



Cartagena de Indias D. T. y C., dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	CONTRACTUAL
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00578-00
Demandante	ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.
Demandado	ECOPETROL S.A Y REFICAR S.A.
Asunto	RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL
Sentencia No.	0116

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia frente a demanda con pretensiones de REPARACIÓN DIRECTA presentada por ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A, a través de apoderado judicial, contra ECOPETROL S.A Y OTROS.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Se tienen como hechos de la parte demandante los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se resumen así:

El día 25 de mayo de 2011, entre ECOPETROL S.A., en calidad de contratante, y la sociedad ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A, en calidad de contratista, se celebró el contrato No. 5210948, cuyo objeto fue “*obras de adecuación y reconstrucción de diques de contención y recintos de los tanques de almacenamiento de producto de la refinería de Cartagena*”.

El contrato inició el 05 de julio de 2011, previsto con un plazo inicial de 300 días. Sin embargo, posteriormente el contrato experimentó varias modificaciones, tales como contratos adicionales y otrosí.

Durante el plazo y ejecución del contrato surgieron hechos imprevistos e imprevisibles para el contratista, ajenos a su responsabilidad, los cuales afectaron el desarrollo de los trabajos, generando sobrecostos e improductividad a la sociedad ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.

Durante la ejecución del contrato, en varios días los miembros del Sindicato de la Industria de Petróleo USO, impidieron a los trabajadores de la sociedad demandante el ingreso al interior de la Refinería de Cartagena, para que cumplieran sus labores. Los motivos que fundamentaron ese cese de actividades obedecen a las relaciones obrero patronales entre ECOPETROL y sus trabajadores, circunstancias que son ajenas a las responsabilidades contractuales de la parte accionante.





Los paros y perturbaciones se presentaron los días 9, 10, 15 y 18 de mayo de 2011; 20 de marzo; 14 de mayo; 6, 8 y 12 de junio; y 31 de octubre de 2012.

Los paros y perturbaciones ocasionaron a la sociedad demandante una importante pérdida de tiempo que se tradujo en sobrecostos e improductividad representados en mano de obra, equipos, maquinaria y herramientas. Dichos sobrecostos ascienden a la suma de \$207.522.801,90.

ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES, en su momento informó esta situación a la entidad contratante, a través de la interventoría designada – CONSORCIO EPSILON-. En respuesta a lo anterior, ECOPETROL manifestó que la accionante debía adoptar las medidas pertinentes para evitar u oponerse a tales paros e interrupciones de hecho. Sin embargo, debido a los paros organizados por USO, los trabajadores de ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES, no pudieron realizar sus labores.

ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES no pertenece a la industria del petróleo, sino al sector de la construcción, por ende, sus trabajadores no son miembros activos del sindicato USO.

El día 04 de junio de 2013, se presentó documento ante ECOPETROL, solicitando el reconocimiento y pago de los sobrecostos e improductividad que tuvo que soportar la accionante. Frente a lo anterior, ECOPETROL, emitió comunicación No. 2-2013-040-7887, a través de la interventoría designada, en la cual negó la petición efectuada por la parte demandante.

ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES, culminó la ejecución del contrato el 15 de marzo de 2013, siendo tales trabajos recibidos a satisfacción por ECOPETROL S.A. posteriormente, el 23 de diciembre de 2013 se suscribió el acta de liquidación del contrato No. 5210948. En ella se dejó constancia de las pretensiones para el reconocimiento de los sobrecostos e improductividad.

