 28 de febrero de 2006, arroja la cantidad de cuatrocientos setenta y cuatro millones trescientos setenta mil quinientos treinta y cuatro pesos con veintidós centavos (\$474.370.534,22)⁽²³⁾, sobre la cual la ETB reconocerá y pagará intereses legales sobre los saldos actualizados mensuales de la manera establecida en la parte resolutive del presente laudo.

Para tal efecto, tales saldos son:

2002	Octubre	135,39	100,00	393.776.987,30
	Noviembre	136,45	1,007829234	396.859.959,50
	Diciembre	136,81	1,010488219	397.907.006,67
2003	Enero	138,42	1,022379792	402.589.634,26
	Febrero	139,96	1,033754339	407.068.669,34
	Marzo	141,42	1,044538001	411.315.027,28
	Abril	143,04	1,056503435	416.026.739,52
	Mayo	143,74	1,061673683	418.062.664,56
	Junio	143,67	1,061156659	417.859.072,05
	Julio	143,46	1,059605584	417.248.294,54
	Agosto	143,90	1,062855455	418.528.018,85
	Septiembre	144,22	1,065218997	419.458.727,44

2004	Enero	146,98	1,08560455	427.486.089,03
	Febrero	148,75	1,098677893	432.634.070,91
	Marzo	150,21	1,109461556	436.880.428,85
	Abril	150,90	1,114557944	438.887.269,25
	Mayo	151,47	1,118768004	440.545.093,92
	junio	152,38	1,125489327	443.191.796,48
	julio	152,34	1,125193884	443.075.457,90
	Agosto	152,38	1,125489327	443.191.796,48
	Septiembre	152,83	1,128813059	444.500.605,43
	octubre	152,82	1,128739198	444.471.520,79
	Noviembre	153,24	1,131841347	445.693.075,81
	Diciembre	153,70	1,135238939	447.030.969,41
2005	Enero	154,97	1,144619248	450.724.719,12
	Febrero	156,55	1,156289238	455.320.092,78

	Marzo	157,76	1,165226383	458.839.334,64
	Abril	158,45	1,170322771	460.846.175,03
	Mayo	159,10	1,175123717	462.736.676,86
	junio	159,74	1,179850801	464.598.094,03
	julio	159,81	1,180367826	464.801.686,54
	Agosto	159,82	1,180441687	464.830.771,18
	Septiembre	160,50	1,185464214	466.808.526,93
	octubre	160,87	1,18819706	467.884.658,74
	Noviembre	161,05	1,189526553	468.408.182,32
	Diciembre	161,16	1,190339021	468.728.113,40
2006	Enero	162,04	1,196.387,62	471.287.562,02
	Febrero	163,10	1,204.667.996	474.370.534,22

Ante la prosperidad de la tercera pretensión principal, considera el tribunal que no es del caso entrar a estudiar las pretensiones subsidiarias planteadas en la demanda formulada por la sociedad convocante, toda vez que su formulación parte del supuesto del fracaso de alguna de las pretensiones principales.

6.5. Trabajos, suministros y aportes a la obra realizados por el contratista y no pagados.

Afirma la demanda que durante el desarrollo del contrato y en cumplimiento de sus obligaciones, la contratista adelantó trabajos y suministró elementos que la contratante no pagó. Igualmente, que por exigencia de esta, y sin que ello fuera parte de las prestaciones que le correspondían, debió asumir el valor de unas pólizas de seguros. Expone, además, que el 17 de junio de 2002, Ingelel, con el fin de agotar la etapa de arreglo directo prevista en la cláusula cuadragésima séptima del contrato, presentó a la convocada solicitud de “restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, en la que incluyó el reconocimiento de las sumas correspondientes a los conceptos mencionados en la sexta pretensión principal”. La ETB “solamente aceptó reconocer las siguientes cantidades: a) la suma de \$ 24.616.630, por concepto del valor de las pólizas exigida por el IDU y pagadas por la contratista; b) \$ 11.772.062,98, por concepto de la construcción del registro de canalización 831049 (box cable)”. Ingelel no estuvo conforme con esta determinación de la empresa contratante.

