



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

REFERENCIA.	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
PROCESO:	70-001-33-33-000-2016-00031-00
DEMANDANTE:	CONSTRUCCIONES Y EQUIPOS SAS
DEMANDADO:	ECOPETROL S.A.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal, el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** instauró **CONSTRUCCIONES, COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S.**, en contra de la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPETROL S.A.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹.

La sociedad **CONSTRUCCIONES, COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S.**, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**, contra la empresa **ECOPETROL S.A.**, **SOLICITANDO:**

Declarar que por hechos no imputables a la Sociedad **CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S.**, el contrato No. MA-0023088, cuyo objeto es *'PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE'* tuvo una duración mayor de la prevista, lo que hizo necesario que su plazo se ampliara y se aumentara su costo, rompiendo el equilibrio económico y financiero del contrato.

¹ Fol. 1 a 10.

Declarar que por hechos no imputables a la Sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., el contrato No. MA-0023088, cuyo objeto era la *"PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE"*, tuvo un costo para la sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., mayor del precio contratado, que sólo aprovechó a ECOPETROL S. A., en cuyo beneficio se hizo la obra objeto del contrato y como consecuencia se rompió el equilibrio económico financiero del mismo.

Declarar que todos los gastos y costos no previstos en la oferta de la Sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S, aceptada por ECOPETROL S. A, ni en el contrato No. MA-0023088, cuyo objeto era la *"PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE"*, en los cuales incurrió la Sociedad para la ejecución y cumplimiento del mismo contrato, deben ser asumidos y pagados por ECOPETROL S.A., en cuyo beneficio se realizó la obra objeto del contrato.

Declarar que por hechos no imputables a la Sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S, ECOPETROL S.A., incumplió el contrato No. MA-0023088, cuyo objeto es *"PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE"*, por cuanto una vez ejecutadas las obligaciones contractuales, ECOPETROL S.A., no adoptó las medidas necesarias para mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato, derecho que le asiste a la demandante, en los términos del inciso 2 numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

Condenar a ECOPETROL S.A. a indemnizar (o rembolsar para restablecer el equilibrio económico del contrato) a la Sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S, con la actualización monetaria, los mayores costos en los cuales incurrió, con sus intereses correspondientes hasta el día del pago real y material.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a ECOPETROL S.A. pagar a CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., los conceptos y valores correspondientes a sobrecostos e improductividad que tuvo que asumir dentro de la ejecución del contrato No. MA-0023088, cuyo objeto fue la *"PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE"*, que ascienden a la suma de SEISCIENTOS QUINCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL

SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS ML. (\$615.663.658), que se discriminan así:

- Mayores costos por Stand By de equipos y personal por demoras en entregas de permisos de trabajo, por valor de \$216.292.426.
- Mayores costos por lluvias, condiciones de construcción y limitaciones en el área, por valor de \$207.080.981.
- Condiciones de imprimación asfáltica en el área, por valor de \$19.355.046.
- Mayor permanencia del contratista en el sitio de obra, por valor de \$83.479.700.
- Componente de Administración, correspondiente al 17% de los costos directos \$89.455.403.

Que ECOPETROL S.A. pague a la sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S, intereses moratorios sobre las cantidades liquidadas mencionadas en la sentencia, a partir su ejecutoria y moratorios después de este término, tal como lo prescribe el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Condenar a ECOPETROL S.A, en costas del presente proceso (gastos y agencias en derecho).

Como **supuestos fácticos**, en la demanda se afirmó que:

Entre ECOPETROL S.A. y la sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES y EQUIPOS S.A.S., se celebró el día 25 de marzo 2013, el contrato No.MA-0023088, cuyo objeto era la *"PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE"* y el plazo de ejecución se pactó en noventa días (90) días calendario, contados desde la fecha del acta de inicio del contrato.

La fecha de inicio del contrato fue el día 20 de mayo de 2013, según acta de inicio del mismo año y quedando registrada como fecha de terminación el día 17 de agosto de 2013, teniendo como valor inicial pactado la suma de MIL CIENTO CUARENTA y SIETE MILLONES CIENTO VEINTIDÓS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS COLOMBIANOS (\$1.147.122.831), sin incluir el valor de IVA.

Durante el desarrollo del contrato se firmaron tres (3) OTRO SÍ, todos por causas no imputables al contratista, así: *"OTROSÍ No.1: De fecha 16 de agosto de 2013, a través del cual se amplía el plazo de ejecución del contrato en 15 días calendario, es decir, hasta el 01 de septiembre de 2013, y se incrementa el valor del mismo en la suma de CIENTO CINCO MILLONES CINCUENTA*

Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS COLOMBIANOS (\$105.052.876) sin IVA quedando como nuevo valor (\$1.252.175.707) MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SIETE PESOS SIN IVA, **OTROSÍ No.2:** De fecha 30 de agosto de 2013, a través del cual se amplía el plazo de ejecución del contrato en treinta (30) días calendario, es decir, hasta el 01 de octubre del 2013, por causa de la intensa temporada de lluvias, registrando por este efecto, un atraso del contratista por treinta (30) días, **OTROSÍ No.3:** De fecha 01 de octubre de 2013, a través del cual se amplía el plazo de ejecución del contrato en 60 días calendarios, es decir hasta el 30 de noviembre de 201, por causa de la intensa temporada de lluvias, registrando por este efecto, un atraso del contratista por sesenta (60) días”.

Durante el plazo de ejecución contractual sucedieron algunos hechos imprevistos e imprevisibles para el contratista, completamente ajenos a su responsabilidad, los cuales perturbaron el normal desarrollo de los trabajos a su cargo, generándole sobrecostos e improductividad a la sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., específicamente: *“Demoras en entregas de permisos de trabajo, lo que generó mayores costos por Stand By de equipos y personal y por mayor tiempo de permanencia del contratista en el sitio de la obra. Intensa temporada de lluvias, que afectó las condiciones de construcción y limitaciones en el área, originándose por este hecho mayores costos. Ausencia de condiciones para la imprimación asfáltica, por temporada de lluvias. En el anexo B. Especificaciones Técnicas de la Oferta en el numeral 6.2.1. Se especifica la prohibición de imprimir y pavimentar cuando existan condiciones de lluvia y solo podía hacerse en casos extremos, cuando la interventoría lo autorizara en horas nocturnas; no obstante, las lluvias ocurrían en su mayoría en horas de la noche y la madrugada”*

Ante los hechos anteriores, CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., el 09 de junio de 2014, presentó solicitud de Restablecimiento del Equilibrio Económico y Financiero del Contrato No. MA-0023088 para la *“PAVIMENTACION AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE”*, en el cual le expuso las razones de su pedido, con los diferentes soportes técnicos.

Sostiene que, en los OTRO SI, 2 y 3, la demandada ECOPETROL S.A. registró que las intensas lluvias ocurridas en la región en los meses de agosto y septiembre de 2013, que fueron frecuentes, fueron causa del motivo del retraso de la obra contratada. La aseveración anterior, se prueba con la certificación C052-11-130-SME/2014 expedida por el IDEAM el 2 de abril de 2014, del comportamiento diario de la precipitación durante los meses comprendidos entre enero - octubre de 2013.

Aduce que, mediante oficio de fecha julio 25 de 2014, la empresa ECOPETROL S.A., dio respuesta parcialmente negativa a las pretensiones de Restablecimiento del Equilibrio Económico y Financiero del Contrato MA-0023088, aduciendo razones que desdican lo normado en el Numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

Indica que, el 4 de agosto de 2014, se liquidó por mutuo acuerdo el contrato MA-0023088 suscrito entre ECOPETROL S.A. y CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S, sin embargo esta última, manifestó expresamente que: *“La firma estampada en la presente liquidación, no significa de ninguna manera Paz y Salvo a favor del CONTRATANTE por cuanto CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS SAS ha presentado la reclamación, por medio de la cual solicitó el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, alterada por hechos imprevistos, no atribuibles a su responsabilidad, por valor de SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS ML. (\$633.566.510)”*

Como **normas violadas**, la parte demandante citó, el preámbulo, artículos 1 y 2 de la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, artículos 3, 4 #s 8 y 9; 5 inciso 2 del numeral 1, 27, 28 y 50, Código de Comercio, artículos 831, 868 y la Ley 153 de 1887.

En el concepto de violación, se expuso que con el acto demandado, se violan las disposiciones antes señaladas, por cuanto, el equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma.

Que para ello, tiene en cuenta todas las circunstancias imperantes en el momento de proponer, de índole material, jurídica, económica, social, laboral, etc., de tal manera que en la elaboración de los precios que ofrece a la administración, tiene en consideración factores tales como el sitio de ejecución contractual, la situación de orden público, los precios de los materiales y de la mano de obra, el costo de los equipos requeridos, las cargas tributarias que deberá asumir, etc., siendo uno de estos elementos a considerar para sus cálculos, el del tiempo que deberá invertir en la ejecución del objeto contractual, que constituye una variable importante en la determinación del valor de su oferta, que en virtud de la adjudicación, se tornará en el precio del contrato.

Sostiene en su concepto, que una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e

imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5o, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes.

Que, la conducta de la sociedad CONSTRUCCIONES, COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S, ha sido de adecuada buena fe, como parte cumplidora de sus obligaciones contractuales, razón por la cual debe alcanzarse el objetivo de protección del resultado económico perseguido, resarciéndosele al contratista los perjuicios causados por las modificaciones a las condiciones de tiempo y modo establecidas en el alcance del contrato original.

Por último agrega que, la doctrina ha aceptado que cuando las modificaciones del objeto contratado en los contratos de obra, que hacen más gravosa la obligación del contratista, y éste acate cabalmente las obligaciones contractuales inspirado en el actuar de buena fe y más aún para no incurrir en un incumplimiento del contrato, la entidad contratante se encuentra en la obligación de reparar el daño causado por los mayores costos que a su vez generan una mayor permanencia del contratista para el cumplimiento.

1.4. TRÁMITE DEL PROCESO:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 04 de febrero de 2016 (folio 10 y 189).
- Admisión de la demanda: 09 de febrero de 2016 (fol. 191).
- Notificación a las partes: 10 de febrero y 04 de mayo de 2016 (fol. 192 a 203).
- Recepción de acuse de recibo de la notificación: 04 de mayo de 2016 (fol.204).
- Contestación de la demanda: 26 de julio de 2016 (folio 207 a 222).
- Audiencia inicial: 04 de octubre de 2016 (folio 429 a 432).

- Audiencia de pruebas (testimonios): 09 de noviembre de 2016 (folio 456-459)
- Audiencia de pruebas (incorporación y práctica prueba pericial): 08, y marzo de 2017, 18 de julio de 2017 (folio 329 a 331, 379 a 381 y 597 a 600).
- Audiencia de pruebas, (contradicción dictamen pericial y traslado para alegatos de conclusión): 16 de agosto de 2017 (folio 842 y 843).

1.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ECOPETROL S.A.²

La entidad demandada da contestación, aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos y razones de derecho explicó que, fue la intensa temporada lluvias del año 2013, la que retrasó la ejecución del Contrato de Obra No. MA-00230888, y que incluso obligó a ampliar el plazo de ejecución del contrato y a suspender el mismo en varias ocasiones, todas a solicitud del contratista.

Que, en el caso concreto estamos ante un hecho de fuerza mayor que produjo la inejecución oportuna de la prestación contractual por parte del contratista, hecho que no resulta imputable al contratista y mucho menos al contratante por tratarse de un hecho exógeno y extraño a las partes.

Aduce que, ECOPETROL S.A., no está obligada a restablecer el equilibrio económico y financiero del Contrato de Obra No. MA- 00230888, porque los hechos aludidos por la parte demandante no se encuentran cobijados por la teoría de la imprevisión como pretende hacer ver la Sociedad Construcciones Compresores y Equipos S.A.S., sino que se trata de hechos de fuerza mayor que eximen a las partes de la eventual responsabilidad contractual.

Además debe tenerse presente que Ecopetrol S.A. reconoció a la parte demandante las pérdidas de tiempo horas hombre y equipos causadas por las lluvias pero solamente en los eventos puntuales donde superó el histórico de los niveles de agua, reconocimiento que se tasó en la suma de \$55.180.378, tal como consta en el oficio No. 2-2014-081-1816 de fecha 25 de julio de 2014 mediante el cual se dio respuesta a la solicitud de Restablecimiento del Equilibrio Económico y Financiero del Contrato de Obra No. MA-00230888 presentada por la Sociedad Construcciones Compresores y Equipos S.A.S., único hecho que debió ser reconocido.

Sostiene que, el valor del Contrato de Obra No. MA-00230888 fue incrementado por la identificación de mayores cantidades de obra por causa de fallos existentes en el

²Folios 138 a 143.

terreno natural y la inclusión de una actividad complementaria -Excavación manual y retiro- que no estaba incluida en el contrato inicial, razón por la cual el valor del mismo se aumentó en la suma de \$105.052.876, como consta en el Otro Sí No.1.

Afirma que, no es posible declarar responsable a ECOPETROL S.A., por el presunto incumplimiento del Contrato de Obra No. MA-0023088 de 2013, por haber dejado de adoptar medidas necesarias para el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, y en virtud de tal declaración condenarla al pago de las sumas reclamadas por el demandante por concepto de sobrecostos que se generaron en su contra, cuando la causa efectiva de los presuntos sobrecostos que pretende el demandante fueron producto de hechos de fuerza mayor ajenos a esa entidad, como fue la intensa temporada de lluvias que interrumpió el normal desarrollo del contrato por parte del contratista.

Que, contrario a lo manifestado por la parte demandante, quien sustenta su demanda bajo la teoría de la imprevisión, estamos ante el típico caso de fuerza mayor con ocasión de la intensa temporada de lluvias que azotó la región para los meses de agosto y septiembre del año 2013, meses en que se ejecutaba el Contrato de Obra No. MA-0023088 y que superó los niveles históricos de precipitaciones, como quedó demostrado con la certificación expedida por el IDEAM, en la que se evidencia que para los meses de agosto y septiembre de 2013 las precipitaciones se encontraban muy por encima de lo normal (con la indicación de que es un mes extremadamente lluvioso).

Por último, formuló las excepciones:

- a. **Fuerza mayor/causal eximente de responsabilidad contractual:** la fundamenta en el hecho de, que estamos ante el típico caso de fuerza mayor con ocasión de la intensa temporada de lluvias que azotó la región para los meses de agosto y septiembre del año 2013, meses en que se ejecutaba el Contrato de Obra No. MA-0023088 y que superó los niveles históricos de precipitaciones, como quedó demostrado con la certificación expedida por el IDEAM.
- b. **Inexistencia de mayores costos por stand by de equipos y personal por demoras en entregas de permisos de trabajos, paros, simulacros y suspensiones:** Que al oferente desde el momento de presentarse en un proceso de selección, como en el caso concreto fue la invitación privada de oferta No. 50022265, se le dieron a conocer los procedimientos y directrices que en materia de emisión de permisos de equipos y personal tiene establecidos Ecopetrol S.A. para la ejecución del objeto contratado, condiciones que desde

el momento mismo de su participación aceptó y se obligó a acatar, y que ratificó posteriormente con la suscripción del Contrato de Obra No. MA-0023088, por lo que tales procedimientos y requisitos nunca fueron extraños para el hoy demandante,

Así las cosas no tiene asidero lo alegado por la parte demandante al manifestar que la entrega de permisos de trabajo de personal y maquinarias le produjo mayores costos por Stand By de equipos y personal, entre otras cosas porque la entrega de permisos de trabajo constituye un requisito para la ejecución de la labor contratada, por lo tanto el trámite propio que lleva la emisión de los permisos no genera el Stand By alegado por la parte demandante y que pretende reconozca Ecopetrol S.A., además de que las suspensiones hechas y sus motivos fueron avalados por las partes en los Otros 1, 2 y 3.

- c. **Inexistencia de mayor permanencia en obra del contratista-responsabilidad exclusiva del contratista:** Que, las dilaciones que se registraron en la ejecución del Contrato de Obra No. MA-0023088 no fueron causadas por Ecopetrol S.A., pues, el contratista no acreditó el cumplimiento del equipo mínimo de trabajo requerido para iniciar la ejecución del contrato, ya que, el Contrato de Obra No. MA- 0023088 fue suscrito el día 8 de marzo de 2013 y el acta de inicio del contrato solo fue firmada hasta el día 20 de mayo de 2013, cuando habían transcurrido 72 días desde la suscripción del contrato. El retraso para iniciar la ejecución del contrato obedeció a que la Sociedad Construcciones, Compresores y Equipos, no había dado cumplimiento a la totalidad de requisitos necesarios para la suscripción de acta de inicio y consecuente ejecución de obra.
- d. **Inexistencia del presunto desequilibrio económico del contrato:** Asegura que, la temporada invernal atiende a un hecho de la naturaleza que resulta previsible en atención a los análisis meteorológicos que sobre tal aspecto se realizan, por lo que en el asunto de la referencia ya se está incumpliendo con el primero de los requisitos de la teoría de la imprevisión -Imprevisibilidad del hecho-, bajo la cual habría lugar a un posible reajuste del valor del contrato por las condiciones anormales en que debió ejecutarse la obra.

Al respecto se tiene que, las condiciones de la temporada invernal fueron advertidas y previstas por las partes desde antes de la suscripción del contrato, tanto así que en la Cláusula 8o del Contrato de Obra No. MA- 0023088 de 2013, se indicó, *“EL CONTRATISTA, al momento de estimar los recursos necesarios para la*

ejecución del objeto contratado, debió tener en cuenta que los rendimientos sobre las actividades que involucra el alcance del contrato, se pueden ver afectados por altos periodos de lluvia que se registran dentro del plazo contractual. En consecuencia, se entiende que el CONTRATISTA consideró en los costos de su propuesta, todos aquellos recursos adicionales que deben implementarse durante el desarrollo de los trabajos, a efecto de cumplir con el objeto del contrato, dentro del plazo pactado”, luego entonces, las condiciones climáticas adversas que se pudieran llegar a presentar durante la ejecución del contrato fueron debida y oportunamente previstas por las partes contractuales, y con base en ello el contratista elaboró su propuesta económica y debió ejecutar el contrato.