- PRETENSIONES

- 1- Que se declare que la sociedad ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. incurrió, sufrió y asumió sobrecostos e improductividad en su condición de contratista, dentro de la ejecución del contrato No. 5210948, cuyo objeto fue “obras de adecuación y reconstrucción de diques de contención y recintos de los tanques de almacenamiento de producto de la refinería de Cartagena”; producto de los paros y ceses de actividades del sindicato de Industria (USO), en cabeza de trabajadores de la sociedad ECOPETROL S.A..
- 2- Como consecuencia de lo anterior, se condene a ECOPETROL S.A. a Reconocer y pagar a la parte demandante los sobrecostos e improductividad que tuvo que asumir dentro de la ejecución del contrato No. 5210948, tales como i) sobrecostos derivados de los paros y cese de actividades llevados a cabo al interior de la refinería de Cartagena por parte de trabajadores de ECOPETROL, durante los días 9, 10, 15 y 18 de noviembre de 2011 por valor de \$35.553.554,30. ii) sobrecostos derivados de los paros y cese de actividades llevados a cabo al interior de la refinería de Cartagena por parte de trabajadores de ECOPETROL, durante los días 20 de marzo; 14 de mayo; 6, 8 y 12 de junio de 2012 por valor de \$38.075.350,40. ii) sobrecostos derivados de los paros y cese de actividades llevados a cabo al interior de la refinería de Cartagena por parte de trabajadores de ECOPETROL, durante el día 31 de octubre de 2012 por valor de \$133.993.897,20.
- 3- Que dentro del reconocimiento de sobrecostos e improductividad a favor de la parte





demandante se incluyan intereses compensatorios desde la fecha de causación hasta la fijación del reconocimiento pecuniario, además, los valores deberán ser actualizados teniendo en cuenta el IPC

- 4- Que se paguen intereses desde la fecha de la sentencia hasta que se realice su pago efectivo.
- 5- Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.
- 6- Que se paguen gastos del proceso.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Constitución Nacional: Artículos 2, 6, 25, 83, 90 y 124.

Ley 153 de 1887: Artículo 8.

Código de Comercio: Artículos 831 y 868.

Código Civil: Artículos 1602, 1603, 1613, 2302, 2347 y 2349.

Ley 80 de 1993 (Modificada por la Ley 1150 de 2007): Artículos 1, 2, 3, 23, 26 numerales 1 y 4), 32, 40, 41, 50 y 51.

- CONTESTACIÓN

ECOPETROL S.A.: Esencialmente reconoce la celebración y ejecución del contrato de obra con la sociedad demandante, destacando que algunos hechos imprevistos e imprevisibles que se presentaron durante la ejecución del contrato no son atribuibles a ECOPETROL S.A., pues algunos son consecuencia de hechos de la naturaleza y otros a hechos de terceros que se escapan de su órbita, tal es el caso de la temporada invernal de los años 2011 - 2012; en cuanto a las protestas y/o manifestaciones a las que hace referencia la parte demandante, y que presuntamente impidieron el ingreso de los trabajadores del contratista a la refinería de Cartagena, fueron llevadas a cabo por miembros de la Unión sindical Obrera (USO), hecho reconocido en el libelo y la contestación, resultando necesario precisar que la Unión sindical Obrera no está conformada exclusivamente por trabajadores de ECOPETROL S.A., pues a dicho sindicato pueden pertenecer todo el personal de la industria petrolera y o relacionadas con la misma, por lo que incurre el demandante en un error al manifestar que fueron los empleados de ECOPETROL S.A. quienes realizaron las protestas en las afueras de la Refinería, razón por la cual los actos endilgados a la USO no son atribuibles a ECOPETROL S.A., no existiendo nexo de causalidad que posibilite endilgar responsabilidad a esta entidad.

REFICAR S.A.: Presenta la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, según adujo, básicamente en razón a que ECOPETROL S.A. al celebrar el contrato No. 5210948 actuó como mero mandatario de REFICAR S.A., de allí que las obligaciones que puedan surgir frente al accionante han de recaer sobre aquella.





- TRAMITES PROCESALES

La demanda se presentó el 18 de diciembre de 2015, correspondiendo su conocimiento a este Despacho, siendo admitida el 18 de febrero de 2016. Luego, se fijó fecha para realizar audiencia inicial para el día 23 de noviembre de 2016, en la cual se negó vinculación de terceros, decisión que fue apelada, el superior ordenó vincular a REFICAR S.A., posteriormente se resuelven excepciones previas y se señala nueva fecha para audiencia inicial, en ella se fijó el litigio y se decretaron pruebas.