En su respuesta a las pretensiones de la actora la convocada se opuso expresamente y explicó: “Hay que mencionar que una vez concluidos los trabajos se adelantaron las gestiones necesarias para llegar a un acuerdo sobre la liquidación final del contrato; circunstancia que no se pudo dar por cuanto el contratista no suscribió el proyecto de acta que había sido discutido y desarrollado en conjunto con la interventoría. En consecuencia, efectivamente se produjo una liquidación definitiva del contrato que no fue suscrita por la aquí convocante. El resultado de la misma dio sumas de dinero a favor del contratista lo que hizo que ETB S.A. ESP le solicitara pasar cuenta de cobro por ese saldo a favor. Actividad que el contratista no realizó y la ETB S.A. ESP inició un proceso abreviado de pago por consignación que se encuentra en trámite de notificación, en el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Civil Municipal de esta ciudad”.

En el “dictamen pericial técnico - planta externa”, de fecha agosto 16 de 2005, solo se aceptan y valúan las reclamaciones formuladas por la convocante que hacen referencia a las pólizas exigidas por el IDU que esta debió sufragar, sin que fuere obligación contractual suya; el valor de los empalmes telefónicos y el correspondiente a la construcción del registro de canalización 831049 (box cable). Otros reclamos fueron desechados por el perito técnico aduciendo, en términos generales, la inexistencia de soportes documentales que permitieran su tasación.

Con relación al reclamo sobre “desperdicios en los materiales suministrados e instalados en la obra”, el dictamen no es, en manera alguna, un dechado de precisión. En algún párrafo se afirma que en esta clase de obras es normal que se presenten desperdicios; en otro dice el perito que no encontró un ítem independiente que cubrieran el concepto desperdicios, por lo que presume que fueron incluidos en los análisis de precios unitarios, aun cuando

“en los mismos no se refleja claramente esta presunción”; finalmente concluye “En consecuencia, al realizarse esta clase de obras se incurre necesariamente en desperdicios justificados y eventualmente injustificados, necesarios los primeros para la ejecución de las obras previstas en el contrato”.

Respecto a la reliquidación del ítem 059V, “ajuste de línea de abonado”, expresa el perito que “el desarrollo de la obra y la instalación de líneas de abonado aceptadas por la interventoría, hace suponer que el contratista dispuso de personal debidamente calificado para cumplir esta labor que hace parte del objeto del contrato”.

En las “aclaraciones y complementos” de fecha octubre 18 de 2005, estima el dictamen que el valor de los materiales suministrados e instalados en la obra que no han sido objeto de pago y restitución de deducciones”, asciende a USD \$39.960.62 y (pesos colombianos) \$14.699.897.54. Así mismo, valora la pretensión referente a la reliquidación del ítem 059V en la suma \$20.223.743,90.

Estas dos valuaciones merecieron al apoderado de la convocante algunas consideraciones que presentó en la audiencia para alegar de conclusión, cuya estimación, en esta etapa del proceso arbitral es inoportuna. Considera el tribunal que examinar ahora las conclusiones de la peritación con respecto al valor de los reclamos formulados por la convocante, equivaldría, ni más ni menos, que a dar trámite y resolver una objeción por error que no se formuló en tiempo. La convocada dejó pasar la oportunidad para presentar la peritación las observaciones que ahora le ofrece al tribunal, y para cuyo recibo no es este el destinatario.