1.4. AUDIENCIA INICIAL:

En la audiencia inicial celebrada el 04 de octubre de 2016, se surtieron las etapas procesales de rigor de conformidad con los postulados del artículo 180 de la Ley 14367 de 2011, fijándose el litigio a la luz de las posturas de las partes, proponiéndose como planteamientos jurídicos, los que se estudiarán más adelante. Igualmente, se incorporaron las documentales aportadas por las partes y se dispuso decretar como pruebas, las testimoniales y la pericial solicitada por las partes.

1.5. AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Conforme las previsiones del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, realizó la audiencia de pruebas, la cual se dividió en tres escenarios, uno para la práctica y recepción de la prueba testimonial³, la cual tuvo lugar el día, 09 de noviembre de 2016, en donde se le recibió la declaración a los señores, Manuel Moreno Herrera, Rafael Enrique Gutiérrez Meneses y Luis Miguel Buelvas Castañeda. El segundo de ellos, tuvo como objeto la incorporación y práctica de la prueba pericial⁴, rendida por el perito ingeniero Mario Antonio Pestana Almanza, esto es, el 23 de marzo de 2017, y una última diligencia, que tuvo lugar el día, 16 de agosto de 2017⁵, en la cual se realizó la contradicción del dictamen pericial y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, esto es, por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

³Acta folios 457 a 459.

⁴Acta folios 529 a 531.

⁵Acta obrante a folios 842 y 843.

1.6. ALEGATOS DE LAS PARTES POR ESCRITO.

Dentro de esta oportunidad procesal concurre, la parte actora y la entidad demandada. Posturas que fueron rendidas en los siguientes términos:

La parte demandante⁶, por escrito fechado 30 de agosto de 2017, reiteró los argumentos expuestos en libelo introductorio, agregando que, la inundación del tanque 502, se produce por el dique cerrado. Que los tanques con almacenamiento de crudo deben cumplir con las normas internacionales, y el dique permanecía abierto durante el día y cerrado en las horas de la noche hasta el día siguiente.

La razón para que esa válvula permanezca cerrada, es que esa es la condición normal de operación de este dique, es de válvula cerrada para que haya contención, y la condición de un dique normal de operación, es que tiene que estar cerrado, y para ejecutar la imprimación del tanque, que era el objeto del contrato, era necesario que estuviera seco, es decir que se mantuviera permanentemente abierto el dique, hecho que no se produjo completamente, por las razones de seguridad que la empresa aduce, entonces no podía estar seco oportunamente y todo el tiempo, por cuanto permanecía abierto de día y cerrado de noche. Lo anterior, es una causa ajena al contratista, motivo por el cual debió hacerse doble imprimación, amén de los mayores costos que se produjeron por este mismo motivo, por stand by de equipos y de personal. La función del dique del tanque es para contener el líquido o derrame que pueda generarse, y esto es, causa ajena al contratista.

Concluye que, en razón a los elementos probatorios, si existió un desequilibrio de la ecuación económica del contrato celebrado entre la entidad ECOPETROL S.A., y la Sociedad CONSTRUCCIONES, COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., que generó sobrecostos por improductividad al demandante y está demostrada que la entidad demandada ECOPETROL S.A., es la responsable contractualmente de ese desequilibrio económico.

La parte demandada⁷, mediante escrito de fecha 31 de agosto de 2017, rinde sus alegatos, haciendo una exposición del debate probatorio, con énfasis en la práctica de la prueba testimonial y del dictamen pericial y su contradicción, solicitando a su vez, que se le reste valor probatorio a la experticia rendida por el Ingeniero MARIO ANTONIO PESTAÑA ALMANZA debido a la carencia de tecnicismo metodológico, imparcialidad y objetividad al momento de aportar la pericial y al momento de su contradicción.

⁶Folio 845 a 849.

⁷Folio 850 a 863

Que de la declaración del señor LUIS MIGUEL BUELVAS, quien fungió como administrador del contrato No. MA-0023088, cuyo objeto era la *"pavimentación al patio del tanque 502 de la planta ODC en el Municipio de Coveñas Departamento de Sucre"*, se puede concluir que ECOPETROL S.A. no es responsable por los perjuicios alegados por la empresa demandante, porque se dejó claro que los mismos se debieron a causas de fuerza mayor que no son imputables a mi apadrinada, sino a las lluvias que cayeron en la zona.

Sostiene que, una vez surtido el debate probatorio, la parte demandante dentro del presente asunto no logró demostrar que los hechos aludidos en la demanda, estén cobijados por la teoría de la imprevisión, sino que por el contrario quedó probado que se trata de hechos de fuerza mayor que eximen a ECOPETROL S.A de la obligación de restablecer el equilibrio económico y financiero del Contrato de Obra No. MA-00230888, por lo que en esta oportunidad se deben reiterar las excepciones propuestas con la contestación de la demanda.

Concluye, que al resultar el riesgo de lluvias que superaron los índices históricos de precipitaciones un riesgo totalmente imprevisible, convirtiéndose así en un hecho de fuerza mayor que exonera de responsabilidad en materia contractual, mal puede pretender trasladar el contratista al contratante, en esta instancia judicial; la carga de asumir los supuestos costos que asumió con ocasión de tales hechos, máxime cuando en la etapa contractual le fue reconocido la indemnización a que había lugar en aras de mantener el equilibrio económico del contrato a la luz de los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, tal y como se evidencia en la respuesta a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato de Obra No. MA-0023088, radicada con número 2-2014-081-1816 de 25 de julio de 2014.

1.6.1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁸.

El Procurador 164 Judicial II, Delegado ante el Tribunal Administrativo de Sucre, emite concepto, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

Previo recuento procesal y fáctico, así como los principios, deberes de los contratantes y la teoría del equilibrio económico del contrato, expresó:

“Caso concreto.

El contrato de obra MA-0023088 de 2013 fue suscrito el día 25 de marzo de 2013 y el objeto del mismo era la PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS DEPARTAMENTO DE SUCRE.

⁸Folio 864 a 873 .

2. Que el acta de inicio de la ejecución del contrato se suscribió el 20 de mayo de 2013.
3. Que la obra finalmente fue recibida a satisfacción por ECOPETROL S.A. el 09 de febrero de 2014
4. Que según declaración del señor LUIS MIGUEL BUELVAS, quien fungió como administrador del contrato e intervino en la planeación del mismo, el objeto de éste era para ejecutarse durante el tiempo de verano en la región.
5. Que no existe alegato alguno realizado por ECOPETROL S.A., a través de funcionario competente que le haya recriminado al contratista la demora en la firma del acta de inicio, teniendo en cuenta que el contrato señaló que el mismo debía suscribirse dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato de obra MA-0023088 de 2013.
6. Que dentro del contrato de obra MA-0023088 de 2013 existen items que dan a entender que hay contradicción entre la obligación de suscribir el acta de inicio dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato y la acreditación de documentos por parte del contratista como lo referente a la HSE en el que supondría un tiempo adicional para su perfeccionamiento (esta consideración también se deduce del pliego de condiciones en el punto 6.9), además de la realización de ciertas actividades que implican mayor tiempo como el indicado en el 3.10.3 que señala la vinculación de mano de obra local, lo que hace suponer un periodo para realizar un proceso de selección de personal, pues, teniendo en cuenta que el domicilio del contratista no era el lugar donde se realizarían las obras, es lógico considerar que debía realizar la escogencia de esa mano de obra en el municipio de Coveñas.

Es de resaltar que en el Acta de Reunión de fecha 07 de mayo de 2013 (Fl. 311-313), en el punto 9 se indicó como compromisos del contratista previo a la firma del acta de inicio, la presentación y aprobación de garantías (de la cual no se señaló en el contrato o en el pliego de condiciones el tiempo específico para tramitar esta etapa, sino que se fijó una fecha en dicha reunión); la presentación y cumplimiento de los aspectos laborales requeridos, lo cual, a juicio de esta delegada, debe incluirse lo mencionado en párrafo anterior respecto del ítem 3.10.3 del contrato de obra; finalmente, se pactó como responsabilidad a cargo de la empresa ejecutora del contrato, el cumplimiento de aspectos HSE, tema del cual se hizo una acotación en el párrafo anterior. Por otra parte, es claro que el contratista no tenía bien entendido los requisitos para el ingreso de los trabajadores, pues allí en el acta, punto 11, es que se señala que le hicieron la explicación de dicho asunto. Mientras tanto, en la otra Acta de Reunión de fecha 07 de mayo de 2013 (Fl. 314-315), se advierte por parte de la Gestoría Administrativa del contrato que el contratista debe enviar la documentación para el estudio de los subcontratistas y el trámite de aprobación de los mismos, lo cual da a entender de cierto período de tiempo que debe transcurrir, no registrado en documento alguno allegado al plenario, por lo que no es posible precisar de cuantos días se requería para este proceso.

Todo lo anterior, hace deducir que se necesitaba de un tiempo mucho mayor al indicado en el contrato de obra para suscribir el acta de inicio del contrato, siendo que dichos periodos dependían del contratante y no exclusivamente del contratista, por lo que la demora en el inicio de la obra no era sólo del resorte de la empresa Construcciones, Compresores y Equipos S.A.S. En apoyo a este argumento, recuérdese la declaración del señor LUIS MIGUEL BUELVAS, quien frente a la pregunta realizada por el apoderado del demandante del por qué ECOPETROL S.A. no hizo uso de la cláusula de terminación del contrato, señalada en el punto 17 del acuerdo legal, más específicamente, en cuanto a la demora en la firma del acta de inicio de las obras que fuera determinado como grave para la empresa pública, aseveró que se trataba de darle viabilidad a la ejecución del contrato, además de indicar que el retraso no perjudicó a la petrolera; de igual forma, debe tenerse en cuenta lo advertido en el pliego de condiciones en el punto 16, que indican actividades que entrañan tiempo mayor a los cinco (5) días referidos, como las constancias de afiliación a la Seguridad Social Integral de todo el personal (calificado y no calificado, incluyendo la mano de obra local), junto con sus contratos de trabajo.

El contratista al suscribir el contrato de obra MA-0023088 de 2013, aceptó asumir ciertos riesgos como propios y tener conocimiento de ciertas condiciones como aquellas señaladas en el punto 8 del texto legal, el cual indicó ciertas causas como

imputables o no imputables al contratista y que daban lugar a reconocer o no costos económicos a favor de la empresa ejecutora. Entre dichas causas que eran imputables al contratista y que no generaban reconocimiento económico estaban las lluvias; al igual que la no disponibilidad de recursos de personal, equipo o material para el desarrollo de una determinada obra o frente de trabajo; igualmente, fue señalado la no atención oportuna o el diligenciamiento incompleto de documentos y registros que exige ECOPETROL S.A., con respecto al trámite de permisos de trabajo según normatividad vigente de la empresa petrolera. De otro lado, se le advirtió al contratista que en sus costos a ofertar tuviera presente los altos periodos de lluvia. Pues bien, ha de considerarse que estas situaciones eran conocidas por la empresa ejecutora desde el pliego de condiciones, pues, anexa a ella se hallaba una minuta del contrato a firmar, por lo que dichas condiciones pudieron ser analizadas por el oferente antes de hacer parte de la invitación privada.

Así mismo, dentro del contrato de obra, se puede vislumbrar también como en el punto 20 del acuerdo legal, se hizo énfasis en que la fuerza mayor que asumía en parte el contratista incluía la variación climática más allá de la normalidad, por lo que los costos que eso representaría no podría trasladarlos a ECOPETROL S.A.

Finalmente, en el punto 28 del mismo acuerdo legal, se dejó sentado el hecho del conocimiento del contratista de la información pre-contractual, lo que incluye todo el contenido de los pliegos de condiciones.

Llama la atención las causas por las cuales se originaron los Otrosí al contrato de obra MA-0023088 de 2013. Del otrosí No. 1, se destaca que las razones del mismo fueron: mayores cantidades de obra, cambio de material a utilizar y modificación al diseño inicial de la obra (Recomendación y justificación al Otrosí No. 1, de fecha 11 de julio de 2013 (Fls. 318-319) y Recomendación y justificación al Otrosí No. 1, de fecha 17 de julio de 2013 (Fl. 323)). Del otrosí No. 2, se observa que la motivación fueron las lluvias frecuentes que sucedían en la noche y madrugada lo que traía como consecuencia la acumulación de agua y evitaba el normal avance de la obra (Recomendación y justificación al Otrosí No. 2, de fecha 26 de agosto de 2013 (Fl. 332). Finalmente, del otrosí No. 3, su fundamentación radicó en la intensa temporada de lluvias de los meses de agosto y septiembre de 2013, que ocurrían en horas de la noche y la madrugada (Recomendación y justificación al Otrosí No. 3, de fecha 01 de octubre de 2013 (Fl. 344).

De los anteriores otrosís, del enumerado como 1, se resalta el hecho de que generó ampliación en el plazo de ejecución de la obra y reajuste en el precio del contrato el cual pagaría ECOPETROL S.A. Del señalado como No. 2, se observa que, además de la ampliación del plazo de ejecución, la anotación realizada en el punto 2. de que el contratista asumiría los sobrecostos que se generaran por los recursos adicionales necesarios para cumplir con el objeto del contrato; además en el punto 4., relaciona que fue estudiado el documento del otrosí por la empresa ejecutora, que no existen inconformidades y que lo suscribe sin salvedades. Finalmente, del otrosí No. 3 se resalta, además del señalamiento de una nueva fecha de extensión de la ejecución de la obra, la acotación de que los valores de mayores cantidades de obra, si llegaran a ser necesarias, serían revisados y acordadas por las partes teniendo en cuenta el desarrollo de la obra (considerando 4 del documento).

Por otra parte, en los tres documentos mencionados se coloca de presente la manifestación de que los mismos no constituyen novación del contrato original y que su texto tendría los efectos de transacción entre las partes.

Por lo tanto, si se generaron situaciones imprevisibles que dificultaron la ejecución del contrato, los cuales fueron ajenas a la voluntad de las partes y que alteraron la ecuación económica del acuerdo legal, pero estas situaciones debían analizarse frente a los riesgos que asumió el contratista para verificar con exactitud cuál era la responsabilidad de la empresa estatal en la labor de restablecer el equilibrio perdido.

De las tres suspensiones que ocurrieron durante la ejecución de las obras, se resaltan los siguientes hechos: a) En el Acta de Suspensión No. 1, relataron que su causa fueron factores externos no atribuibles a las partes (Intensa temporada de lluvias), considerando que se constituyeron los elementos de la Fuerza Mayor, aseveración expresada a pesar de lo indicado en el acuerdo legal como punto 20, en el que se hizo énfasis en que la fuerza mayor que asumía en parte el contratista, incluía la variación climática más allá de la normalidad; igualmente, se expresó que el Gestor Administrativo y Técnico constató los hechos y gestiones realizadas por el contratista para superarlas; y, finalmente, se indicó que el documento tenía los

efectos de la transacción y que el mismo no constituía novación del contrato original, b) En el Acta de Suspensión No. 2, se mencionó que hubieron hechos externos y razones no atribuibles a las partes que impedían la ejecución (Intensa temporada de lluvias y poca disponibilidad en el suministro de asfalto de la fábrica de la región), a pesar de que en el contrato se estipuló que era causa atribuible al contratista que no generaba reconocimiento económico la no disponibilidad de recursos de personal, equipo o material para el desarrollo de una determinada obra o frente de trabajo (punto 8); de otra parte, se indicó que el documento tenía los efectos de la transacción, (manteniéndose el equilibrio contractual, económico y financiero del contrato) y que el mismo no constituía novación del contrato original, c) El Acta de Suspensión No. 3, se fundamentó en que seguía el problema en el suministro de asfalto, los cuales eran hechos sobrevinientes ajenos a la voluntad de las partes, los que no eran atribuibles ni a ECOPETROL S.A. ni al contratista, que la empresa ejecutora debía asumir los sobrecostos que se generaran, que el Gestor Administrativo y Técnico constató las causas, que los hechos no afectaban la ecuación económica del contrato y, finalmente, se indicó que el documento tenía los efectos de la transacción y que el mismo no constituía novación del contrato original.

10. Ahora bien, respecto a ciertas piezas procesales se debe señalar lo siguiente: a) Hay que sopesar que los informes ejecutivos de gestión allegados por la demandada al expediente no están firmados y tampoco fechados, con lo cual, a pesar de haberlos aportarlos y que en ellos se refieren a ciertas situaciones surgidas durante la ejecución del contrato, no pueden ser tenidos como prueba de algo, pues, no se sabe quién los realizó así como tampoco se tiene conocimiento cuando se elaboraron, con lo que no se sabría a ciencia cierta si recogen la información de lo que sucedió en el mismo momento de su confección o fueron producidos con posterioridad a la finalización de las obras contratadas; b) Así mismo, debemos afirmar que carecería de valor probatorio los testimonios de los señores MANUEL MORENO y RAFAEL GUTIERREZ, pues, ellos mismos aseguran no tener conocimiento de la ejecución del contrato y que su labor fue previa a la firma del acuerdo legal, pues, eran miembros del comité evaluador de las propuestas presentadas con miras a ser elegidos como ejecutores de las obras a desarrollar. Sólo el primero de ellos relató que escuchó que habían retrasos en las obras por culpas de las lluvias, pero no dio detalles de las circunstancias atinentes; c) Finalmente, de la declaración del señor LUIS MIGUEL BUELVAS, se destaca lo ya señalado en este análisis realizado, pero acerca de las observaciones técnicas hechas al contratista y que, a su juicio, retrasaron la labor desarrollada, las que luego, a mediados de la ejecución del contrato fueron acogidas por el contratista, se deben mirar con beneficio de inventario, ya que sus acotaciones no aparecen registradas en algún documento de la época de la ejecución del contrato que revelen tal disconformidad.