Se celebró audiencia de pruebas, en ella se cerró el debate probatorio y se otorgó el término para alegar de conclusión por el término de 10 días. Por ello, el presente asunto se encuentra pendiente para proferir sentencia.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Básicamente ratifica en lo expuesto en el libelo, destacando que los miembros del Sindicato de la Industria de Petróleo USO, impidieron a sus trabajadores el ingreso a la refinería de Cartagena, para que cumplieran sus labores; los motivos que fundamentaron ese cese de actividades obedecen a las relaciones obrero patronales entre ECOPETROL y sus trabajadores, circunstancias que son ajenas a las responsabilidades contractuales de la parte accionante, pues la sociedad ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A no hace parte de la industria del petróleo, así como tampoco sus empleados hayan constituido sindicato alguno, en razón a ello corresponde al contratante asumir las afectaciones sufridas por el contratista.

DEMANDADO.

ECOPETROL S.A.: Alega que Ecopetrol en toda la ejecución del contrato cumplió todas las obligaciones que le eran propias en su condición de contratante.

Nunca realizó actuaciones que generaran el desequilibrio económico del contrato o perjuicios a la sociedad demandante por hechos que fueran imputables a la entidad.

La responsabilidad que le pretenden endilgar a Ecopetrol deriva de hechos que no dependen de su voluntad. La empresa y su área de seguridad garantizan en todo momento el acceso de los empleados y contratistas a las instalaciones de la Refinería. Incluso aquellos días en los que la Unión Sindical Obrera realiza socializaciones, mitin o ceses de actividades, las puertas de la Refinería siempre permanecen abiertas para el libre acceso de propios y visitantes.

REFICAR S.A.: Esencialmente indica que no le asiste razón al Contratista para reclamar a Ecopetrol los costos derivados de supuestos ceses, meeting y paros de la USO en la medida que estos hechos no fueron probados, como tampoco acreditó el accionante que estos fuesen imputables a Ecopetrol. Solicitando declarar probadas las excepciones propuestas y, en consecuencia, negar las súplicas de la demanda.

Por lo anterior solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.





- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** No rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso

4. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley, procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto.

- PROBLEMA JURIDICO

Determinar si ECOPETROL incurrió en incumplimiento del contrato No. 5210948, cuyo objeto fue "*obras de adecuación y reconstrucción de diques de contención y recintos de los tanques de almacenamiento de producto de la refinería de Cartagena*", el cual suscribió con ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., y si consecuentemente, debe reconocer y pagar a la parte demandante los sobrecostos e improductividad que tuvo que asumir la parte accionante con ocasión al cese y paro de actividades que ocurrió al interior de la refinería de Cartagena los días 9, 10, 15 y 18 de noviembre de 2011; 20 de marzo de 2012; 14 de mayo de 2012; 6, 8 y 12 de junio de 2012 y 31 de octubre de 2012.

- TESIS

Conforme las pruebas recaudadas en el proceso, se impone concluir que el suceso, que según el actor fue constitutivo de una causa de ruptura de equilibrio económico del contrato, en realidad obedeció a un riesgo estimado, que se origina del ejercicio de un derecho constitucional.

Sin perjuicio de lo dicho, incluso en el caso de considerar que el paro o bloqueo de los integrantes de la USO a la órbita de previsibilidad y control del contratista, ciertamente en el caso no se encuentra acreditado el impacto económico negativo que supuestamente sufrió el contrato por cuenta de la ocurrencia de esta circunstancia.

En este punto cabe precisar que los sobrecostos aducidos por el extremo activo solo se soportan en planillas carentes de soporte alguno, pues no se sustentó información que reflejara la realidad económica del proyecto, aspecto cuyo análisis necesariamente abarcaba la revisión de los soportes contables que revelarían la erogación que en exceso se hizo respecto del costo de un día de disponibilidad de maquinaria y personal.





Para ese propósito debieron arrimarse documentos atinentes al pago de personal, alquiler de maquinaria, equipos y todos aquellos que dieran cuenta de los demás costos que guardaran conexidad con la materialización de las labores contratadas por ECOPETROL S.A. en la refinería.