En los temas puntuales con respecto a los cuales se hacen observaciones, el perito fue contundente al señalar los valores de los ítems no pagados a la contratista y a las conclusiones a que llega el experticio es necesario estar. En aparte anterior se dejó anotado que el dictamen de agosto 16 no es un modelo de precisión en lo que hace a las apreciaciones atinentes a desperdicios; sin embargo, la valoración a que se llega sobre tal concepto en la peritación de octubre 18 no se le opone, al contrario, la complementa. En esta última ocasión el perito encontró que era “relativamente elevado” el estimativo de Ingelel y procedió a calcular las cantidades que, en su sentir, eran desperdicios normales y a descartar las que consideró que no se comprendían en este rango. En consonancia con esta apreciación en la peritación de agosto 16 se había advertido la existencia en la clase de obras de que se trata, de desperdicios justificados necesarios para la ejecución del contrato. En el segundo de la experticia no se hizo nada diferente a fijarles el correspondiente valor.

Los estimativos del perito técnico con relación a las reclamaciones que se contienen en la sexta pretensión principal, son los siguientes:

Empalmes telefónicos	\$5"027.123,90
Reliquidación del ítem 059V, “ajuste de línea de abonados”	\$20"223.743,90
Materiales suministrados en la obra que no han sido objeto de pago y restitución de deducciones	\$127"402.763.86 (1)
Pólizas exigidas por el IDU	\$28"555.290
Construcción del registro de canalización 831049 —Box Cable— (valor neto)	\$22"123.536,40
Total	\$203"332.458.06

(1) La suma de este ítem comprende la cantidad de \$14"699.897.54 y de USD \$39.390.62, que liquidada a la tasa de cambio de \$2.861.16 por dólar, vigente el 15 de octubre de 2002 — fecha en que se llevó a cabo la liquidación contable —, asciende a \$ 112"702.866.32; o sea, un total de \$127"402.763,86.

De la suma de los anteriores valores en pesos colombianos es necesario deducir la cantidad de \$36"388.692.98 que corresponde al proceso de pago por consignación, que en el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá adelanta ETB S.A. ESP a Ingelel S.A., lo que da un resultado de \$166.943.765.08. Actualizada esta cifra mensualmente de acuerdo a los índices de precios al consumidor, a partir del 15 de octubre de 2002, tomados de la página web del DANE, arroja el siguiente resultado:

2002	Octubre	135,39	100,00	166.943.765,08
	Noviembre	136,45	1,007829234	168.250.806,89
	Diciembre	136,81	1,010488219	168.694.707,89
2003	Enero	138,42	1,022379792	170.679.931,77
	Febrero	139,96	1,033754339	172.578.841,57
	Marzo	141,42	1,044538001	174.379.106,71
	Abril	143,04	1,056503435	176.376.661,18
	Mayo	143,74	1,061673683	177.239.802,00

	Junio	143,67	1,061.156.659	177.153.487,92
	Julio	143,46	1,059.605.584	176.894.545,67
	Agosto	143,90	1,062.855.455	177.437.091,33
	Septiembre	114,22	1,065.218.997	177.831.669,99
	Octubre	144,31	1,065.883.743	177.942.645,24
	Noviembre	144,81	1,069576778	178.559.174,39
	Diciembre	145,69	1,07607652	179.644.265,71
2004	Enero	146,98	1,08560455	181.234.910,93
	Febrero	148,75	1,098677893	183.417.424,15
	Marzo	150,21	1,109461556	185.217.689,29
	Abril	150,90	1,114557944	186.068.499,52
	Mayo	151,47	1,118768004	186.771.342,76
	Junio	152,38	1,125489327	187.893.425,83
	Julio	152,34	1,125193884	187.844.103,50
	Agosto	152,38	1,125489327	187.893.425,83
	Septiembre	152,83	1,128813059	188.448.302,07
	Octubre	152,82	1,128739198	188.435.971,49
	Noviembre	153,24	1,131841347	188.953.855,98
	Diciembre	153,70	1,135238939	189.521.062,80
2005	Enero	154,97	1,144619248	191.087.046,86
	Febrero	156,55	1,156289238	193.035.279,00
	Marzo	157,76	1,165226383	194.527.279,56
	Abril	158,45	1,170322771	195.378.089,79
	Mayo	159,10	1,175123717	196.179.577,70
	Junio	159,74	1,179850801	196.968.735,02
	Julio	159,81	1,180367826	197.055.049,10
	Agosto	159,82	1,180441687	197.067.379,68
	Septiembre	160,50	1,185464214	197.905.859,33
	octubre	160,87	1,18819706	198.362.090,91
	Noviembre	161,05	1,189526553	198.584.041,41