Conforme a las razones anteriores, para esta delegada está demostrado que si existió fuerza mayor en los casos referidos a las suspensiones del contrato, en la forma como fue mencionado en los documentos allegados y, además, las partes le dieron esa connotación, dándole de paso a cada uno de los textos los efectos de transacción como lo indica la Ley.

(...)

Concluyendo, para esta delegada es claro que no le asiste derecho al demandante para el reconocimiento de mayores valores, más allá de los ya reconocidos en el Acta de Liquidación del contrato MA-0023088 de 2013, por cuanto en dicho documento se sopesaron debidamente los eventos que dieron lugar a las sumas respectivas a entregarle al accionante por mayores cantidades de obra y por mayor permanencia en la obra, teniendo en cuenta las obligaciones y riesgos asumidos en cumplimiento del contrato suscrito”

Una vez expuestos los argumentos jurídicos normativos y jurisprudenciales, solicita el Ministerio Público, no conceder las pretensiones del demandante CONSTRUCCIONES-COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S. y absolver a ECOPETROL S.A.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

Este Tribunal es competente para decidir de fondo, según las disposiciones del artículo 152 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011.

2.2. OBJETO Y NATURALEZA DEL CONTRATO COMO BASE DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Según el libelo introductorio de la demanda, la presente controversia se genera a partir de la celebración del contrato No. MA-002388 cuyo objeto era “LA PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS SUCRE”, el mismo que según las estipulaciones del contrato, se regiría jurídicamente por las normas del derecho privado- comercial.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Se planteó en audiencia inicial, en la fijación del litigio, como tales: *¿si existió un desequilibrio de la ecuación económica del contrato NoMA-002388, celebrado entre la SOCIEDAD CONSTRUCCIONES, COMPRESORES Y EQUIPOS SAS Y ECOPETROL S.A., por la presunta ocurrencia de hechos imprevistos e imprevisibles para el contratista?, de resultar cierto lo anterior, establecer ¿si ECOPETROL S.A., es responsable contractualmente por el desequilibrio de la ecuación económica del contrato MA-002388?*⁹

2.4. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

Para el efecto, se desarrollarán los siguientes temas: **i)** De las nociones de contrato y de contrato estatal- Régimen contractual de las sociedades de economía mixta **ii)** Del principio del equilibrio económico o financiero del contrato y las consecuencias de su ruptura; **iii)** La ruptura del equilibrio económico del contrato desde la óptica de la teoría de la imprevisión-diferencias con el incumplimiento del contrato por fuerza mayor-consecuencias-, **iv)** Del principio de la buena fe contractual, **v)** De la carga de la prueba, y **vi)** Solución al caso concreto.

I. DE LAS NOCIONES DE CONTRATO Y DE CONTRATO ESTATAL- Régimen contractual de las sociedades de economía mixta

El artículo 1495 del Código Civil asimila el concepto de contrato al de convención, entendiendo por ambos el “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar,

⁹ Las partes en la audiencia inicial, no manifestaron objeción alguna con la fijación del litigio y el problema jurídico.

hacer o no hacer alguna cosa". No obstante, la jurisprudencia y la doctrina nacionales han precisado que el contrato es aquella forma de convención a la que le corresponde la función positiva de crear o transmitir derechos y obligaciones. En otras palabras, el contrato se distingue de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar derechos y obligaciones, en tanto que la convención puede ir en procura no sólo de ese objetivo, sino también de modificar o extinguir derechos y obligaciones ya creadas.

El contrato nace de la fusión de voluntades frente a prestaciones contrapuestas (contratos de contraprestación) o frente a propósitos comunes (contratos de colaboración) y, para hablar de contrato estatal, se requiere que al menos una de tales voluntades sea la del Estado o la de una persona jurídica de derecho público. En efecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que "Son 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". De manera que son contratos estatales los 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.

Ahora, en tratándose de Las sociedades de economía mixta, estas vienen definidos por el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, como aquellos organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades, con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado.

La H. Corte Constitucional, a través de la sentencia C- 953/99, al declarar la inexequibilidad parcial del inciso 2o del art. 97 de la Ley 489 de 1998, determinó que La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

Sobre ellas, a su turno, el artículo 461 del Código de Comercio dispone que su régimen contractual es de derecho privado y sus actos son conocidos por la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación de la Administración Pública hace una distinción entre aquellas sociedades de economía mixta con capital estatal igual o inferior al 50%, y las que superan este límite; señalando que respecto de las primeras, sus contratos se rigen por las normas propias del derecho privado; en tanto que aquellas sociedades de economía mixta en las que la participación estatal supera el 50% de su capital, se rigen por el derecho privado. Pero, aquí la norma hace un condicionamiento para la aplicación del régimen de derecho privado, cual es, que el mismo tendrá aplicación siempre que 1) la sociedad esté en competencia en el mercado, 2) se desenvuelva en un mercado monopolístico, o 3) en un mercado regulado, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

II. DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO O FINANCIERO DEL CONTRATO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU RUPTURA

Se ha entendido al principio del equilibrio contractual, como una protección frente a la alteración entre facultades y deberes jurídicos, lo cual se traduce en el deber que tiene la Entidad Estatal de restaurarlo al existente, al momento de proponer o de perfeccionar la relación negocial o de reducirlo a proporciones justas.

Ahora, partiendo de la base de que el contratista actúa como colaborador del Estado en la consecución de los fines esenciales a cargo de éste, el régimen de contratación de la Administración Pública reconoce la necesidad de mantener las condiciones económicas del contrato a lo largo de su ejecución, y la consagra no solo como una obligación a cargo de las autoridades contratantes sino, también, como un derecho que favorece a las dos partes.

Ahora bien, el equilibrio de la ecuación financiera del contrato guarda estrecha relación con la equivalencia de las prestaciones pactadas por los contratantes al momento de hacer la oferta, o de celebrar el contrato, según sea el caso; de manera que si dicho equilibrio se altera, debe ser restablecido bien sea llevando el estado del contrato al punto de no pérdida o, dando paso a la indemnización cuando las causas de su alteración son atribuibles a la administración.

El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por múltiples causas, endógenas y exógenas al mismo, que la doctrina ha venido a clasificar en grandes grupos que recogen el *ius variandi*, *el factum principis* (hecho del príncipe), las teorías

de la imprevisión, las dificultades materiales imprevistas y las que guardan relación con la revisión de precios.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado en recientes pronunciamientos en los que ha efectuado el estudio de la evolución histórica y legal de este concepto, ha sentado parámetros que obligan al estudio profundo del caso concreto, al sostener que no toda alteración del equilibrio financiero del contrato estatal da lugar a su restablecimiento, como se lee en los siguientes apuntes jurisprudenciales:

"3. De la institución del equilibrio financiero del contrato.

Consideró el demandante que durante la ejecución del contrato se alteró en su contra la ecuación contractual y, por contera, reclamó su restablecimiento. Sobre el tema del equilibrio económico-financiero del contrato se ha pronunciado esta Sección en los siguientes términos:

"Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades: en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

No obstante lo anterior, en consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el pacta sunt servanda ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que corresponde a la regla jurídica contractus qui habent tractum succesivum vel dependant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel. Es claro entonces que, por regla general, esta figura se manifiesta en los contratos de tracto sucesivo, en los que las prestaciones se van realizando en un lapso más o menos largo; por ejemplo, los contratos de suministro, de prestación de servicios o de obra pública, en los cuales, hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, pueden afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas¹⁰."

La doctrina extranjera ha concebido el equilibrio financiero del contrato como la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.¹¹"

Por su parte, algunos tratadistas nacionales estiman que la equivalencia económica del contrato debe entenderse como, la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública,

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B, Sentencia de agosto 25 de 2011, Expe. 14461. C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

¹¹ MARIENHOFF, Miguel. "Contratos Administrativos Teoría General." En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III -A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot. Pag. 469.

en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público¹².

En sus inicios, la institución del equilibrio financiero del negocio jurídico se concibió como un privilegio en cabeza del contratista particular que buscaba salvaguardar sus intereses económicos del poder dominante que invertía a la entidad estatal contratante, poder que se traducía en el ejercicio de las potestades excepcionales otorgadas a esta última por el ordenamiento jurídico.

No obstante ese entendimiento sufrió una variación al aceptar que el restablecimiento de las cargas económicas del contrato podía reconocerse en cabeza de cualquiera de los extremos que concurrieran a la relación jurídico negocial, tal cual lo consagró el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, al disponer que cuando procediera la modificación unilateral del contrato "c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes". En la misma línea, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 contempló que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con la ruptura de la ecuación financiera del contrato, estaría facultada para adoptarlas medidas necesarias en procura de su restablecimiento.

Ahora bien, la noción del equilibrio económico de los contratos estatales permite identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración^{13,14}.

(...)

ECONOMIA DEL CONTRATO - Puede ser impactado por el fenómeno inflacionario cuando afecta los costos del contrato / RUPTURA DELEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO - Debe analizarse cada caso en particular para determinar la procedencia de incluir mecanismos de revisión de precios f ECONOMÍA DEL CONTRATO - Puede ocurrir que la inflación no impacte variables incluidas en la fórmula de reajuste y que tampoco afecte los costos del contrato. No se estaría frente a una ruptura del equilibrio económico financiero del contrato.

El fenómeno inflacionario puede tener la virtualidad de impactar la economía del contrato, cuando afecta los costos del mismo; así, cuando la fórmula de reajuste pactada está concebida en función de la variación de los factores que inciden en la determinación de los costos del contrato, la inflación puede aumentar dichos costos, pero la fórmula corregirá los precios exactamente en la misma proporción (incluyendo la utilidad, puesto que dentro de la estructura de los precios unitarios ella hace parte integrante de los mismos, de modo que el valor de la remuneración intrínseca del contratista se mantendrá incólume.

También puede suceder que, como consecuencia de un hecho económico imprevisible, se altere el valor de la remuneración pactada, porque se afecten factores que inciden en la determinación de los costos del contrato que no fueron incluidos como variables de la fórmula de reajuste, de manera que el de fiador de precios utilizado no permita mitigar el efecto negativo que se produce en la economía del negocio; cuando esto sucede, debe analizarse en cada caso particular si se presenta ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato y si resulta procedente arbitrar mecanismos de revisión de precios. Pero, igualmente, puede ocurrir que la inflación no impacte variables incluidas en la fórmula de reajuste y que tampoco afecte los costos del contrato (cuando los que suben son los precios de los productos de la canasta familiar, por ejemplo), caso en el cual se sale de la órbita contractual y, por ende, no se está frente a una supuesta ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, sino ante un factor exógeno que - se insiste- no afecta la economía de aquél sino a la economía en general, que es la hipótesis sobre la cual se edifican las pretensiones de la demanda. En este caso específico, la Sala

¹² ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores. Bogotá. Año 20000. Pág. 401

¹³ HOYOS DUQUE, Ricardo. "El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 de 1993". Artículo en "Contratación Estatal: Aspectos Controversiales - Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal". Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, O. C. Septiembre de 2007. Página 103.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 54001-23-31-000-1996-10279-01(26368).

considera que el deflactor utilizado cumplió su función, pues corrigió los precios involucrados en la ejecución del contrato en la misma proporción que sufrieron afectación a lo largo de la ejecución del contrato¹⁵

En ese orden, también es importante saber que el principio del equilibrio de la ecuación financiera, guarda una relación directa con lo que es el principio de Conmutatividad del contrato, el cual se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Siguiendo con la línea de estudio, podemos traer a colación otra de precisiones hechas por la jurisprudencia del Máximo órgano de cierre, en donde entre otros aspectos señaló que,

“Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista que configuren un incumplimiento de sus obligaciones como contratante, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes (teoría de la imprevisión)”¹⁶

(..)

La preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas.

5.2. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

Y es la posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato estatal, porque éstos al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que exceden eventualmente los expresos términos del contrato y lo conducen a realizar ingentes esfuerzos para superar las dificultades que sobrevengan en su ejecución, en procura de cumplir con su objeto y el fin último de la contratación, lo que a su vez, con fundamento en el principio de solidaridad, genera que la administración deba

¹⁵CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 85001-23-31-000-1998- 00168-01(17660)

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN TERCERA SUBSECCION C.CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Sentencia del 08 de febrero de 2017. Exp. 25000-23-36-000-2013-01717-01 (54.614).

ayudarlos y compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos.

En efecto, este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del “equilibrio financiero del contrato” o a la “honesta equivalencia de prestaciones” con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo. Sencillamente este principio significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas.

Este principio encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.

El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

(..)

En esencia, el “equilibrio financiero del contrato” protege su aspecto económico, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado, de acuerdo con las condiciones que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración”¹⁷.

Así las cosas, se puede concluir sobre el tema, que el equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma..

Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes¹⁸.

No obstante lo anterior, no es suficiente reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, sino que debe la parte interesada, demostrar que la economía del contrato se alteró por causas que no le son imputables y que por consecuente en el cumplimiento del objeto del contrato, la ejecución de las prestaciones del mismo u obligaciones adquiridas realizó erogaciones mayores o superiores a las que en un alea normal se hubiese realizado, siendo entonces, el mayor costo para el contratista el daño cuyos perjuicios se repararía, siendo necesaria la prueba de esas mayores erogaciones pero no suficiente para declarar la responsabilidad del estado contractualmente.

III. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. DIFERENCIAS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR FUERZA MAYOR-CONSECUENCIAS

La Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, sobre el tema ha indicado que, la ruptura del equilibrio económico por la teoría de la imprevisión se produce cuando un determinado contrato o relación jurídica que se supone que se celebró o surgió con

¹⁸Ver CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp.. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912)

prestaciones conmutativas o simétricas, o que las partes dieron por sentado que así fue, en su ejecución se descompensan o se desequilibran, generando una carga excesiva para uno de los cocontratantes ante el advenimiento de hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevistas a la fecha de su celebración.

Luego entonces, tal circunstancia da lugar a que la administración o el contratista en su caso, ante hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a la celebración de un determinado contrato Estatal puedan solicitar la revisión o “adaptación” económica del contrato a los hechos o circunstancias sobrevenidas.

En ese orden, ha dicho el Alto Tribunal al respecto:

“ (...) Así son varios los elementos que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, tal como se pasa a ver:

3.7.- Debe tratarse de un contrato o un negocio jurídico de carácter conmutativo o sinalagmático, pues para proceder a la revisión o adecuación por hechos o circunstancias sobrevinientes, imprevistas o imprevisibles, se parte de la base de considerar que para la fecha en la que éste se celebró las partes saben o dan por sentado que su relación negocial es equitativa, o que las prestaciones a su cargo son conmutativas o simétricas.

3.8.- Debe tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida en el tiempo, pues no resulta razonable que se proceda a su revisión o adecuación por circunstancias o hechos “sobrevenientes a su celebración” cuando las prestaciones a cargo de las partes deban ejecutarse de forma instantánea.

3.9.- Que se presenten hechos o circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que generen un desequilibrio o una onerosidad excesiva para uno de los cocontratantes frente al otro, pues para proceder a la revisión o adecuación de aquel, no resulta razonable que las partes hayan tenido conocimiento de éstos al momento de celebrarlo, razón por la cual los hechos o circunstancias deben ser sobrevinientes o posteriores a su celebración.

3.10.- Que los referidos hechos o circunstancias hayan sido extraordinarios e imprevisibles para las partes en el contrato, es decir, que se salían de toda previsión, que no estuvieran comprendidos dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato ni debían ser asumidos por alguna de éstas, o que no hubieran tenido la posibilidad de evitar su ocurrencia, pues si una de las partes ya tenía conocimiento de los hechos al celebrar el contrato o razonablemente hubiera podido preverlos o evitarlos, “dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad”

3.11.- Que los hechos o circunstancias sean exógenos, es decir que sean ajenos a la voluntad de las partes y no hayan sido producto de su actividad, negligencia, descuido o temeridad.

3.12.- Debe resaltarse en éste punto que quien alega la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a su cargo con ocasión de hechos o circunstancias sobrevinientes, no sólo debe demostrar que él no fue el causante de dichas circunstancias que generaron el desequilibrio económico, sino también que desplegó todos los mecanismos o medios tendientes a morigerar su impacto.

3.13.- Que el desequilibrio o alteración económica del contrato sea excesiva, anormal o fundamental.

Que la revisión o adecuación del contrato por hechos o circunstancias sobrevinientes se alegue o se invoque antes de realizarse el pago respectivo, frente a dicho elemento la doctrina ha señalado al respecto:

“Se alega el cambio del piso económico del contrato para justificar retardo o incumplimiento, al mismo tiempo que para facilitar la satisfacción justa del acreedor, de donde se concluye que quién ya pagó, logró sortear las dificultades que se le oponían y, por lo mismo, no cuenta con razones valederas para volver sobre hechos cumplidos. La alteración de la base negocial influye sobre el contrato: es una vicisitud de él que habilita al deudor para, respetándolo, obtener su adecuación; se dirige en primer término a revisar las cláusulas y, en ultimas, a poner fin a efectos suyos, de modo que si la demanda de reajuste o terminación se introduce luego de ejecutada la prestación devenida más onerosa, ya no existe sujeta materia para la actividad judicial, pues no hay contrato que cambiar, u obligación que reajustar, pues todo concluyó por cumplimiento- pago. Y si el cumplimiento fue parcial, la revisión solo podría aceptarse por el remanente aún insoluto¹⁹”

Se colige entonces, según el órgano de cierre, que, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en la ejecución de un contrato estatal se presentan hechos o circunstancias sobrevinientes que alteran la ecuación económica del contrato, para lo cual las partes suscriben varios contratos adicionales con el objeto de subsanar las consecuencias económicas derivadas de éstos, **es evidente que en ésta hipótesis ninguna de las partes podrá alegar la indemnización de los perjuicios derivados de esas mismas circunstancias sobrevinientes con posterioridad a la suscripción de los referidos contratos adicionales, pues se entiende que es al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.**, el momento oportuno para que las partes en el ejercicio de la actividad contractual reestablezcan el equilibrio económico que se ha visto roto²⁰.