De esta manera, se concluye que la documental arrimada no aportó elementos de juicio de manera concreta para determinar la mayor onerosidad sufrida por el demandante.

Conforme el escenario fáctico y jurídico expuesto, el Despacho no tiene opción jurídica distinta a la de negar las pretensiones de la demanda.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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, 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 inexecutable 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 disponerle 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.

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 pronunciamientos en los que ha realizado 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, desconocerlas 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 dependiant 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 ellas.”¹*

¹ 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.





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.²

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)”³

(..)

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

² MARIENHOFF, Miguel. "Contratos Administrativos Teoría General." En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III -A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pag. 469.

³ 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).





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 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”⁴

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 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 partes.⁵

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.

⁴ 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)

⁵ 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)





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 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 comercial 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 “sobrevinientes 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 este 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.

3.14. -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 insoluto”⁶

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

⁶ 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.





económico que se ha visto roto⁷.

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 al Despacho examinar en el asunto que nos ocupa, 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.

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 irresistible⁸” En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4o 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

⁷ *Ibíd.*

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Expediente No. 1952, C.P. Enrique Arboleda Perdomo.





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 1993⁹.

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 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 impositivos 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

⁹ 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”.





de mencionar¹⁰”

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 Estado¹¹, 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 189042, 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.

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 a 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:

¹⁰ 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).

¹¹ 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.





"(...) 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.

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 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 impositivos del fenómeno presentado¹²."

A manera de conclusión, conviene 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

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.





- CASO CONCRETO

Busca la parte demandante que, se declare que, por hechos no imputables a la sociedad ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A, el contrato No. 5210948, cuyo objeto fue “*obras de adecuación y reconstrucción de diques de contención y recintos de los tanques de almacenamiento de producto de la refinería de Cartagena*”, durante el plazo y ejecución del contrato surgieron hechos imprevistos e imprevisibles para el contratista, ajenos a su responsabilidad, los cuales afectaron el desarrollo de los trabajos, generando sobrecostos e improductividad al contratista representados en mano de obra, equipos, maquinaria y herramientas, los cuales ascienden a la suma de \$207.522.801,90.

Por lo tanto, estima la parte actora, que se debe indemnizar o rembolsar para restablecer el equilibrio económico del contrato, a la sociedad ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A, atendiendo a que, ECOPETROL S.A. no adoptó las medidas necesarias para el ingreso de los empleados del contratista a la zona de labores.

Analizando las pruebas obrantes en el expediente, tenemos que existe en el plenario principalmente las siguientes:

- Copia del Contrato No.5210948, celebrado entre ECOPETROL S.A. y ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., cuyo objeto lo fueron las OBRAS DE ADECUACION RECONSTRUCCION DE DIQUES DE CONTENCIÓN Y RECINTOS DE LOS TANQUES DE ALMACENAMIENTO DE PRODUCTO DE LA REFINERIA DE CARTAGENA. (Acta de inicio, actas de suspensión y reinicio, contratos adicionales y otrosíes)
- Copia de oficios dirigidos por la Sociedad Asesorías y Construcciones S. A. al Ministerio del trabajo informando un cese de actividades en la Refinería de ECOPETROL, así como al Consorcio EPSILÓN, en calidad de interventor del Contrato No.5210948, por las mismas circunstancias.
- Copia del oficio, y sus anexos, calendado 4 de junio de 2013 por medio del cual la Sociedad Asesorías y Construcciones S. A. solicita el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, reconocimiento y pago de los sobrecostos e improductividad que tuvo que soportar, y respuesta negativa a tal solicitud por parte de ECOPETROL S.A.
- Fotocopia autenticada del acta de liquidación final del contrato No.5210948, suscrita en fecha 23 de diciembre de 2013.
- Testimonio de los señores Eliecer Antonio Quiroz, Mario Alberto Verbel, Juan Manuel Miranda y Jairo Sabogal.