	Diciembre	161,16	1,190339021	198.719.677,82
2006	Enero	162,04	1,196838762	199.804.769,14
	Febrero	163,10	1,204667996	201.111.810,95

El total de las pretensiones que por los conceptos anteriores se reconocerán a favor de la parte convocante es de \$201.111.810,95, suma a cuyo pago se condenará a la parte convocada. Se condenará igualmente al pago de intereses a la tasa del 6% anual, liquidados por mensualidades vencidas sobre la suma indexada en el período, a partir del 15 de octubre de 2002 y hasta la fecha señalada para el pago en la parte resolutive de este laudo.

6.6. Imposición de multas por parte de la contratante a la contratista.

La cláusula cuarta del contrato celebrado entre ETB e Ingelel hace referencia a retrasos que dan lugar a sanciones y remite la cuantía de su aplicación a la cláusula trigésima tercera que trata de la cláusula penal moratoria.

En el número 18 de la cláusula décima, el contratista se obliga a cumplir con el plan de manejo ambiental aprobado por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, y en la cláusula décima novena, párrafo 2º, se estipula que en caso de incumplimiento del referido plan, la empresa impondrá al contratista una multa por un monto igual al de un salario mínimo legal mensual, “por cada día de inobservancia de la respectiva exigencia, a partir del día siguiente a aquel en que la interventoría la haya advertido, y esto deberá hacerse por escrito tan pronto se percate de tal infracción”.

El 26 de febrero de 2001 las partes llegaron a un acuerdo respecto al procedimiento que debía cumplirse para calcular los atrasos que se produjeran en la ejecución de los proyectos objeto del contrato. Dos días después formalizaron uno adicional en el que el contratista reconoció a la contratante la suma de \$28.941.859.65, como compensación por las demoras en que incurrió hasta el 20 de octubre de 2000; autorizó que dicha cantidad le fuera deducida de los valores que a la fecha del convenio se le adeudaran; y, de común acuerdo, fijaron algunas reglas para compensar a la contratante eventuales atrasos que pudieron haber ocurrido en otros períodos. Niega, sin embargo, la convocante en el hecho 5.8 de su demanda integrada, que en algún momento se hubiera facultado a la contratante o al interventor para establecer y determinar los eventuales atrasos y sus valores de manera “unilateral y vinculante”.

Sin mayores diferencias, están contestes convocante y convocada con respecto al proceso que se cumplió previamente a la imposición de las multas por parte de ETB a Ingelel, así como a la reiterada negativa de la contratista “a suscribir cualquier acta que tuviese como objeto el reconocimiento de la compensación por atrasos” (respuesta de la convocada a los numerales 3.3 y 3.3.1 de los hechos de la demanda).

Es también un hecho cierto del proceso que el contratista manifestó expresamente su desacuerdo con la multa de impacto ambiental, alegando que “son situaciones consolidadas desde mucho tiempo atrás, que no existió requerimiento escrito del interventor y que en algunos casos superan el valor del proyecto (cita que en el mismo aparte de respuesta a la demanda se hace de la comunicación que Ingelel envió el 4 de abril de 2002 a ETB, en respuesta a la comunicación 138302, que esta le había dirigido)”.

Afirma la convocada que el 15 de octubre de 2002 “fue suscrita el acta de liquidación contable del contrato 4200002703 y sus adicionales”. Complementa esta afirmación diciendo que en dicha acta dejó constancia de “que no acepta, no está de acuerdo, ni autoriza, ni consiente que en dicha liquidación se le descuente la cantidad de \$ 355.559.796,80 por concepto de compensaciones por supuestos atrasos y por sanciones por el supuesto incumplimiento al plan de manejo ambiental”.