Se precisa entonces, que, el equilibrio económico se ve afectado por tres causas: **i)** actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; **ii)** actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y **iii)** actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

Este último caso es el que interesa a la Sala examinar en el sub judice, por cuanto se trata de aquellas circunstancias de hecho, que de manera imprevista surgieron en la ejecución del contrato, ajenas a la entidad como parte, al Estado como administración y, por supuesto, provenientes u originados en hechos, comportamientos y situaciones también extraños a la persona del contratista.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO .SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN. TERCERA SUBSECCIÓN Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 08 de febrero de 2017. Expe. 25000-23-36-000-2013-01717-01 (54.614). Actor. CONSORCIO POZOS DE BOGOTA. Demandado. BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE. Proceso. Acción Contractual.

²⁰Ibídem ut supra.

La teoría de la imprevisión contractual fue consagrada por el artículo 868 del Código de Comercio de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Con base en lo anterior, la jurisprudencia define esta figura, como aquella que “*regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: (i) un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, (ii) una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y (iii) un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible*”²¹ En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 40 numeral 3o y 8o; 5º numeral 1; 25 numeral 14; 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993²².

Ahora bien, también se ha tratado de diferenciar el tema de la fuerza mayor como determinante de la inejecución de la prestación, con la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión. Para tal efecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

“La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista. El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Expediente No. 1952, C.P. Enrique Arboleda Perdomo.

²² Numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993: “Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que hubiere realizado licitación (o concurso), o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”.

responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado. En este contexto, entiende la Sala que para que se configure la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad contractual, en los términos del art. 1, de la ley 95 de 1890, es necesario que se trate de "... el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Hay que anotar que, si bien las partes de un contrato pueden contemplar supuestos adicionales, no contenidos en la ley, constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, las de éste contrato decidieron acogerse a lo contemplado en dicha ley para efectos de determinar los supuestos configurativos de este fenómeno jurídico. De manera que la irresistibilidad y la imprevisibilidad del fenómeno, definen su configuración, exigencias a las cuales se debe agregar el hecho de que éste no resulte imputable a una de las partes del contrato, aspectos que se deben analizar en cada caso concreto. También resulta importante anotar que las causas constitutivas de la fuerza mayor bien pueden provenir de la naturaleza o de un hecho del hombre; lo importante es que cualquiera de ellos reúna las tres exigencias que se acaban de mencionar²³

Bajo ese entendido, la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

También ha dicho el H. Consejo de Estado²⁴, sobre la imposibilidad del cumplimiento del contrato por causas de fuerza mayor o caso fortuito:

"(...) En lo relativo a la fuerza mayor "vis maior" o el caso fortuito "casus fortuitus" y conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, subrogado a su vez por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890²⁵, pueden ser definidos como todo suceso o acontecimiento extraño a las partes, imprevisible e inevitable que determina la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a cargo del deudor en detrimento de la satisfacción de los intereses del acreedor.

4.1.3.- Ahora, si bien al interior de nuestro ordenamiento jurídico no se estableció una distinción entre uno y otro fenómeno, se ha entendido que cuando se hace referencia a la fuerza mayor "vis maior" el acontecimiento que constituye la causa extraña es totalmente ajeno a las actividades del deudor y que por el contrario cuando se hace referencia al caso fortuito "casus fortuitus" la ocurrencia del suceso se da dentro del ejercicio de las actividades de éste.

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Expd. 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392). Actor. SOCIEDAD CARPAS HERNAN G. PEDRAZA E HIJOS Y CIA LTDA. Demandado. NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Proceso. ACCION CONTRACTUAL.

²⁴Ibídem pie de página 18.

4.1.4. En lo relativo a la responsabilidad de las partes contratantes ante la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, el inciso 2º del artículo 1604 del Código Civil dispone que el deudor no será responsable por la ocurrencia del suceso o acontecimiento constitutivo de fuerza mayor, salvo que se haya constituido en mora de cumplir o haya dado lugar a la ocurrencia del fenómeno respectivo.

4.1.5. También dispone que la prueba tanto de la diligencia empleada, como del caso fortuito se encuentran en cabeza de quien lo alega la prueba de la diligencia se encuentra en cabeza de quien ha debido emplearla y la prueba del caso fortuito se encuentra en cabeza de quien lo alega.

4.1.6. Por su parte, el inciso 2º del artículo 1.616 del Estatuto Civil prevé que la mora que se produce por la ocurrencia de un acontecimiento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, no da lugar a una indemnización de perjuicios, salvo que las partes en el ejercicio de su autonomía dispositiva o negocial decidan modificarla esa regla general.

4.1.7.- En lo relativo a la fuerza mayor como causa que determina la imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, la Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado que:

“(…) a. La fuerza mayor respecto de la ejecución de los contratos estatales.

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo.

Fue definido por el legislador como “...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” - art. 1o de la Ley 95 de 1890 -

La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que son normalmente previsibles los hechos “que suceden en el curso ordinario de la vida” (sentencia del 31 de mayo 1965, G.J. CXI-CXII, pag. 126), o las “...circunstancias normales de la vida” (Sentencias del 13 de noviembre de 1962 y del 20 de noviembre de 1.989), o el que no sea “...lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él” (Sentencias del 5 de julio de 1.935 y del 7 de octubre de 1.993).

De igual manera, en sentencia proferida el 23 de junio de 2000, expediente 5475, manifestó que deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos:

“1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo.”

El otro supuesto configurativo de la fuerza mayor, la irresistibilidad, se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto.

La Sala de Casación Civil de la Corte en la providencia reseñada, sobre este requisito señaló:

“La jurisprudencia de esta Corporación, de igual manera, ha entendido que este elemento de la fuerza mayor ‘consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados por

el deudor para eludirlo' (Sentencia del 13 de diciembre de 1962, G.J. C, pag. 262), como también que 'Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos. La conducta del demandado se legitima ante el imperativo de justicia que se expresa diciendo: ad impossibilia nemo tenetur.' (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pag. 126).

Irresistible, también ha puntualizado la Sala, es algo 'inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias' (Sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pag. 21)."

La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.

La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados.⁴⁴

La fuerza mayor determina la inexecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista.

El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato.

En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.

Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado²⁵".

A manera de conclusión, conviene a la Sala, precisar sobre los siguientes tópicos tomados de la jurisprudencia en cita:

- a. Para que un determinado acontecimiento o suceso se constituya en una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, éste debe ser imprevisible, es decir, que razonablemente no se hubiera podido prever su ocurrencia; irresistible e inevitable; es decir, que no se hubiera podido evitar

²⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.

previamente o atenuar las consecuencias nocivas de su producción; y debe ser totalmente ajeno a la voluntad y actividad del deudor.

- b. La imprevisibilidad o irresistibilidad de un determinado acontecimiento que pueda ser constitutivo de una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, no es una noción de carácter objetivo, sino que se debe valorar en cada caso tanto las circunstancias particulares en las que éste se produjo, la probabilidad de su producción en las condiciones normales de ejecución del contrato; así como también lo acordado por las partes en el contrato respecto de dicho fenómeno y la posible responsabilidad a cargo de cada una de las partes ante su ocurrencia.
- c. Para establecer si el fenómeno al que se alude tiene la virtualidad de liberar al deudor de su obligación se debe valorar su grado de diligencia en las diferentes etapas de ejecución del contrato, tanto al inicio de la ejecución del objeto contratado, durante su ejecución y el comportamiento que asumió frente al acontecimiento u obstáculo, es decir, las actividades que desplegó tanto para impedir o evitar su ocurrencia, como para atenuar sus consecuencias o los efectos nocivos de su producción.
- d. No todo acontecimiento o suceso tiene la virtualidad para extinguir una determinada obligación, más aun teniendo en cuenta que una de las cargas en cabeza del deudor al momento en el que se obliga es la de cerciorarse o verificar que la prestación a la que se obliga frente al acreedor sí es posible de ejecutarse, con base en las condiciones en las que se obligó.
- e. Si lo que ocurre en un determinado asunto es que desde el inicio de la ejecución de las obras objeto de un contrato estatal que ha sido celebrado entre la administración y un contratista particular, éste se percata de la existencia de diversas dificultades o vicisitudes que impiden su ejecución normal, pero aun así confía en poder superarlas o en atenuar los efectos de su ocurrencia, una vez vencido el plazo contractual no podrá alegar la imposibilidad para dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo, pues si desde el inicio de la ejecución de las obras tuvo conocimiento de los diversos acontecimientos que impedían la ejecución normal de la prestación a la que se obligó, debió adoptar las medidas tendientes a superar los contratiempos o manifestar la imposibilidad de cumplir desde un principio y no esperar hasta el vencimiento del plazo contractual.
- f. **Tampoco podrá alegar la indemnización de perjuicios por acontecimientos o circunstancias que se constituyan en fuerza mayor, cuando en el**

contrato ha convenido que dichos riesgos no generarían indemnización alguna para las partes, pues si se mostró de acuerdo con dicha estipulación y nunca se opuso a que ésta fuera incluida en los diversos documentos que forman parte integral del contrato, no puede ahora venir a desconocer lo previamente convenido con la administración²⁶.

IV. DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.

Según lo dispuesto en el artículo 871 del Código de Comercio²⁷, se ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

En relación con la buena fe contractual el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

.3. Buena fe. Venire contra factum proprium non valet.

Finalmente, la Sala anota que el demandante, con base en la reclamación judicial que ahora adelanta, está yendo en contra de sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla “venire contra factum proprium non valet”, derivada del principio de la buena fe, el cual encuentra consagración positiva expresa tanto constitucional como legalmente en el ordenamiento jurídico colombiano. En términos de la Sección Tercera del Consejo de Estado:“

... vale la pena subrayar que nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibile y no puede enjuicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. En suma, la regla “venire contra factum proprium non valet” tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado²⁸”

(...)

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en el deber de informar a la otra parte²⁹, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”

²⁶Extractos de la sentencia del 08 de febrero de 2017. Expe. 25000-23-36-000-2013-01717-01 (54.614).C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

²⁷ Con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil

²⁸ Consejo de Lisiado Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 de febrero de 2010. dentro del expediente No. 85001-23- 31-000-1997-00403-01(15596), C. P. Mauricio Fajardo Gómez

²⁹ En este sentido cfr. M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p.73.

En ese orden, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual³⁰.

V. DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Como es bien sabido, según el inciso final del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, **estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias** previstas en el canon de la jurisdicción.

Por otro lado, advierte el artículo 167 C.G.P³¹., que ***“incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*** igualmente, en tratándose de procesos de responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C³², se dispone que, ***“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”***. Artículos que deben acompasarse siempre con la cláusula general de responsabilidad del Estado, contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, que aplica tanto para la responsabilidad contractual como la extracontractual.

Luego entonces, en clave de responsabilidad estatal, al demandante le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la imputación del mismo, así como la cuantificación del perjuicio.

Así las cosas, entre los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, están el deber de probar el daño, en este caso, una pérdida real, grave y anormal que afectó la economía del contrato, que dicha causa no fue prevista por las partes en su autonomía contractual dentro de los riesgos pactados en el contrato y que no le es imputable a la parte que reclama el restablecimiento de la ecuación contractual.

³⁰ Al respecto se puede consultar SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. “ Compendio de Derecho Administrativo”. Universidad Externado. Año 2017. Pag. 647 y ss. *“la buena fe objetiva tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior, ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia, y selección objetiva entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados”*

³¹ **Artículo 167. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

³² **ARTÍCULO 1757. <PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA>.** Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

Por otra parte, cualquiera que sea la causa que se invoque, su ocurrencia por sí sola no conlleva un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular para determinar la afectación grave de las condiciones económicas del contrato.

Al respecto ha sostenido el H. Consejo de Estado³³ que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que se presentó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual que deben ser asumidos por él, o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

Precisó la jurisprudencia:

“Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onusprodandi, incumbitactori' y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus. inexcipiendo, fit actor'. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C³⁴”.

Es claro entonces al interior del Alto Tribunal, que, si en un determinado asunto lo que se pretende es que se indemnice el daño generado con ocasión de la ruptura del equilibrio económico de un contrato estatal que se produjo por la ocurrencia de unos hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles a su celebración, en este evento corre por cuenta del demandante la carga de demostrar no solamente que la alteración del equilibrio financiero del contrato se produjo como consecuencia de las referidas circunstancias sobrevinientes, que dichas circunstancias no son imputables a su actividad contractual y que no eran razonablemente previsibles, sino también la magnitud de esa alteración³⁵.

VI. EL CASO EN CONCRETO.

Como se advierte de los antecedentes de la demanda, la parte actora busca que, se declare que, por hechos no imputables a la Sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., el contrato No. MA-0023088, cuyo objeto era la *'pavimentación al patio del tanque 502 de la planta odc ubicada en el municipio de*

³³CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, sentencia 18 de septiembre de 2003. exp. 15.119, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

³⁴CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 30 de junio de 2011. siendo ponente el Consejero, Doctor DANILO ROJAS BCLANCOURTH, dentro del expediente No. 19001-23-31-000-1997-04001-01.

³⁵Ibidem pie de página 18.

Coveñas Departamento de Sucre" tuvo una duración mayor de la prevista, lo que hizo necesario que su plazo se ampliara y se aumentara su costo, rompiendo el equilibrio económico y financiero del contrato.

Por lo tanto, estima la parte actora, que se debe indemnizar o rembolsar para restablecer el equilibrio económico del contrato, a la Sociedad CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS S.A.S., atendiendo a que, ECOPETROL S.A. no adoptó las medidas necesarias para mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato, derecho que presuntamente le asiste, en los términos del inciso 2º numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993,

-. DEL DEBATE PROBATORIO.

Fueron aportadas al proceso, **por la parte actora**, las siguientes documentales:

- Copia del contrato No. MA-0023088 (folio 48 a 57).
- Copia acta de inicio de actividades (folio 58-59).
- Copia de OTROSÍ No. 1, fechado 16 de agosto de 2013 (folio 60-61).
- Copia de OTROSÍ No. 2, fechado 30 de agosto de 2013 (folio 62-63).
- Copia OTROSÍ No. 3, fechado 01 de octubre de 2013 (folio 64-65).
- Copia de acta de liquidación de contrato-mutuo acuerdo, de fecha 04 de agosto de 2014 (folio 66 a 76).
- Copia de bitácora de asistencia en la obra (folio 77 a 165).
- Copia de solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato MA-0023088, fechada 09 de junio de 2014³⁶ (folio 166 a 171).
- Copia del oficio 2-2014-081-1816 de fecha 25 de julio de 2014³⁷, por el cual se da respuesta a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero (folio 172 a 181).
- Copia del oficio 2014400001421 de fecha 04 de abril de 2014³⁸ (folio 182-183).
- Copia de certificación expedida por el IDEAM, de fecha 02 de abril de 2014³⁹ (folio 184 a 186).

Como documentales aportadas con la **contestación de la demanda**, se tienen las siguientes:

³⁶Suscrita por el Representante Legal de la Sociedad CONSTRUCCIONES, COMPRESORES Y EQUIPOS SAS.

³⁷Suscrito por el Administrador del Contrato MA-0023088.

³⁸Suscrito por el Subdirector de Meteorología del IDEAM y dirigido al Representante Legal de la Sociedad Construcciones, Constructores y Equipos SAS., por el cual se remite certificación sobre el estado de la precipitación, su porcentaje durante los meses de enero a octubre de 2013.

³⁹Certifica el comportamiento diario de la precipitación y su respectivo porcentaje durante los meses enero a octubre de 201, según reporte de las estaciones meteorológicas Villa Marcela y Estación Tolú,

- Copia del pliego de condiciones-solicitud privada de oferta No. 50022265 (folio 230 a 267).
- Copia del manual de especificaciones técnicas *“Recuperación del piso del dique del tanque de almacenamiento de crudo TK-502 Planta ODC Coveñas”* (folio 268 a 299).
- Copia del contrato MA-0023088 (folio 300 a 309)
- Copia del acta de inicio (folio 310).
- Copia de acta de reunión y constancia de asistencia de fecha 07 de mayo de 2013⁴⁰ (folio 311 a 313).
- Copia acta de reunión y constancia de asistencia de fecha 07 de mayo de 2013⁴¹ (folio 314 y 315).
- Copia del acta de reunión y constancia de asistencia de fecha 25 de junio de 2013⁴² (folio 316 y 317).
- Copia del oficio TC-MA-0023088-07-2013, de fecha 11 de julio de 2013⁴³ (folio 318-319).
- Copia del escrito de fecha 16 de agosto de 2013⁴⁴ (folio 320).
- Copia del OTROSÍ, No. 1 (folio 321 a 322).
- Copia del oficio TC-MA-0023088-07-2013, de fecha 17 de julio de 2013⁴⁵ (folio 323).
- Copia de memorando de fecha 11 de julio de 2013 “Autorización de Otrosí al Contrato No. MA-0023088” (folio 324-325).
- Copia de Oficio radicado No. 2-2013-081-1796 del 13 de agosto de 2013 “Recomendación y justificación de Otrosí No.01 al contrato MA- 0023088” (folio 326-327).