Entiendo la contratante que de las cláusulas cuarta y décima novena del contrato y de los acuerdos que celebró con el contratista los días 26 y 28 de febrero de 2001, derivaba una autoridad sancionatoria unilateral, que le otorgaba derecho para declarar incumplimientos, fijar el monto de las multas correspondientes y disponer deducciones o compensaciones sobre las sumas que adeudaba a su contraparte. Cumple, pues, examinar si le asistía a la convocante la potestad que autónomamente ejerció o si, por el contrario, carecía de ella y dada la circunstancia de no haber llegado a acuerdo alguno con el contratista, su única opción era la de acudir al juez del contrato, ante el

que le correspondía acreditar la ocurrencia de los incumplimientos e impetrar las condenas que de tal declaración se originaran.

En sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente 14579, la Sección Tercera del Consejo de Estado — C.P. Germán Rodríguez Villamizar —, expresó que el Estado carece de competencia alguna para incluir en los contratos que celebre, como cláusula excepcional, la de multas y si en ejercicio de la autonomía de la voluntad llegara a pactarse, no tiene competencia para imponerlas unilateralmente.

Apoya el fallador esta decisión en los siguientes argumentos:

Conforme a lo preceptuado en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política “las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Con tal principio se busca establecer condiciones “igualitarias y equitativas” entre el Estado y los particulares, que protejan a estos contra los abusos del poder por parte de aquel.

Este criterio de igualdad inspira la Ley 80 de 1993, tal como aparece en la exposición de motivos, que encontró como una necesidad la defensa de los “derechos del administrado contratista retornando el contrato a la noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y de facultades omnímodas e innecesarias...”.

Cita, también, la sentencia, algunos párrafos de la ponencia para primer debate en las sesiones conjuntas de las comisiones cuartas de Senado y Cámara, de la que es importante resaltar el siguiente párrafo: “... la consagración del postulado de la autonomía produce consecuencias diametralmente opuestas a las que se derivan de un régimen como el implantado en el Decreto 222 de 1983, caracterizado por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un Estado paquidémico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia de su gestión, carente de mecanismos ágiles de solución de las controversias contractuales, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales”.

El artículo 60 del Decreto 222 de 1983, establecía que en todo contrato que celebrara la administración era forzosa la inclusión de una serie de cláusulas, entre estas las referentes a multas, que se harían efectivas, según el artículo 71 ib., “mediante resolución motivada por la entidad contratante”. Con ello, el Estado quedaba plenamente facultado, utilizando sus poderes excepcionales, para declarar los incumplimientos e imponer las multas.

Salvo las disposiciones referentes a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres, la Ley 80 de 1993 derogó el resto del articulado del Decreto 222 de 1983 y en ninguna norma otorgó facultad al Estado para incluir como cláusula excepcional, la de multas, de donde infiere el sentenciador que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de esta figura como potestad excepcional.

Concluye la sentencia diciendo que nada impide que las partes de un contrato estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan acordar cláusula de multas, que así lo tiene establecido la Sala en fallos de junio 2 de 1998 y junio 20 de 2002, pero lo que no pueden hacer, “y en este sentido se recoge la tesis consignada en estas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente. (...) Por tanto, cuando quiera que han sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil o comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal...”.

El tribunal comparte las conclusiones de la doctrina expuesta y en los precisos términos en que está concebida, estima que procede su aplicación respecto de este punto del proceso arbitral.

En el contrato celebrado entre ETB S.A. ESP e Ingelel S.A. nada impedía que se incluyeran cláusulas referentes a multas por atrasos e incumplimiento del plan de manejo ambiental. Dentro del principio de autonomía de la voluntad bien pudieron pactarse estipulaciones de tal naturaleza. Sin embargo, dichas cláusulas no ofrecen la categoría de excepcionales al derecho común, por lo que no confieren a la entidad distrital prerrogativa alguna para

declarar incumplimientos por parte de la sociedad contratista e imponerle sanciones. En el momento en que la contratante agotó la posibilidad de llegar con la contratista a un acuerdo amigable, ha debido intentar la convocatoria de un tribunal de arbitramento —juez acordado en el contrato— para que dirimiera la controversia surgida entre las partes. No lo hizo así y resolvió unilateralmente imponer multas a su cocontratante, con lo que excedió su competencia para decidir sobre dicho asunto.