⁴⁰Cuyo objeto, dar inicio a la ejecución del contrato MA-0023088.

⁴¹Cuyo objeto fue, estudiar la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato MA-0023088.

⁴²Cuyo objeto fue, realizar seguimiento HSE, a la gestión del contrato MA-0023088.

⁴³Suscrito por la Dirección de Gestoría Técnica y dirigido a Ecopetrol S.A, abordando como asunto, la suscripción del OTROSÍ No. 1, del contrato MA-0023088.

⁴⁴ Suscrito por el Representante Legal de Construcciones, Compresores y Equipos SAS, y dirigido a la Dirección de Gestoría Técnica del Contrato, **teniendo por motivo, la solicitud de ampliación del plazo contractual, por 40 días, por causas de: (a) demoras en las firmas de los permisos de trabajo, cambios de turno de operadores, revisiones de análisis de riesgo, suspensión de trabajos debido a gestoría laboral, charlas generales de seguridad, simulacros entre otras; (b) las lluvias frecuentes y de gran intensidad que se han presentado durante la ejecución del contrato, lo cual impide la continuidad de los trabajos que se realizan, las cuales han afectado todo el área del patio tanto en la parte seca, como en la parte húmeda; (c) en el área seca la fuerte ola invernal ha producido daño en la imprimación aplicada en días anteriores y ha ocasionado atraso en la colocación del asfalto, debido a que toda el área presenta exceso de humedad en la sub-base. Para garantizar la colocación del pavimento flexible, se debe contar entre un tiempo seco entre 5 a 6 días seguidos para que la parte humedad se evapore, y así poder realizar una buena imprimación y colocación del asfalto; (d) En el área húmeda el cierre de la válvula del dique en horas de la noche, en la temporada, de fuerte invierno a ocasionado que se inunde todo el área baja retrasando en varios días la colocación del concreto rígido. (e) El peso de los equipos tales como volquetas, carmix, cuando el terreno se encuentra en humedad, ha producido grandes daños a la sub-base del terreno, lo que incrementa la pérdida de tiempo en la ejecución de las actividades, dado que antes de fundir hay que arreglar el terreno afectado.”**

⁴⁵ Suscrito por la Dirección de Gestoría Técnica y dirigido a Ecopetrol S.A, abordando como asunto, la suscripción del OTROSÍ No. 1, del contrato MA-0023088

- Copia Memorando de fecha 13 de agosto de 2013 radicado No.2-2013- 081-1797 "Recomendación Otrosí No.01 al Contrato MA- 0023088" (folio 328-329).
- Copia Memorando de fecha 13 de agosto de 2013 radicado No.2-2013- 082-881 "recomendación de Otrosí 1., al Contrato MA-0023088" (folio 330-331).
- Copia oficio de fecha 26 de agosto de 2013 (folio 332).
- Copia de memorando de fecha 26 de agosto de 2013 (folio 333-334).
- Copia de oficio de fecha 26 de agosto de 2013, recomendación y justificación de Otrosí No. 2 (folio 335-336).
- Copia memorando de fecha 26 de agosto de 2013, recomendación Otrosí No. 2 (folio 337-338).
- Copia de memorando de fecha 26 de agosto de 2013, solicitud de Otrosí No.2 (folio 339-340).
- Copia de OTROSÍ No. 2 (folio 341-342).
- Copia del escrito de fecha 25 de septiembre de 2013⁴⁶ (folio 343).
- Copia Oficio Radicado No. 2-2013-084-196 de fecha 17 de septiembre de 2013 "Recomendación y justificación Otrosí No.03 al Contrato No. MA-0023088" (folio 344).
- Copia Autorización de prorroga Otrosí No.03 al Contrato No. MA- 0023088 de 17 de septiembre de 2013 (folio 345-346).
- Copia Oficio de fecha 26 de septiembre de 2013 "Recomendación y justificación de Otrosí No.03 al contrato No. MA-0023088 (folio 347 a 349).
- Copia Memorando de fecha 13 de septiembre de 2013 radicado No. 2- 2013-081-2126 "Autorización de Otrosí No.03 al contrato No. MA- 0023088" (folio 350-351).
- Copia Memorando de fecha 26 de septiembre de 2013 radicado No. 2-2013-081-2125 "Solicitud Otrosí No.03 al Contrato MA- 0023088" (folio 352-353).
- Copia del OTROSÍ No.03 al Contrato de Obra No. MA-0023088 (folio 354-355).
- Copia Acta de suspensión total No.001 del Contrato de Obra No. MA- 0023088 de fecha 10 de octubre de 2013 (folio 356).

⁴⁶ Suscrito por el Representante Legal de Construcciones, Compresores y Equipos SAS, y dirigido a la Dirección de Gestoría Técnica del Contrato, **teniendo por motivo, la solicitud de ampliación del plazo contractual, por 40 días, por causas de: (a) las lluvias frecuentes y de gran intensidad que se han presentado durante la ejecución del contrato, lo cual impide la continuidad de los trabajos que se realizan, las cuales han afectado todo el área del patio tanto en la parte seca, como en la parte húmeda; (c) en el área seca la fuerte ola invernal ha producido daño en la imprimación aplicada en días anteriores y ha ocasionado atraso en la colocación del asfalto, debido a que toda el área presenta exceso de humedad en la sub-base. Para garantizar la colocación del pavimento flexible, se debe contar entre un tiempo seco entre 5 a 6 días seguidos para que la parte humedad se evapore, y así poder realizar una buena imprimación y colocación del asfalto; (d) En el área húmeda el cierre de la válvula del dique en horas de la noche, en la temporada, de fuerte invierno ha ocasionado que se inunde todo el área baja retrasando en varios días la colocación del concreto rígido. (e) El peso de los equipos tales como volquetas, carmix, cuando el terreno se encuentra en humedad, ha producido grandes daños a la sub-base del terreno, lo que incrementa la pérdida del tiempo en la ejecución de las actividades, dado que antes de fundir hay que arreglar el terreno afectado."**

- Copia Acta de reinicio del Contrato de Obra No. MA-0023088 de fecha 21 de octubre de 2013 (folio 357-358).
- Copia Acta de suspensión parcial No.002 del Contrato de Obra No. MA-0023088 de fecha 29 de noviembre de 2013 (folio 359-360).
- Copia Acta de reinicio del Contrato de Obra No. MA-0023088 de fecha 14 de enero de 2014 (folio 361-362).
- Copia Acta de suspensión total No.003 del Contrato de Obra No. MA- 0023088 de fecha 20 de enero de 2014 (folio 363-364).
- Copia Acta de reinicio del Contrato de Obra No. MA-0023088 de fecha 4 de febrero de 2014 (folio 365-366).
- Copia Acta de finalización del Contrato de Obra No. MA-0023088 de fecha 10 de febrero de 2014 (folio 367).
- Copia solicitud de restablecimiento económico del equilibrio económico y financiero del Contrato de Obra No. MA-0023088 presentada por Construcciones, Compresores y Equipos (folio 368 a 373).
- Copia de Respuesta a solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato de Obra No. MA-0023088, radicada con número 2-2014-081-1816 de 25 de julio de 2014 (folio 374 a 378).
- Copia Acta de liquidación de mutuo acuerdo del Contrato de Obra No. MA-0023088 de 2013 y sus Otrosí No. 1, 2, y 3 de fecha 4 de agosto de 2014 (folio 381 a 384).
- Copia Informes ejecutivos de gestión de fechas, 24 de julio de 2013, 31 de julio de 2013, 7 de agosto de 2013, 14 de agosto de 2013, 21 de agosto de 2013, 28 de agosto de 2013, 4 de septiembre de 2013, 11 de septiembre de 2013, 18 de septiembre de 2013, 25 de septiembre de 2013, 022 de octubre de 2013, 9 de octubre de 2013, 16 de octubre de 2013 y 23 de octubre de 2013 (folios 385 a 412).

Como se anunció en líneas anteriores, el Tribunal, decretó y practicó como pruebas, las testimoniales, relacionadas con la declaración de los señores, MANUEL MORENO HERRERA, RAFAEL ENRIQUE GUTIÉRREZ MENESES⁴⁷ y LUIS MIGUEL BUELVAS CASTAÑEDA⁴⁸

Igualmente, se decretó y practicó la prueba pericial, consistente en el dictamen del perito ingeniero civil, señor MARIO ANTONIO PESTANA ALMANZA, el cual tenía por objeto, determinar el costo que implicó la existencia de mayor tiempo de permanencia en la obra, indexando los valores resultantes aplicando la variación porcentual del IPC,

⁴⁷Testimonios solicitados por la parte demandante.

⁴⁸Testimonio solicitado por la parte demandada.

así como los intereses a la tasa del 12% anual, a su vez, para efectuar la revisión de precios del valor total del contrato con mayores costos Stand By de equipos y personal por demoras en la entrega de permisos de trabajo, mayores costos por lluvias, condiciones de construcción y limitaciones del área de impacto, imprimación asfáltica, mayor permanencia del contratista en el sitio, incluyendo el componente de administración correspondiente al 17% de los costos e indexar la cuantía aplicando la variación porcentual del IPC, más intereses del 12% anual.

Precisa en este punto la Sala, que en la audiencia de pruebas celebrada el día 23 de marzo de 2017⁴⁹, la parte demandante, allegó escrito, contentivo de dictamen pericial rendido por el ingeniero civil, José Carlos Consuegra, (folios 543 a 578), del cual el despacho conductor procedió a dar traslado. No obstante, en la audiencia celebrada el día 18 de julio de 2017⁵⁰, se procedió a dejar si efectos la actuación por la cual se aceptó y se dio traslado del dictamen pericial, como quiera que dicha prueba fue presentada inoportunamente respecto de los términos de apreciación de las prueba periciales. Razón por la cual, pese a estar anexa el expediente, la misma no posee valor probatorio pues no se incorporó al proceso para tales fines. Luego entonces no será analizada en este punto.

En este orden, y reseñadas como están las pruebas testimoniales y periciales, pasa la Sala al estudio de cada una de ellas:

-. DE LA PRUEBA TESTIMONIAL RECAUDADA⁵¹

En la audiencia de pruebas celebrada el día 09 de noviembre de 2016, se escucharon las declaraciones de MANUEL OLIVO MORENO HERRERA, RAFAEL ENRIQUE GUTIÉRREZ MENESES y LUIS MIGUEL BUELVAS CASTAÑEDA, en el siguiente orden:

- Declaración del señor **MANUEL OLIVO MORENO HERRERA^{52,53}**

“**PREGUNTADO⁵⁴**:1) Haga un relato de los hechos que le consten respecto de la celebración del contrato entre Construcciones y Equipos SAS y Ecopetrol, 2) recuerda el plazo pactado en el contrato, y si este plazo fue mayor al establecido inicialmente y 3) si recuerda las causas de retraso o cumplimiento en el plazo de la ejecución del contrato. **CONTESTÓ**: fui parte del comité evaluador del Contrato junto con el ingeniero Rafael Enrique Gutiérrez, evaluamos las propuestas de los proponentes del

⁴⁹ Acta, folio 579 y 580.

⁵⁰ Acta, folio 597 a 600.

⁵¹ Audiencia de pruebas celebrada el 09 de noviembre de 2016, (Acta escrita, folio 457-458).

⁵² Audiencia de pruebas. Intervención a partir del minuto 05:40 al minuto 15:20 CD-ROM folio 459.

⁵³ De profesión ingeniero electrónico, empleado de Ecopetrol S.A, en la planta de Coveñas, desempeñando el cargo de profesional de mantenimiento.

⁵⁴ Pregunta el despacho sustanciador.

contrato, las valoramos de acuerdo a las especificaciones técnicas, entregamos un informe, no tuve que ver con la gestión técnica o ejecución del contrato, supe que hubo retrasos, pero no tuve detalles hasta el momento que fui citado y no recuerdo cual fue el plazo pactado, en lo que respecta con las causas del retraso, escuche en las reuniones que fue por un tema de lluvias. **PREGUNTADO**⁵⁵. 1) Cuales eran sus funciones en la planta de Coveñas; 2) Cuales eran las razones para mantener el dique cerrado. **CONTESTÓ**: Era el profesional de mantenimiento de instrumentación y control, respecto al tema del dique cerrado, es un tema operativo que no manejo, pues mis funciones tenían que ver con la parte electrónica, computadores etc., **AGREGA**. Hace 25 años que trabajo con Ecopetrol en Coveñas, fui requerido por la empresa para realizar una evaluación de las ofertas del trámite contractual, y hasta ahí llegó mi intervención”⁵⁶

- Declaración del señor **RAFAEL ENRIQUE GUTIÉRREZ MENESES**⁵⁷⁻⁵⁸

“**PREGUNTADO**⁵⁹:1) Haga un relato de los hechos que le consten respecto de la celebración del contrato entre Construcciones y Equipos SAS y Ecopetrol, 2) cual fue la duración del contrato,3) cual fue el plazo pactado, y si este se extendió, o se suspendió, si recuerda su hubo estudios previos y por cuánto tiempo había sido pactado el contrato, o cual era su objeto. **CONTESTÓ**: no participé en el proceso de ejecución contractual, desconozco como se ejecutó el contrato, pues mi labor se limitó, al ejercicio de la evaluación técnico-financiera, respecto a los estudios previos, no recuerdo porque eso se llevó a cabo hace mucho tiempo, creo que tres años, no recurso con exactitud. **PREGUNTADO**⁶⁰. 1) Cuales eran sus funciones básicas en la planta de Coveñas; 2) tiene conocimiento, si en la planta de Coveñas, se estaba ejecutando, la pavimentación del dique-tanque 502 y 3), tiene conocimiento, si, en la época de ejecución del contrato, hubieron intensas lluvias, y el dique se inundaba, y no tenia salida para el flujo de agua, por cuanto, permanecía cerrado por ordenes de Ecopetrol SA. **CONTESTÓ**: tenía como funciones el mantenimiento de las instalaciones, sabía que en su momento se ejecutó el proceso de pavimentación del dique, respecto a la inundación del dique, no tengo conocimiento porque no participe en el proceso de ejecución del contrato. **AGREGA**. No tengo conocimiento exacto de lo que se me pregunta, por cuanto ese proceso fue hace más de 3 años⁶¹”

⁵⁵Pregunta la parte demandante.

⁵⁶La parte demandada no hizo uso de la oportunidad de interrogar al testigo.

⁵⁷ Audiencia de pruebas. Intervención a partir del minuto 16:13 al minuto 25:50 CD-ROM folio 459

⁵⁸ De profesión ingeniero mecánico, empleado de Ecopetrol S.A., en la planta de Coveñas, desempeñando el cargo de técnico financiero.

⁵⁹Pregunta el despacho sustanciador.

⁶⁰Pregunta la parte demandante.

⁶¹La parte demandada no hizo uso de la oportunidad de interrogar al testigo.

- Declaración del señor **LUIS MIGUEL BUELVAS CASTAÑEDA**^{62,63}

“**PREGUNTADO**⁶⁴:1) Haga un relato de los hechos que le consten respecto de la celebración del contrato entre Construcciones y Equipos SAS y Ecopetrol, 2) cual fue la duración del contrato,3) cual fue el plazo pactado, y si este se extendió, o se suspendió, si recuerda cuales fueron las circunstancias que originaron la suspensión o la ampliación de los plazos de ejecución del contrato. 4) si se celebraron contratos adicionales u Otrosí, y si los plazos se extendieron por causas en la demora de los permisos de trabajo. **CONTESTÓ**: participe en la etapa de planeación del contrato, y fui nombrado como administrador del mismo. Toda la etapa de planeación inició a finales del año 2012. Este proceso tiene 2 fases, por cuanto el patio del tanque comporta 2 áreas, un área inundable, y un área seca. La inundable está construida con concreto rígido o hidráulico (arena, piedras cemento) y la seca construida con pavimento flexible (asfalto). La etapa de planeación fue diseñada para que la obra se llevara a cabo en tiempo de verano. La empresa adjudicó y firmó el contrato el 03 de marzo de 2013, y se planeó para que se ejecutara durante la etapa seca del año (mes de marzo, abril, mayo), teniendo como parte final el mes de junio. Se pactó, que este se ejecutara en 90 días calendario a partir del acta inicial. El contrato se le adjudicó a la empresa Constructores, Compresores y Equipos SAS. Dentro de la etapa de ejecución, una vez se entregó el contrato al contratista surgieron una cantidad de reclamaciones de parte del contratista, porque el contrato fue adjudicado por \$1.147.000.000 millones de pesos, unos 75 millones menos a los que el contratista había ofertado. Esto se dio por cuanto en el análisis de precios unitarios, se encontró que el contratista había puesto como subsidio de transporte de los trabajadores, la suma de \$74.000 pesos diarios, siendo que este es mensual por ley. Luego al corregirle el valor de diario a mensual el valor de la propuesta bajó. Igualmente sucedió, que el contratista no cumplió con el procedimiento a cabalidad con el procedimiento de vinculación de mano de obra local, en los términos que maneja Ecopetrol S.A., cuando entregaron los documentos estos les fueron devueltos, porque no habían sido diligenciados en debida forma, por lo que tocó empezar nuevamente y esta circunstancia aplazó la ejecución del contrato, pues se inició solo hasta el 20 de mayo de 2013 época en que iniciaron las lluvias, lo que obligó a cambiar las condiciones de ejecución del contrato. Con relación a los contratos adicionales, si celebraron tres Otrosí, el primero debido a la inclusión de un nuevo ítem en el contrato que se denominó excavación a mano, ya que no se podía utilizar la maquinaria en ese punto, por riesgos con el cableado del área, su ampliación fue por 15 días y por la suma de \$105.000.000 millones aprox.. Luego por solicitud del contratista se amplió nuevamente el plazo en el Otrosí número 2, por 30 días, debido a las lluvias constantes. Luego, nuevamente por solicitud del contratista se amplió el plazo a través del Otrosí número 3, por 60 días más. Respecto de la demora en los permisos

⁶² Audiencia de pruebas. Intervención a partir del minuto 27:00 al minuto 2:002. CD-ROM folio 459

⁶³ De profesión ingeniero civil, empleado de Ecopetrol S.A, en la planta de Coveñas, desempeñando el cargo de Coordinador de Operaciones y Mantenimiento de la Planta del Oleoducto de Coveñas. (Administrador del contrato MA-0023088)

⁶⁴Pregunta el despacho sustanciador.

de trabajo, es conocido por cualquier trabajador que Ecopetrol según manual de funciones que se aporta al pliego de condiciones, solicita que todo trabajador esté debidamente autorizado, y su trámite es lo común que se le requiere a cual tramite de permiso de trabajo, según normas internas de Ecopetrol **PREGUNTADO**⁶⁵. 1) Cuales eran sus funciones; 2) cual era el alcance del contrato 3) especificación del área topográfica.4) cuales fueron las razones técnicas que llevaron a que el contratista se constituyera en mora en la ejecución del trabajo, que lo obligó a solicitar ampliación de tiempo. 5) que condiciones contemplaba los Otrosí. 6) cual es la razón por las cuales las válvulas deben permanecer cerradas.7), manifestar si Ecopetrol hizo un reconocimiento económico al contratista por concepto de hora-tiempo y equipo en la obra. **CONTESTÓ:** tenía como funciones, el rol de Administrador del contrato, básicamente velar por la ejecución del mismo. En relación con el alcance del contrato, este, comportaba la pavimentación del patio del dique, procedimiento que tenía varios ítems, tales como, excavación, sub-base, piedra rejón, concretos rígidos y flexibles para la construcción de la zona inundable y del área seca. También sucedió, que el contratista, empezó a escavar toda el área, y las cunetas quedaron por encima del normal de excavación, lo cual produjo que se inundara el área, y se le indicó a manera de recomendación al contratista que pavimentara desde la parte seca, y drenara el agua con los equipos de bombeo, pero solo hasta mediados de la ejecución del contrato acataron la recomendación. Entonces, como las lluvias eran constantes por la tardes, el horario de la mañana se utilizaba solo para sacar agua, lo cual generaba que la obra no avanzara, igualmente se le facilitó al contratista mayores cantidades de obra, con el fin de que el contratista fuera avanzando. Con relación al área topográfica, me permito explicar por medio de (grafico)⁶⁶. El patio tenía una zona húmeda una zona seca, una pendiente continua y una zona de drenajes. El contratista no realizó en debida forma la construcción de la obra. Se le manifestaron una serie de recomendaciones, tendientes a que iniciara la obra de arriba hacia abajo para evitar inundaciones, inicialmente no acató recomendaciones y solo a mediados del contrato acató dicha recomendación. Las razones por las cuales se solicitaron las ampliaciones del tiempo, fueron básicamente el tema de “lluvias que afecta todo el área y las obras”. Respecto de los Otrosí. El primero era por valor y tiempo. El segundo y el tercero solo de tiempo, por solitud de ampliaciones hechas por el contratista. Respecto de la razón por la cual deben permanecer cerradas las válvulas, es porque el dique se construye para contener el producto, luego, la condición normal del dique es que las válvulas estén cerradas para que no se derrame el producto. El dique se cerraba en la noche y se abría de nuevo en la mañana. La parte documental también fue muy demorada. En cuanto a los reconocimientos económicos hechos por Ecopetrol, en efecto se hicieron, luego de que el contratista presentara una reclamación, Ecopetrol reconoció al contratista el periodo de tiempo perdido con ocasión de las lluvias que superaron el promedio de precipitación para la época, basados en estadísticas, re reconoció el impacto en el personal y equipos la suma de \$55.000.000. Millones de pesos aprox.

⁶⁵Pregunta la parte demandada solicitante de la prueba.

⁶⁶ Documento aportado en audiencia, visible a folio 456.

PREGUNTADO⁶⁷. 1) Quienes eran los Gestores técnicos del contrato, 2), si tenía conocimiento de la recomendación de los gestores para la autorización de los Otrosí, 3) si conocía la justificación de las solicitudes de aplazamiento. 4) por que no se hizo efectiva la cláusula 1.4 del contrato denominada “evaluación de desempeño del contratista, punto 16- terminación anticipada del contrato”, teniendo en cuenta que se señala que hubo problemas con la documentación lo que obligó a que se iniciara la obra con retrasos. Porque no dio por terminado el contrato./porque Ecopetrol, no pagó en su totalidad los conceptos reclamados **CONTESTÓ**. Recuerdo que había un gestor que un consorcio llamado Exilon, /si conocía la recomendación de los gestores para la autorización de los Otrosí. /Conocí de las solicitudes de aplazamiento pero no recuerdo su justificación. / No se dio por terminado el contrato, por cuanto como administrador lo que se busca es que, se ejecute el contrato y la demora no afecta en nada a Ecopetrol. / Respecto a la temporada de lluvias, conozco que la temporada de lluvia inicia en el mes de mayo o junio, la lluvia se mide por niveles de precipitaciones, según registros del IDEAM. / reitera que la condición de dique cerrado es constante en la noche, por motivos de seguridad y se daba apertura durante la construcción de la obra. / Ecopetrol reconoció al contratista la suma por concepto de lluvias que sobrepasaron los niveles de precipitación. Es más, Ecopetrol terminó reconociendo valores por encima de los inicialmente pactados, que fueron \$1.147.000.000. Millones, finalizó cancelando, \$1419.000.000 millones, por concepto de mayores cantidades de obra, por materiales afectados con la lluvia. / Las funciones del administrador del contrato, son facilitar el mayor desarrollo de la obra, hacer seguimiento al cumplimiento de las especificaciones técnicas del contrato, liquidar las actas parciales, hacer los pagos oportunos y liquidar el contrato”.

- DE LA PRUEBA PERICIAL RECAUDADA

Se decretó, practicó e incorporó, a petición del demandante, un dictamen pericial técnico, cuyo objeto en términos generales, era, 1) Determinar el costo que implicó la existencia de mayor tiempo de permanencia en la obra, indexando los valores resultantes aplicando la variación porcentual del IPC, así como los intereses a la tasa del 12% anual. 2) Efectuar la revisión de precios del valor total del contrato con mayores costos Stand By de equipos y personal por demoras en la entrega de permisos de trabajo, mayores costos por lluvias, condiciones de construcción y limitaciones del área de impacto, imprimación asfáltica, mayor permanencia del contratista en el sitio, incluyendo el componente de administración correspondiente al 17% de los costos e indexar la cuantía aplicando la variación porcentual del IPC, más intereses del 12% anual.

En ese orden, el despacho procedió a nombrar de la lista de auxiliares de la justicia al señor MARIO ANTONIO PESTANA ALMANZA, de profesión ingeniero civil, para que rindiera dictamen sobre los puntos antes mencionados, dicho dictamen fue Decretado

⁶⁷ Pregunta parte demandante.

en la audiencia inicial, celebrada el 04 de octubre de 2016 (fol. 429 a 432), incorporado y controvertido en la audiencia de pruebas celebrada el día 23 de marzo de 2017 (fol. 579 a 581, incluido CD ROM), cuyo informe escrito se encuentra visible a fol. 483 a 492 y anexos, folio 493 a 523 y aclaración y complementación 610 a 613 y anexos 614 a 841.

La práctica del dictamen rendido por el perito ingeniero se dio en la audiencia de pruebas de fecha 23 de marzo de 2017⁶⁸, que como se advirtió anteriormente versaba sobre los siguientes puntos, de los cuales el perito hace constar, que visitó el lugar de la obra, y revisó los documentos que hacen parte de la etapa contractual:

- Determinar el costo que implicó la existencia de mayor tiempo de permanencia en la obra, indexando los valores resultantes aplicando la variación porcentual del IPC, así como los intereses a la tasa del 12% anual.
- Efectuar la revisión de precios del valor total del contrato con mayores costos Stand By de equipos y personal por demoras en la entrega de permisos de trabajo, mayores costos por lluvias, condiciones de construcción y limitaciones del área de impacto, imprimación asfáltica, mayor permanencia del contratista en el sitio, incluyendo el componente de administración correspondiente al 17% de los costos e indexar la cuantía aplicando la variación porcentual del IPC, más intereses del 12% anual.

Del estudio del perito ingeniero, se pudo extraer, tanto del informe escrito, como de la declaración en audiencia que:

“ (SIC) Las lluvias, motivo principal, y los otros factores mencionados en el numeral 1.2.3⁶⁹, incidieron en los trabajos contratados del tanque TK502; ya que por ejemplo si se labora en un área despejada al aire libre las escorrentías de las aguas en comento se esparcen rápidamente: mas no así en un gran receptáculo o dique cónico truncado invertido con cilindro central (tanque de 2.900,00 m2 aproximadamente, y con una capacidad de almacenamiento de 250.000,00 barriles) de 15.000,00 m2 que aun con una precipitación moderada de 15 mm puede acumular 225.000,00 Lts. de agua si no se efectúa el drenaje rápidamente; agua esta que al infiltrarse y percolarse en el suelo natural,

⁶⁸ Acta de audiencia escrita, folios 579 y 580, y CD-ROM de audiencia, folio 581.

⁶⁹ Del acápite de generalidades, dictamen escrito. “1.2.3.Las lluvias acontecidas en un sector de la región del Golfo de Morrosquillo: registradas en las estacionales meteorológicas de Villa Marcela, ubicadas en San Antera - Córdoba y Tolú Sucre [distanciadas entre sí 23 Km. + 550 m. Aproximadamente; y a unos 6 km. + 450 m., y 17 km. + 650 m. respectivamente de Ecopetrol; y otras que no se registraron como las del 21/05/2013 (3:00 pm a 5:00 pm), 24/05/2013 (de 1:00 pm a 4:00 pm), y 11/07/2013 (madrugada) para mencionar algunas. Ver certificado IDEAM y bitácora de control]; como también otros puntuales en el desarrollo de las obras, ya retrasadas, como el paro puntual realizado por la comunidad de Coveñas por el deterioro de las vías, la disminución de la oferta de asfalto de Ecopetrol en el mes de noviembre por la puesta en marcha de las nuevas facilidades logísticas, y la en proceso de estabilización con oferta limitada de las refinería de Apia y Barrancabermeja: 25/11/2013; las demoras en el otorgamiento de los permisos de trabajo; no dejando de lado el retraso por no haberse iniciado los trabajos en el mes de marzo -abril donde las lluvias fueron escasas y de baja precipitación (ver certificado IDEAM), los trabajos realizados a dique cerrado probablemente el plan de trabajo de obras no adecuado (no se observó por no haber sido suministrado); y los trabajos realizados a dique cerrado: restringieron el buen desarrollo de las obras caso.”

o ya intervenido por la obra imposibilita el normal desarrollo de las actividades de construcción (suelo saturados-encauchados).

Por lo anterior se considera que el Contratista Construcciones Compresores y Equipos S.A.S. si incurrió en mayores costos en el desarrollo de las obras de pavimentación asfáltica y rígida del tanque TK502; observando también que las personas y no las maquinas trabajan horas extras (no pueden incluirse), ya que ellas se utilizan para el desarrollo de las obras contratadas que se pagan de acuerdo a su medida y precios unitarios (\$62.712.500,00 pretendidos); diferente al Stand by que son horas no utilizadas de los equipos pesados a usar para la jornada de trabajo-caso (por las limitaciones o restricciones ya anotadas acaecidas en el día); además el Stand by no se da en la suspensiones parciales o totales; así también la perdida por doble imprimación (no se incluye) por ser esta de la esencia de la calidad del servicio (\$19.355.046,00 pretendidos), como cuando se presentan fallas a corregir por mal procedimiento constructivo o por la utilización de materiales no adecuados, o que no cumplen con las especificaciones técnicas preestablecidas (que son objetos de llamado de atención y rechazo, para su remplazo o solución, por el interventor o en el caso por el gestor técnico”.

El anterior estudio, fue objeto de solicitud de aclaración y complementación por parte del demandado ECOPETROL (fol.583 a 586) sobre los siguientes puntos:

- Porque se determinó como causa principal del sobrecosto en que incurrió el contratista el factor climático de “las lluvias”, si el dictamen decretado en la audiencia inicial, no tiene como objeto determinar las causas o fenómenos incidentes en la situación, sino el sobre costo en la ejecución de la obra.
- Porque la conclusión se soporta en “ejemplos de áreas”, si se trata de una obra civil cuya área específica de trabajo se encuentra previamente determinada en el contrato; situación que no está sujeta a supuestos de hechos ni a presunciones.
- Cuál es el alcance de los conceptos "stand by" y “doble imprimación”, a los que se hace referencia en el párrafo segundo de la conclusión, para la realización del peritaje y para la tasación allegada, ya que los mismos resultan confusos y no se logra llegar a un correcto entendimiento de tales conceptos

La aclaración y complementación del dictamen se llevó a cabo en audiencia celebrada el 16 de agosto de 2017⁷⁰ y consta por escrito a folios 610 a 613, de los cuales rescata el siguiente estudio:

“(SIC)...1. Que el procedimiento seguido fue visita de observación a las instalaciones ODC Coveñas para el conocimiento y percepción directa al lugar donde se ejecutaron los trabajos de obras civiles objeto de peritaje; a fin de analizar, sintetizar, comparar la documentación allegada y con ello realizar la apreciación o cuantificación, lo más objetiva y materialmente posible dentro de la sana critica con los documentos consultados; ya que como las causas, acontecimientos y consecuencias de hechos, acciones u actos, donde como ya lo exprese en mi informe, el suscrito no dirigió ni participó en la construcción, planeación, organización, control y recibo de las obras-caso.

2. La visita llevada a cabo el 07/02/2017 con la participación del ingeniero Luis Miguel Buelvas Castañeda, y el Dr. Willington Plata Villamizar (Gestor Administrativo o Administrador del Contrato, y el Asesor Jurídico respectivamente como se me informó por parte de Ecopetrol), y el Ingeniero Luis E. Mendoza de la Ossa (por parte de la empresa

⁷⁰ Acta escrita, folio 842 y CD-ROM, folio 843.

contratista Construcciones Compresores y Equipos S.A.S): a) Reunión en oficina donde se trataron asuntos generales y específicos en cuanto algunos aspectos de como se había desarrollado la ejecución, inconvenientes o circunstancias inherentes a la pavimentación al patio del tanque TK 502; b) Desplazamiento al patio TK 502 donde se identificó la zona húmeda y seca del patio de las obras contratadas y ubicación del tanque-caso; como también los puntos de ubicación de las válvulas de cierre del dique de protección. Anoto también que la visita fue programada y autorizada por Ecopetrol las fotografías vistas actuales que se anexaron fueron tomadas por el suscrito en dicha visita y se recibió copias de planos parciales del TK 502, y la entrega posterior de documentos parciales que algunos apartes se anexaron al informe; ya que hasta cierto punto estaban repetidos: tanto los ya entregados con anterioridad por el demandante como los posteriores de este último, con los que se encuentran aportados al expediente (actas y recibos de pagos, 7, finiquitos de pagos de personal de mayo-noviembre de 2013 y de enero-febrero de 2014, bitácora, especificaciones técnicas, pliego de condiciones, registros fotográficos del proyecto de ejecución donde se observa maquinarias y equipos utilizados, copia del contrato de obra, desempeño de contratista, requerimiento presentado- respuesta, APU, copias de formatos de permiso de trabajo, oficios enviados del suscrito al Tribunal, 2, entre otros)];

3.aunque ya me réferi en la audiencia del 23/03/2017: manifiesto que esas tesis o proposiciones, como las hipótesis o limitaciones anotadas son las argumentaciones para vislumbrar lo oscuro de las causas, acontecimientos y consecuencias del pasado en el presente y que sirvan de orientación al director o conductor del proceso como lo es el Juez o Magistrado de conocimiento: ellas en su numeral (1.2) se explican hermenéutica o exegéticamente para los fines pertinentes por sí sola, más sin embargo para lo solicitado;

4 El “enlace laboral” o cualquier otro nombre dado no es más que la materialización de la responsabilidad social empresarial, que toda empresa llámese Nación, Ente Territorial, empresa estatal o privada conexas (contratante o contratista para el caso) tienen con las agremiaciones, asociaciones, comunidad en sí, sindicatos o madres cabezas de familia entre otras, referente a vincular a personas o proveedores de la región, en razón de ser estas empresas generadoras de ingresos en estas áreas territoriales; y para evitar, como ya lo manifesté: paros, disturbios o plantones de la comunidad o requerimientos de la División Política Territorial que fuere, y que pueden retrasar el buen desarrollo o ejecución de las obras contratadas por las empresas en localidades donde existen instalaciones para el refinamiento y transporte de crudo que es una de las políticas seguidas por dichas empresas;

5. Las partes que son en sí las receptoras y generadoras de las documentaciones: que a falta de uno por una parte o de la otra por otra parte, correspondientemente se pueden aportar, en su momento, los documentos en aras a la mayor objetividad posible de ser necesario, y no ser constitutivo del nudo gordiano de que se habla. Expreso entonces que con la documentación entregada o aportada dentro del proceso se rindió el informe que bajo el principio de la buena fe, se dirigió al equilibrio económico y financiero de las partes donde la balanza se inclina a un Goliath perdedor ni a un David ganador (bitácora en cuanto a la relación de equipos, registro fotográfico del área con equipos trabajando, y las que también relaciona Ecopetrol en su respuesta a la empresa CCESAS sobre la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero;