Advierte el tribunal que no se está pronunciando respecto a si se dieron o no las circunstancias de hecho en que, de acuerdo a la respuesta a la demanda, fundamentó la contratante las multas a la contratista. La resolución se circunscribe a la carencia de la potestad excepcional, que para tal efecto aquella se atribuyó. En este sentido es claro que el planteamiento de la convocada con relación a los acontecimientos que apoyaron el decreto sancionatorio, es extraño al debate procesal. Este se centró en la ilegalidad de las sanciones en tanto su aplicación se cumplió por parte de quien no tenía facultad para ello. La convocada, por su parte, asumió una defensa de carácter negativo, tendiente a enervar la pretensión de la convocante, que es lo que se persigue con la proposición de excepciones.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil —modificado por el D.E. 2282/89, art. 1º, num. 135 —, la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado que aparezcan probadas. Siguiendo las voces de esta regla, lo primero que correspondía analizar y decidir en este aspecto del negocio, era el relativo a la competencia de la contratante para imponer sanciones a la contratista. El tribunal encontró que la Ley 80 de 1993 en ninguno de sus artículos faculta a la administración para incluir en los contratos estatales que celebre, como cláusula excepcional, la de imponer multas. De conformidad con lo establecido en la citada ley y la doctrina del Consejo de Estado concluyó entonces, que las multas decretadas por la ETB contra Ingelel, excedían su potestad sancionatoria y eran, por consiguiente, ilegales.

En la explicación que hace la convocada para fundamentar esta excepción y en otros apartes de su respuesta a la demanda, se relacionó una serie de hechos tendientes a justificar la imposición de las multas por atrasos del contratista e incumplimiento de parte de este del plan de manejo ambiental. Adicionalmente, en orden a acreditar tales hechos, acompañó una abundante prueba documental, y propuso un amplio cuestionario al perito técnico. El tema, sin embargo, por vía de excepción es ajeno al conocimiento del tribunal y este no puede pronunciarse al respecto. Para tal efecto, ha debido proponérsele en demanda de reconvención, mediante la cual se le pidiera expresamente, como pretensión, que hiciera las declaraciones y condenas correspondientes.

Como consecuencia de lo anterior, el laudo acogerá favorablemente la declaración formulada en la quinta pretensión principal y en la de condena como se pide en el numeral 1.6.3. En consecuencia se dispondrá al pago de la convocada a la convocante de la cantidad de \$ 355.559.796,39, actualizada esta cifra de acuerdo a los índices de precios al consumidor, a partir del 15 de octubre de 2002 y hasta el 28 de febrero de 2006, según el siguiente cuadro:

2002	Octubre	135,39	100,00	355.559.796,80
	Noviembre	136,45	1,007829234	358.343.557,67
	Diciembre	136,81	1,0104882199	359.288.985,89
2003	Enero	138,42	1,022379792	363.517.150,99
	Febrero	139,96	1,033754339	367.561.482,83
	Marzo	141,42	1,044538001	371.395.719,50
	Abril	143,04	1,056503435	375.650.146,50
	Mayo	143,74	1,061673683	377.488.479,15
	Junio	143,67	1,061156659	377.304.645,88
	Julio	143,46	1,059605584	376.753.146,09

	Agosto	143,%	1,062855455	377.908.669,47
	Septiembre	144,22	1,065218997	378.749.050,11
	Octubre	144,31	1,065883743	378.985.407,17
	Noviembre	144,81	1,069576778	380.298.501,92
	Diciembre	145,69	1,07607652	382.609.548,68
2004	Enero	146,98	1,08560455	385.997.333,14
	Febrero	148,75	1,098677893	390.645.688,56
	Marzo	150,21	1,109461556	394.479.925,23
	Abril	150,90	1,114557944	396.291.995,99
	Mayo	151,47	1,118768004	397.788.924,01
	Junio	152,38	1,125489327	400.178.756,45
	Julio	152,34	1,125193884	400.073.708,87
	Agosto	152,38	1,125489327	400.178.756,45
	Septiembre	152,83	1,128813059	401.360.541,73
	Octubre	152,82	1,128739198	401.334.279,84
	Noviembre	153,24	1,131841347	402.437.279,43
	Diciembre	153,70	1,135238939	403.645.326,60
2005	Enero	154,97	1,144619248	406.980.587,27
	Febrero	156,55	1,156289238	411.129.966,68
	Marzo	157,76	1,165226383	414.307.655,98
	Abril	158,45	1,170322771	416.119.726,74
	Mayo	159,10	1,175123717	417.826.749,91
	Junio	159,74	1,179850801	419.507.511,20
	Julio	159,81	1,180367826	419.691.344,46
	Agosto	159,82	1,180441687	419.717.606,36
	Septiembre	160,50	1,185464214	421.503.415,22
	Octubre	160,87	1,18819706	422.475.105,33
	Noviembre	161,05	1,189526553	422.947.819,44
	Diciembre	161,16	1,190339021	423.236.700,29
2006	Enero	162,04	1,196838762	425.547.747,05
	Febrero	163,10	1, 204667996	428.331.507,93

Igualmente, se condenará a la convocada al pago de intereses a la tasa del 6%, liquidados por mensualidades vencidas sobre la suma indexada en el correspondiente período, a partir del 15 de octubre de 2002 y hasta la fecha señalada para el pago en la parte resolutive de este laudo.

VII. Excepciones propuestas por la ETB

El tribunal considera que cada una de las excepciones de mérito propuestas por la convocada en el escrito de contestación a la reforma de la demanda no están llamadas a prosperar. Así se desprende de las consideraciones expuestas a lo largo del presente laudo con motivo del examen de las pretensiones de la demanda, y de lo dicho al comienzo de la presente parte motiva sobre competencia del tribunal para conocer de la integridad del conflicto, tal

como le fue planteado. Así se dirá en la parte resolutive.

VI.(sic) Costas

El tribunal con fundamento en lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, y a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, en consideración a que no han prosperado la totalidad de las pretensiones de la demanda, se abstiene de condenar en costas en el presente trámite.

VII. Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias surgidas entre la sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. — Ingelel S.A.” y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP — ETB, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar que por causas no imputables a la sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. — Ingelel S.A.” se rompió el equilibrio económico y financiero del contrato 4200002703 del 28 de abril de 2000, con lo cual su cumplimiento se hizo más oneroso para dicha sociedad, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva de este laudo.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP —ETB, a pagar a favor de la sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. — Ingelel S.A.” la suma de cuatrocientos setenta y cuatro millones trescientos setenta mil quinientos treinta y cuatro pesos con veintidós centavos (\$474.370.534,22) moneda legal, a título de indemnización de perjuicios ocasionados a dicha sociedad por la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato 4200002703 celebrado el 28 de abril de 2000 entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP —ETB y la sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. — Ingelel S.A.”, suma esta que incluye la indexación con base en los índices de precios al consumidor entre el 15 de octubre de 2002 y el 28 de febrero de 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

Tercero. Declarar que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP —ETB, incumplió las obligaciones a su cargo, surgidas del contrato 4200002703 del 28 de abril de 2000, por no haber cancelado a la sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. — Ingelel S.A.” el valor de algunos trabajos, suministros y aportes a la obra realizados por esta en cumplimiento de las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo expuesto sobre el particular en la parte motiva de este laudo.