6. Finiquitos, actas de pago, bitácora, acta de liquidación de mutuo acuerdo, cuadro de relación de obras perdidas originales que la empresa CCESAS resume en el anexo pertinente, otros del expediente relacionados en el informe: los cuales se observaron en sus contexto general, para las correspondientes comparaciones y confrontaciones en aras a encontrar el equilibrio económico y financiero razonable del contrato MA-0023088, y a fin de responder lo solicitado por el Tribunal Administrativo de Sucre;

7. Se consideró el de la respuesta dada por Ecopetrol a la empresa Construcciones Compresores y Equipos S.A.S de fecha 25/07/2017 que cuantificaron en la suma de \$55.180.378,00 que aparece deducida en la tabla matriz del informe que se aduce;

8 La trilogía causa, acontecimiento y efecto (consecuencia) se entrelazan o articulan entre sí, si una se da las otras pueden verse afectadas en mediciones menores, medianas y mayores (bajo el principio de la proporcionalidad y ponderación); ya que el fenómeno climatológico de las lluvias con su probabilidad de acontecer de acuerdo a su precipitación (mm) e intensidad media y acumulación en una hora, se clasifican en débil (acumulación media en una hora entre 0,1 y 2 mm); moderada (2,1 y 15 mm); fuerte (15,1 y 30 mm), muy fuerte (30,1 y 60 mm) y torrencial (más de 60 mm): queriendo explicar con ello para orientación de la magnitud de las mismas, que en un cubo transparente cerrado de 1m3

una precipitación de 15mm se acumularía o mantendría 15 litros de agua en ese receptáculo que estando conectado con una tubería abierta, esta agua correría inmediatamente al efluente destinado para recibirlo, como también lo haría más rápidamente si tuviera perforaciones en su fondo, que si es el terreno quien recibe esta agua se infiltraría y percolaría en dicho suelo (no olvidando que el agua es el disolvente o licuante mayor del mundo). La analogía es aplicable entonces al dique del patio TK 502 multiplicada por 15.000, pensemos pues con precipitaciones mayores como (20 mm; 27 mm; 40 mm; 56, 8 mm y 72,8 mm que se presentaron en el área de influencia comprendida en las estaciones meteorológicas Villa Carmela: San Antero y Tolú, como otras no registradas mencionadas en el informe) que consecuencias pueden ocasionar. Aclarando que Ecopetrol es armónico y protector del medio ambiente; ya que dejar permanentemente las válvulas abiertas de los diques cuando se desarrollan o ejecutan trabajos dentro del área de patios de los tanques instalados se corre un riesgo contingente muy peligroso que en ningún momento se debería afrontar; siendo mejor para evitar un mal mayor tener los diques cerrados y abrirlos cuando se requiriera, que para el caso es agua, que si fuera petróleo al colapsar, por dar un ejemplo, un o unos tanques de 250.000 barriles el siniestro contaminante sería incalculable económica y ambientalmente. El stand by como su nombre lo indica para el caso, no es más que por condiciones o situaciones contingentes o potenciales de lo que se puede dar o no dar, sino que se dio, convirtiéndose entonces en siniestro dando lugar a considerar mayores costos para el contratante dada la inactividad de la maquinaria o equipo del contratista que hace más oneroso el cumplimiento de la obligación del contratista (CCESAS): que como se desprende de los documentos consultados terminó las obras contratadas, aunque con retraso o con mayor tiempo en la obra en comento, y que recibió Ecopetrol. Por otra parte la doble imprimación de que se habla no se incluyó en la cuantificación del monto para el equilibrio de la ecuación económica y financiera; ésta, ya terminada en el 2013, al proseguirse los trabajos en el 2014 sufrió daños y se tuvo que realizar nuevamente.

Por lo anterior, manifiesto que el valor consignado en el informe presentado o sea la suma de \$208.690.082, oo sin IVA, es el monto que en mi leal saber y entender equilibra la ecuación económica y financiera del contrato realizado entre las partes.”.

Visto el informe, es claro, que según el dictamen del perito ingeniero, los puntos por los cuales fue consultado para realizar la pericia, apuntan a que, la principal causa del retaso en las obras fueron las lluvias, como principal factor.

Igualmente, que en respuesta al desequilibrio de la ecuación del contrato, Ecopetrol cancelo al contratista la suma \$55.180.378., que aparece deducida en la tabla matriz del informe que se aduce. También, que las lluvias acontecidas en un sector de la región del Golfo de Morrosquillo: se registran en las estacionales meteorológicas de Villa Marcela, ubicadas en San Antera - Córdoba y Tolú Sucre -distanciadas entre sí 23 Km. + 550 m. Aproximadamente; y a unos 6 km. + 450 m., y 17 km. + 650 m. respectivamente de Ecopetrol; y otras que no se registraron como las del 21/05/2013 (3:00 pm a 5:00 pm), 24/05/2013 (de 1:00 pm a 4:00 pm), y 11/07/2013 (madrugada), como también otros puntuales en el desarrollo de las obras, ya retrasadas, como el paro puntual realizado por la comunidad de Coveñas por el deterioro de las vías, la disminución de la oferta de asfalto de Ecopetrol en el mes de noviembre por la puesta en marcha de las nuevas facilidades logísticas, y la en proceso de estabilización con oferta limitada de las refinería de Apia y Barrancabermeja: 25/11/2013; las demoras en el otorgamiento de los permisos de trabajo; no dejando de lado el retraso por no haberse iniciado los trabajos en el mes de marzo -abril donde las lluvias fueron escasas y de baja precipitación, los trabajos realizados a dique cerrado probablemente el plan de trabajo de obras no adecuado (no se observó por no haber sido suministrado); y los

trabajos realizados a dique cerrado: restringieron el buen desarrollo de las obras.

Precisó además y dejó constancia, que la pericia rendida, se hizo en pro, de visita de observación a las instalaciones ODC Coveñas para el conocimiento y percepción directa al lugar donde se ejecutaron los trabajos de obras civiles objeto de peritaje; a fin de analizar, sintetizar, comparar la documentación allegada y con ello realizar la apreciación o cuantificación, lo más objetiva y materialmente posible dentro de la sana crítica con los documentos consultados; ya que él no dirigió ni participó en la construcción, planeación, organización, control y recibo de las obras, **concluyendo**, que la suma de \$208.690.082, sin IVA, es el monto que a su leal saber y entender equilibra la ecuación económica y financiera del contrato realizado entre las partes.

-.DE LA SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO NO. MA-0023088 Y EL PAGO EFECTUADO POR ECOPETROL S.A

La Sociedad CONSTRUCCIONES, COMPRESORES Y EQUIPOS SAS, (contratista), solicitó a ECOPETROL S.A. (contratante), el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de contrato⁷¹, con fundamento en:

- ✓ **Mayores costos por stand by de equipos y personal por demoras en entregas de permisos de trabajo, paros, simulacros y suspensiones.:** La jornada laboral establecida para el contrato es de: 7:30 AM - 4:30 PM. Sin embargo, durante el desarrollo del contrato No. 0023088, de todos los días efectivos trabajados registraron demoras en entregas de permisos de trabajo y realizando un análisis de los valores se nota un importante porcentaje de los días laborados con demoras en entregas de permisos de trabajo generados por el contratista y aprobados. En resumen, los costos de Stand by de Equipos y Personal por entregas tardías de permisos de trabajo. Ascendiendo a un costo reclamado por el Contratista de \$216.292.426.
- ✓ **Mayores costos por lluvias, condiciones de construcción y limitaciones en el área:** Se reclama el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió por la mayor permanencia en la obra que implicó las suspensiones y la prórroga de que fue objeto el contrato, originado, a su juicio, en circunstancias ajenas a su voluntad ya que por causa de la fuerte, intensa y constante temporada de lluvias en la región y debido a las condiciones constructivas del área del tanque 502 (área interna de los diques) y por OTROSI No.1: De fecha 16 de Agosto de 2013, a través del cual se amplía el plazo de ejecución del contrato en 15 días calendario, es decir, hasta el 01 de septiembre de 2013, y se incrementa el valor del mismo en la suma de CIENTO CINCO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS COLOMBIANOS (\$105.052.876) sin IVA quedando como nuevo valor (\$ 1.252.175.707) MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SIETE PESOS SIN IVA.

⁷¹ Solicitud obrante a folio 166 a 171.

OTROSI No.2, de fecha 30 de agosto de 2013, a través del cual se amplía el plazo de ejecución del contrato en treinta (30) días calendario, es decir, hasta el 01 de octubre del OTROSI No.3, de fecha 01 de Octubre de 2013, a través del cual se amplía el plazo de ejecución del contrato en 60 días calendarios, es decir hasta el 30 de noviembre de 2013.

- ✓ **Mayor permanencia del contratista en el sitio de obra:** De acuerdo con lo estipulado en el contrato No. 0023088, el plazo de ejecución de los trabajos contratados era de Noventa (90) días calendario. No obstante lo previsto contractualmente y planeado por EL CONTRATISTA, se presentaron hechos y circunstancias relacionados con demora en la entrega de permisos de trabajo, fuerte, intensa y constante temporada de lluvias en la región y debido a las condiciones constructivas del área del tanque 502 (área interna de los diques) y por limitaciones de la misma área impuestas por Ecopetrol en el sentido de trabajar a dique cerrado, trabajando en tiempo extra aprobado por Ecopetrol, que implicó mayores horas extras de personal y equipos incurridos fuera horario laboral, entre otros, hechos ajenos totalmente a la responsabilidad del CONTRATISTA, CONSTRUCCIONES COMPRESORES Y EQUIPOS SAS, los cuales motivaron que los trabajos se extendieran a lo inicialmente previsto. Este mayor plazo de ejecución de los trabajos motivó una mayor permanencia de CCE SAS en el sitio de obra, con los sobrecostos asociados a dicha situación, los cuales se reflejan en una mayor mano de obra en la administración prevista del contrato; en las cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance razonable se rompe es equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato.
- ✓ Por último, para restablecer el equilibrio de la ecuación económica y financiera del contrato, estipuló la suma de SEISCIENTOS QUINCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$615.663.658).

ECOPETROL S.A. da respuesta a la solicitud, mediante escrito de fecha 25 de julio de 2014⁷², y bajo los argumentos que a continuación se señalan:

- Horas de Stand By de personal por causa de lluvias y diques cerrado en los Meses de Agosto a Septiembre.

PERSONAL	HR TOTALES	VALOR HORA	VALOR TOTAL
ING.RESIDENTE	66	\$49.876	\$3.291.799
AUXILIAR ADMINISTRATIVO	66	\$14.832	\$ 978.912
OPERADOR DE EQUIPOS	132	\$4.421	\$ 583.546
MAESTRO DE OBRAS	66	\$ 17.210	\$1.135.878
OFICIALES	198	\$ 14.832	\$2.936.736
		\$ 8.265	\$ 53.723

⁷² Folios 172 a 181.

TOPOGRAFO	6,5		
CADENERO	66	\$12.421	\$ 819.786
CONDUCTORES DE VOLQUETAS	0	\$4.421	\$0
OBREROS	264	\$8.588	\$2.267.294
AYUDANTES DE OBRA CIVIL	614,5	\$12.421	\$7.632.705
TOTAL			\$19.700.378

- Horas de Stand By de personal por causa de lluvias y diques cerrado en los Meses de Agosto a Septiembre.

EQUIPOS	HR TOTALES	VALOR HORA	VALOR TOTAL
MOTONIVELADORA	0	\$130.000	\$0
EXCAVADORA DE ORUGA	0	\$120.000	\$0
RETRO DE LLANTAS PAJARITA	18	\$90.000	%1.620.00
VIBRO-COMPACTADOR 10 TON	18	\$90.000	\$1.620.000
COMISIÓN TOPOGRÁFICA	18	\$37.000	\$675.000
VOLQUETAS	1	\$100.000	\$100.000
VIBRADOR DE LLANTAS CARIOCA	18	\$130.000	\$2.340.000
VIBRO COMPACTADOR 1600K	75	\$45.000	\$3.375.000
FINISHER	80,5	\$150.000	\$12.075.000
CARMIX	75	\$75.000	\$5.625.000
VIBRO COMPACTADOR DE ASFALTO	80,5	\$100.000	\$8.050.000
TOTAL			\$35.480.000

Se reconoció entonces por cuenta de ECOPETROL S.A y a favor del contratista la suma de **\$55.180.378**, valor que relaciona las horas de Stand By por Personal y Equipos en los meses que el índice de precipitaciones expresa como mes "extremadamente lluvioso"

Como sustento para la cancelación de la anterior suma, adujo Ecopetrol, que las sumas

reclamadas por el contratista no eran procedentes en su totalidad por lo siguiente:

“(SIC)..

- **Mayor permanencia del contratista en la obra:** **A)** El contratista no acreditó el cumplimiento del equipo mínimo de trabajo requerido para inicio de contrato **B)** Como es de conocimiento de todos, el contrato MA-0023088 fue suscrito por las partes el día 8 de marzo de 2013; sin embargo el acta de inicio tan solo se firmó el día 20 de mayo de 2013, es decir, transcurrieron 72 días para que la empresa CONSTRUCCIONES COMPENSORES Y EQUIPOS cumpliera a cabalidad los requisitos para suscripción de acta de inicio. Evidencia de ello tenemos los correos electrónicos que dan cuenta de los requerimientos realizados por la gestoría administrativa para la época, sin una respuesta oportuna por parte del contratista. Esa actitud pasiva del contratista, la cual fue notificada por la gestoría al administrador del contrato, obedeció a que el hoy reclamante incumplió el procedimiento de Responsabilidad Social Empresarial Instituido por Ecopetrol y que tiene como objetivo vincular mano de obra no formada de las zonas de influencia para la región. Vale la pena destacar que dicho procedimiento era conocido previamente por el contratista al ser uno de los Documentos, del Proceso de Selección y parte integral del contrato. **C)** el curso de fomento programado al personal a vincular no tuvo la asistencia de la totalidad de los mismos. Esta situación fue alertada oportunamente a la empresa, mediante correo electrónico de fecha 10 de mayo de 2013, el cual se anexa a la presente comunicación.
- **Circunstancias extraordinarias:** No se observa evento surgido por razones fuera de lo común, de aquellas que no correspondían al ordinario acontecer para la época en la cual debería ocurrir la ejecución del contrato. Como quedó demostrado el trámite de permisos de ingreso de personal y equipos, simulacros y las lluvias hacen parte del giro ordinario del desarrollo contractual.
- **Circunstancias imprevisibles:** Las situaciones que representaron un retraso considerable al Inicio y durante la ejecución del contrato pudieron ser previstas desde el momento de la celebración del contrato. Como quedó establecido, las circunstancias que originaron el retraso al inicio de las actividades que retrasaron el PDT, son atribuibles al contratista. Al respecto existen llamados de atención, mediante los cuales la gestoría técnica requirió al contratista para el cumplimiento del contrato. El mismo fue notificado al contratista mediante comunicación de fecha 25 de Junio de 2013 Rad- TC-ECP-03*2013. De igual manera se hicieron anotaciones en bitácora con reiteradas recomendaciones, a través de la cual el gestor técnico para la fecha solicita un plan de acción para los atrasos, las cuales nunca fueron atendidas.
- **Ocurrencia posterior a la celebración del contrato:** Los hechos acaecidos, si bien se presentaron con posterioridad a la celebración del contrato, si bien es cierto que resultaron ser de fácil acceso al conocimiento del contratista. De manera que al conocer los procedimientos y normatividades para trámite de permisos, procedimiento de RSt=, no se puede hablar de una imprevisión sino -un descuido al no acatar dichas directrices. Descuido que también obligó a suspender el contrato en dos oportunidades al no contar con un proveedor que garantizara la materia prima de la actividad contratada en dos ocasiones.

- **Conclusiones:** no eran viables las solicitudes reclamadas, por la no configuración de ninguna causal que de paso a la aplicación de la teoría de la imprevisión.”

En este orden y hechas las anteriores precisiones, pasa la Sala a determinar,

-. LOS HECHOS PROBADOS:

- ❖ Está debidamente probado, que entre las partes, Sociedad CONSTRUCTORES COMPRESORES Y EQUIPOS SAS, y ECOPETROL S.A., celebraron el contrato MA-0023088, cuyo objeto era “PAVIMENTACIÓN AL PATIO DEL TANQUE 502 DE LA PLANTA ODC UBICADA EN EL MUNICIPIO DE COVEÑAS SUCRE⁷³”.
- ❖ Que el plazo inicial fue pactado en 90 días, calendario a partir del acta de inicio de actividades, por un valor de \$1.147.122.831, sin incluir IVA⁷⁴.
- ❖ Que el contrato MA-0023088 fue suscrito por las partes, el 8 de marzo de 2013, y según el acta, solo inicio hasta el 20 de mayo de 2013, presentando 72 días de retraso.⁷⁵
- ❖ Que durante la ejecución del contrato se presentaron varias ampliaciones del plazo, reflejados a través de OTROSÍ 1, OTROSÍ 2 y OTROSÍ 3, **las cuales fueron a solicitud del contratista**⁷⁶
- ❖ Que en el OTROSÍ 1, se valoró el ítem tiempo y valor, la ampliación hasta el día 01 de septiembre de 2013 por valor de \$105.052.876., el OTROSÍ 2, valoró solo el ítem de tiempo, ampliando el plazo de ejecución hasta el 01 de octubre de 2013, y el OTROSÍ 3, en los mismos términos, ampliando el plazo hasta el 30 de noviembre de 2013.⁷⁷
- ❖ Que durante la ejecución del contrato, se presentaron varias suspensiones, la primera suspensión total del contrato se realizó el 10 de octubre de 2013, teniendo como justificación la intensa temporada invernal que para la fecha afectaba la zona donde se desarrollaba el proyecto, la segunda suspensión del contrato se registró el día 29 de noviembre de 2013, teniendo como fundamento las lluvias regulares y constantes en la zona y la poca disponibilidad en el

⁷³ Ver contrato, folio 48 a 59.