Cuarto. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP —ETB, a pagar a favor de la sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. — Ingelel S.A.”, la suma de doscientos un millones ciento once mil ochocientos diez pesos con noventa y cinco centavos (\$ 201,111,810.95) moneda legal, a título de reconocimiento y pago de algunos de los trabajos, suministros y aportes a la obra realizados por esta última, en ejecución y cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que aquella no cubrió a la sociedad contratista, suma esta que incluye la indexación con base en los índices de precios al consumidor entre el 15 de octubre de 2002 y el 28 de febrero de 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo sobre el particular.

Quinto. Declarar que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP —ETB, sin facultades legales para hacerlo, decretó y descontó unilateralmente de las sumas debidas a la sociedad “Ingeniería Eléctrica y Electrónica S.A. — Ingelel S.A.”, a título de multas por atrasos e incumplimiento del plan de manejo ambiental, la suma de trescientos cincuenta y cinco millones quinientos cincuenta y nueve mil setecientos noventa y seis pesos con treinta y nueve centavos (\$ 355,559,796.39).

Sexto. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la ETB a pagar a favor de la sociedad Ingelel S.A. la cantidad de cuatrocientos veintiocho millones trescientos treinta y un mil quinientos siete pesos con noventa y tres centavos (\$ 428,331,507.93), suma esta que incluye la indexación con base en los índices de precios

al consumidor entre el 15 de octubre de 2002 y el 28 de febrero de 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

Séptimo. Las sumas a que se condena a la ETB deberán ser pagadas por esta a favor de Ingelel S.A., dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al de la ejecutoria del presente laudo.

Octavo. Se CONDENA igualmente a la ETB a pagar a favor de Ingelel sobre las sumas a que se refieren los puntos segundo, cuarto y sexto anteriores, intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual, liquidados por mensualidades vencidas sobre las sumas indexadas en el correspondiente período, a partir del 15 de octubre de 2002 y hasta la fecha de su pago, dentro del plazo fijado para el efecto en el punto séptimo anterior. A partir del vencimiento del plazo para el pago, se causarán intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley y hasta el momento en que el pago se verifique.

Noveno. Téngase como liquidación definitiva del contrato 4200002703 del 28 de abril de 2000, la contenida en el acta de liquidación contable de fecha 15 de octubre de 2002, con las modificaciones cuantitativas que resultan de las declaraciones y condenas determinadas en el presente laudo.

Décimo. Deniéguense las restantes súplicas de la demanda, particularmente la primera y segunda principales.

Undécimo. Decláranse no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad convocada.

Duodécimo. Sin costas a cargo de ninguna de las partes, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva de este laudo.

Décimo tercero. Por secretaría, expídanse sendas copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y el agente del Ministerio Público, y copia simple del mismo con destino al centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo cuarto. Una vez ejecutoriado el presente laudo, protocolícese el expediente por el presidente en una de las notarías del círculo de Bogotá.

Notifíquese.

Antonio De Irisarri Restrepo—Diego Moreno Jaramillo—Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Gabriel Jaime Martínez—Efrain Alberto Becerra, apoderados.

Humberto José Meza Armeta, Ministerio Público.

Patricia Zuleta García, secretaria.

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los señores apoderados de las partes a quienes se entregaron sendas copias del laudo arbitral.

El tribunal fijó la fecha del veintisiete (27) del mes de marzo de 2006 a las 3:00 p.m. para la audiencia en que se resolverá las solicitudes de aclaraciones, correcciones y adiciones si las hubiere.

La anterior decisión quedó notificada en audiencia a los apoderados de las partes.

No habiendo más asuntos que tratar el presidente dio por concluida la audiencia y para constancia se firma el acta por quienes en ella intervinieron.

Antonio De Irisarri Restrepo—Diego Moreno Jaramillo—Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Gabriel Jaime Martínez—Efrain Alberto Becerra, apoderados.

Humberto José Meza Armeta, Ministerio Público.

Patricia Zuleta García, secretaria.