⁷⁴ *Ibídem*.

⁷⁵ Folio 58-59 Acta de inicio.

⁷⁶ Ver contenido del acápite “debate probatorio-relación de pruebas aportadas al proceso. Página 38. a partir del folio 48 y ss.

⁷⁷ *Ibídem*

suministro de asfalto del proveedor, hecho que también motivó la tercera suspensión del contrato el 20 de enero de 2014⁷⁸.

- ❖ Según prueba pericial, documental y testimonial, se pudo establecer que el principal motivo de aplazamiento del contrato y culminación el tiempo de las obras fue el “factor lluvias”, situación que afectó los materiales utilizados en la obra, aunado a esto, el tema del trámite de vinculación de la mano de obra local, pues este al no ser diligenciado en debida forma por el contratista, atrasó el inicio de labores, sumado a esto, según declaraciones del administrador del contrato, el contratista al inicio de las labores, cometió errores en la construcción, pese a recomendaciones hechas por el contratante, lo que dio lugar a retrasos considerables, que tuvieron como consecuencia que la obra se efectuara durante los periodos de lluvia⁷⁹. Dicho sea de paso, este riesgo estaba contemplado en los anexos técnicos del contrato tal como lo expresa la misma sociedad demandante en los hechos de su demanda, así como en el texto del contrato.
- ❖ Se pudo establecer que, que Ecopetrol S.A., reconoció al contratista las pérdidas de tiempo horas-hombre y equipos, causadas por el “factor lluvias”, pero solamente en los eventos puntuales donde superó el histórico de los niveles de agua, reconocimiento que se tasó en la suma de \$55.180.378, tal como consta en el Oficio No. 2-2014-081-1816 de fecha 25 de julio de 2014 mediante el cual Ecopetrol S.A. dio respuesta a la solicitud de Restablecimiento del Equilibrio Económico y Financiero del Contrato de Obra No. MA-00230888 presentada por la Sociedad Construcciones Compresores y Equipos S.A.S.
- ❖ Lo anterior, se ve soportado por la certificación expedida por el IDEAM, que muestra los periodos de lluvia con mayor precipitación, entre los meses de junio a octubre (folio 184 a 186).
- ❖ Según el Acta de Liquidación del contrato, de mutuo acuerdo, suscrita el 04 de agosto de 2014, al contratista se le canceló la suma de \$338.020.098, dentro de la cual se encontraba liquidada la suma de \$55.180.378 por concepto de la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. (folio 382-reves y 383).

Decantados los hechos encontrados como probados por la Sala, se llega a la conclusión que no hay lugar al restablecimiento del equilibrio económico pretendo bajo la tesis de

⁷⁸ Actas de suspensión obrantes a folio 358 y ss.

⁷⁹ Al respecto se puede ver declaraciones del señor Luis Miguel Buelvas Castañeda (Administrador del Contrato).

la imprevisión argumentada en la demanda, porque que la parte actora no logra probar las sumas reclamadas por concepto de mayores costos por Stand by de equipos y personal por demoras en entregas de permisos de trabajo, paros, simulacros y suspensiones y/o mayor permanencia del contratista en el sitio de obra, teniendo claridad que lo reclamado por concepto de mayores costos por lluvias, condiciones de construcción y limitaciones en el área ya le fueron cancelados en la suma de \$55.180.378.

De otra parte, contrario a lo aducido por la parte actora, a través del debate probatorio se pudo esclarecer que, el contratista al suscribir el contrato, pactó y aceptó asumir los riesgos implícitos en él, como propios, y tener conocimiento de ciertas condiciones como aquellas señaladas en la cláusula 8ª del contrato, sobre reconocimientos económicos a favor del contratista, en la cual se establecieron de forma clara y precisa ciertas causas como imputables o no imputables al contratista y que daban lugar a reconocer o no costos económicos a favor de la empresa ejecutora.

Recapitula la Sala para precisar, que las situaciones que considera como generadoras de mayor permanencia en la obra por parte del contratista y que en su sentir derivaron en el rompimiento del equilibrio económico del contrato, deviene por demoras en la entrega de permisos de trabajo, mayores costos por lluvias, condiciones de construcción y limitaciones del área de impacto, imprimación asfáltica, los cuales como se verá a continuación fueron riesgos previstos contractualmente por las partes dentro del mismo contrato y determinados como causas que no daban lugar beneficio o restablecimiento al contratista, pues así, se estableció en el acuerdo contractual y no se realizó en su momento la reclamación necesaria y oportuna, contrario a ello, se suscribieron varios otro si al contrato inicial, respecto al plazo y valor, en el cual, la parte hoy demandante los suscribió sin salvedad alguna.

Por consiguiente, aun cuando se presentaron hechos que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato ni daños con ocasión de esa situación y, al contrario, si se probó la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual.

Véase que precisamente, una de las circunstancias que eran imputables al contratista y que no generaban reconocimiento económico estaba el “factor lluvia”; al igual que la no disponibilidad de recursos de personal, equipo o material para el desarrollo de una determinada obra o frente de trabajo; igualmente, fue señalado la no atención oportuna o el diligenciamiento incompleto de documentos y registros que exige ECOPETROL S.A.

Otro hecho que se vislumbró fue el tema del diligenciamiento de los permisos, que como se vio, obedecía a políticas internas de la entidad contratante, y aunado a esto, el tema del diligenciamiento de la contratación de la mano de obra, el cual como señalo, anteriormente, fue hecho de manera incorrecta lo que generó que Ecopetrol devolviera la documentación al contratista para volver a ser diligenciada, circunstancia que obligó al aplazamiento, y esto se puede ver claramente reflejado, en el hecho, de que fue precisamente la entidad ejecutora la que solicitó la totalidad de los aplazamientos de ejecución contractual.

En esa óptica, para la Sala no puede hablarse de una configuración de los elementos constitutivos de la teoría de la imprevisión, ya que por un lado, los temas frente a la parte contractual - administrativa previa a la ejecución como diligenciamiento de permisos, contratación de mano de obra local, se determinó de forma expresa como una causa de afectación imputable al contratista, y por otra, se estableció **como excepción a la fuerza mayor y un riesgo cuyos efectos asumía en forma personal y directa el CONTRATISTA**, la variación climática, lo cual de plano excluye dichos eventos como causas constitutivas de imprevisión, dado que en la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual, dichos riesgos fueron asumidos por el contratista.

En el texto del contrato, frente a los reconocimientos económicos a favor del contratista, se pactó:

“8. RECONOCIMIENTOS ECONÓMICOS A FAVOR DEL CONTRATISTA.

8.1. Cuando por causas no imputables o atribuibles al CONTRATISTA y/o sus Subcontratistas, diferentes a las generadas por lluvias, las actividades objeto del Contrato se vean afectadas (suspendidas, paralizadas, etc.), ECOPETROL S.A. hará un reconocimiento económico al CONTRATISTA, correspondiente exclusivamente al costo de personal y equipos que se vean directamente involucrados en tal afectación.

Se entienden como causas de afectación imputables al CONTRATISTA y/o sus Subcontratistas, entre otras, las siguientes;

Existencia de acreencias laborales y/o comerciales insatisfechas del CONTRATISTA y/o sus Subcontratistas y/o sus proveedores.

El no pago o la mora en el pago de aportes al Sistema de Protección Social por parte del CONTRATISTA y/o sus Subcontratistas, dentro de los términos legales.

- Afectación, por parte del CONTRATISTA y/o sus Subcontratistas, de áreas de trabajo diferentes a las entregadas o indicadas por ECOPETROL S.A. para la realización de las actividades objeto del Contrato.

- La no atención -tuna de una orden de servicio programada por ECOPETROL S.A.

- **La no realización oportuna de trabajos de conservación y mantenimiento de las vías de acceso utilizadas por el CONTRATISTA y/o sus Subcontratistas, actividad que siempre estará a su cargo, a menos que de manera expresa se pacte algo distinto.**

- La no disponibilidad de recursos de personal, equipo o material requeridos desarrollo de una determinada obra o frente de trabajo.

- Incumplimiento de obligaciones comerciales, laborales o compromisos del y/o sus Subcontratistas y/o proveedores con la comunidad.

- **La no atención oportuna de las actividades o el diligenciamiento incompleto de documentos y registros que exige ECOPETROL S.A con respecto al trámite de trabajo según lo contempla la normatividad vigente de ECOPETROL S.A.**

La valoración de los reconocimientos económicos a realizar por parte de ECOPETROL S.A, no involucrará ningún factor de actualización del dinero”

Y frente a la responsabilidad de las partes, con excepción a la fuerza mayor, se pactó:

20. FUERZA MAYOR

20.1. Constituyen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, aquellos imprevistos a que no es posible resistir; así cuando EL CONTRATISTA se vea afectado por circunstancias constitutivas de fuerza mayor que le impidan o demoren el cumplimiento de este contrato, lo comunicará por escrito a ECOPETROL S.A., anexando las pruebas de la ocurrencia de la fuerza mayor, para que con la aceptación de ésta se puedan, suspender o modificar los términos de este contrato o tomar las medidas correctivas pertinentes. Si la fuerza mayor fuere de tal naturaleza que llevaré a considerar la conveniencia de por terminado definitivamente este Contrato, las partes así lo harán constar por escrito y la terminación por este motivo se entenderá como justa y no dará lugar a indemnización de perjuicios entre las partes.

20.2. **Sin embargo, constituyen excepciones a la fuerza mayor y por lo tanto son riesgos cuyos efectos asume en forma personal y directa el CONTRATISTA, los siguientes:**

(..)

20.2.3. **La variación normal de las condiciones climáticas esperadas y que se produzcan en el área de ejecución de este Contrato.** Se entiende por variación normal, la de sequía o verano, invierno, etc., que usualmente se presentan cada año en el área donde se desarrollará el contrato”

Por lo anterior, no puede fundar el contratista su reclamación de restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato, en hechos de fuerza mayor “lluvias”, cuando el mismo en su autonomía de la voluntad, firmó y pactó en el contrato, como hecho previsible y excluido de reconocimientos económicos la “lluvia”, ante posibles costos de personal y equipos directamente involucrados en tal afectación.

Es importante resaltar, como hecho concordante con las cláusulas 8, y 20 del contrato, que el **primer OTROSÍ, se suscribe por solicitud del contratista**, según oficio de fecha 16 de agosto de 2013 (folio 320), teniendo como justificación dicha solicitud, entre otros hechos, *“las lluvias frecuentes y de gran intensidad que se han presentado estos dos (2) últimos meses, lo cual impide la continuidad de los trabajos que se realizan , las cuales han afectado, toda el área del patio tanto en la parte seca (área de pavimento flexible) como en la parte húmeda (área de concreto rígido).*

Por solicitud nuevamente del contratista, se suscribió el **segundo OTROSÍ**, que tuvo como justificación las mismas circunstancias del primero, (memorando fechado 26 de agosto de 2013) y del cual es importante resaltar lo dicho en el acápite de “justificaciones” la numero 2. Que a renglón seguido dicta “ **el contratista ha**

registrado 30 días de retraso por el efecto de las lluvias ocurridas frecuentemente, y solicita una ampliación de plazo por igual tiempo asumiendo el mismo todos los sobrecostos que se generen por los recursos adicionales necesarios para cumplir el objeto del contrato", ulteriormente, se suscribe el **tercer OTROSÍ**, el cual tiene como fin una nueva ampliación de plazo, en donde, se lee en el párrafo segundo *"El contratista asumirá los costos que demandaren el perfeccionamiento e inicio de ejecución del presente acto si los hubiere"*. **DOCUMENTO QUE FUE FIRMADO SIN HACER SALVEDAD ALGUNA POR EL CONTRATISTA.**

Posteriormente a la suscripción de los OTROSÍ, que ampliaron los plazos de la ejecución del contrato, las partes pactaron una serie de suspensiones de la ejecución contractual, teniendo entre otras justificaciones, circunstancias que derivan de "la intensa temporada de lluvias" y en cada una de las tres (3) actas de suspensión total del contrato se estipuló, que dicha situación **"no afectaba la ecuación económica del contrato ni la capacidad financiera operativa y técnica del contratista ni la distribución equitativa de los negocios. No genera riesgo de una eventual reclamación del contratista y no afecta las condiciones técnicas que puedan incidir en la ejecución del contrato"**.

Así las cosas, para la Sala es claro que las circunstancias alegadas por la sociedad contratista generadoras de un desequilibrio económico del contrato no cumplen con los requisitos para ser restablecidas en valor de dinero, pues tal como se anotó en líneas anteriores, éste tenía pleno conocimiento de que las mismas desde el momento en el que se suscribió y empezó a ejecutar el contrato, eran totalmente previsibles a la fecha en que suscribió el acta de suspensión en la ejecución de las obras, es más hacían parte de los riesgos propios de la actividad contractual, razón por la cual el contratista debió emplear los medios y desplegar las actividades necesarias para evitar dilaciones en la ejecución contractual⁸⁰, pues fue un riesgo que en la buena fe contractual asumió y no fue externo al contrato mismo o a la conducta de las partes.

Ahora, con independencia de que se haya generado o no un desequilibrio económico del contrato con ocasión de las alegadas circunstancias, para la Sala es claro que para que sea procedente su restablecimiento, se encuentra en cabeza de quien lo pretende la carga de demostrar que la alteración económica del contrato es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista (que se itera en este

⁸⁰ Importante resaltar en este punto, que posteriormente a la suscripción de los OTROSÍ, que ampliaron los plazos de la ejecución del contrato, las partes pactaron una serie de suspensiones de la ejecución contractual, teniendo entre otras justificaciones, circunstancias que derivan de "la intensa temporada de lluvias" y en cada una de las tres (3) actas de suspensión total del contrato se pactó; que dicha situación **"no afectaba la ecuación económica del contrato ni la capacidad financiera operativa y técnica del contratista ni la distribución equitativa de los negocios. No genera riesgo de una eventual reclamación del contratista y no afecta las condiciones técnicas que puedan incidir en la ejecución del contrato"**.

caso se pactó, como riesgo asumido por el contratista) por lo tanto si bien y en el acta de liquidación del contrato, el contratista dejó como salvedad, que su firma no significaba paz y salvo, para efectos de la reclamación de restablecimiento de la ecuación del contrato, lo cierto es, que cuando suscribió la totalidad de las prórrogas del contrato, y las actas de suspensión de los mismos, aceptó que estos reunían las condiciones necesarias para satisfacer sus pretensiones económicas.

En ese orden, la mayor permanencia en la obra y con ello, los mayores costos o valores que pudieron haberse generado, no derivan de circunstancias o hechos inesperados para las partes. En otras palabras, no fueron **“extraños, imprevisibles y anormales al contrato**, requisitos indispensables para aplicar la teoría de la imprevisión, determinante de la obligación de la entidad a reparar la ecuación financiera del contrato”, pues fueron eventos previstos desde el momento mismo de la firma del contrato, máxime cuando el contratista manifestó, tanto en la memoria técnica como en el acta de iniciación de obra, que conocía las características de la zona en el que se desarrollaría la obra.

En mérito de lo expuesto, huelga concluir que, y si en gracia de discusión se admitiese la causación de un daño al contratista, este hubiese sido producto de la propia conducta del contratista, **porque al suscribir varios negocios jurídicos (otrosíes)**, aceptó que estos reunían las condiciones necesarias para satisfacer sus pretensiones económicas al no dejar reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico, ya que de no haber sido así, simplemente no los habrían suscrito. Por lo tanto, no puede venir ahora en esta instancia a alegar un restablecimiento de la ecuación contractual y del equilibrio económico por ser extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual⁸¹.

VII. CONDENA EN COSTAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la negativa de las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte demandante al

⁸¹ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. “Compendio de Derecho Administrativo” Universidad Externado. Año 2017. Pág. 709 y ss. *“El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, consagra el deber a cargo de las partes de preservar la equivalencia, o igualdad de las condiciones económicas surgidas al momento de proponer o celebrar el contrato estatal respectivo y establece que en caso que se produzca una alteración en la ecuación económica de este, aquellas podrán suscribir “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y formas de pago de gastos adicionales reconocimiento de costos financieros e intereses y a ello hubiese lugar (...) a partir de esa disposición se entendió que el momento en que suscriben acuerdos tales como suspensiones adiciones a prórrogas de plazo contractual , contratos adicionales otrosíes etc, las parte en un contrato estatal procuran superar las dificultades que se presentan en la ejecución, de forma que, es allí cuando deben proceder a presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades respectivas. (...) más adelante se consideró que para que procediera la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por la mayor permanencia en la obra, no resultaba suficiente que quien alegara el desequilibrio probara los mayores costos ocasionados, sino también se requería que quien así lo pidiera debía presentar las respectivas salvedades o reclamaciones al momento de suscribir los contratos adicionales. (...) luego se precisó que es deber a cargo de la partes de presentar las respectivas salvedades o reclamaciones al momento de suscribir las suspensiones, adiciones, o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes etc. Lo cual tiene por fundamento el principio de la buena fe contractual”.*

pago de las costas correspondientes a esta instancia. En firme la presente providencia, realícese la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas⁸².

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de primera instancia a la parte demandante, conforme se indicó en el aparte motivo de esta sentencia. En firme la presente providencia, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 023

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

⁸²Sobre el régimen de costas y su parámetro objetivo de imposición en la Ley 1437 de 2011, se puede consultar CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Radicado: 08001-23-33-000-2013-00622-01 (4705-2014). Actor: LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. C. P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