De las pruebas anteriores, tenemos como hechos probados:

- ❖ Que, entre las partes, sociedad ASESORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A, y ECOPETROL S.A., se celebró el contrato el contrato No. 5210948, cuyo objeto fue “*obras de adecuación y reconstrucción de diques de contención y recintos de los tanques de almacenamiento de producto de la refinería de Cartagena*”.





- ❖ Que durante la ejecución del contrato se presentaron varias ampliaciones del plazo, reflejados a través de adiciones y otrosíes, las cuales fueron a solicitud del contratista.
- ❖ Se pudo establecer que el contrato fue adicionado (contrato adicional # 1), por concepto de reconocimiento al contratista el reajuste salarial de acuerdo con la decisión de ECOPETROL del 01 de marzo de 2012, la suma de \$258.255.808, incremento que equivale al 12.52% del valor inicial del contrato. Se origina esta adición por lo estipulado en convención colectiva ECOPETROL – USO, debido a que la contratación hace alusión a labores que encajan en la lista de actividades consagradas en la disposición salarial del 1 de marzo de 2012, esto es, actividades que se relacionan con la actividad petrolera; lo que conllevó igualmente al reconocimiento a favor del contratista de la suma de \$5.781.110., por concepto de seguro de vida colectivo USO.
- ❖ Según el Acta de Liquidación del contrato, de mutuo acuerdo, suscrita el 04 de febrero de 2014, al contratista se le reconoció un total de \$126.815.216 por concepto de reconocimientos dirigidos al restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. (ítem 5.3 de dicha acta)

Establecido lo anterior, debemos recordar que el extremo activo aduce que el factor constitutivo de la causa de ruptura de equilibrio económico del contrato que se discute en el asunto sub iudice, la constituyeron los paros y perturbaciones que se presentaron los días 9, 10, 15 y 18 de mayo de 2011; 20 de marzo; 14 de mayo; 6, 8 y 12 de junio; y 31 de octubre de 2012, cese de actividades realizados por la Unión Sindical Obrera – USO (Sindicato constituido por personal de la industria petrolera y/o relacionadas con la misma); e indicando que los motivos que fundamentaron ese cese de actividades obedecen a las relaciones obrero patronales entre ECOPETROL y sus trabajadores, circunstancias que son ajenas a las responsabilidades contractuales de la parte accionante.

Dicho lo anterior, debemos recordar que el artículo 56 Constitucional ampara el derecho a la huelga de todos los trabajadores colombianos, de allí que, inicialmente, ningún empleador en Colombia pueda limitar el ejercicio a la huelga de los trabajadores, destacando igualmente que no se demostró en el presente asunto que el cese de actividades de la USO haya sido calificado como ilegal; si bien manifiesta la parte actora no tener relación alguna con el cese de actividades, soslaya que el contrato por ella celebrado fue adicionado (contrato adicional # 1), por concepto de reconocimiento al contratista el reajuste salarial de acuerdo con la decisión de ECOPETROL del 01 de marzo de 2012, la suma de \$258.255.808, incremento que equivale al 12.52% del valor inicial del contrato, se origina esta adición por aplicación directa de la convención colectiva ECOPETROL – USO, debido a que la contratación hace alusión a labores que encajan en la lista de actividades consagradas en la disposición salarial del 1 de marzo de 2012, esto es, actividades que se relacionan con la actividad petrolera. Lo que conllevó igualmente al reconocimiento a favor del contratista de la suma de \$5.781.110. por concepto de seguro de vida colectivo USO, esto es, que en razón a reivindicaciones laborales obtenidas por la la USO el contrato tuvo un incremento que equivale al 12.52%, en consecuencia, siendo el ejercicio de la huelga de origen constitucional el contratista, que tiene igualmente calidad de empleador, debe asumir tal riesgo.





Así las cosas, se impone concluir que el suceso, que según el actor fue constitutivo de una causa de ruptura de equilibrio económico del contrato, en realidad obedeció a un riesgo estimado, que se origina del ejercicio de un derecho constitucional.

Sin perjuicio de lo dicho, incluso en el caso de considerar que el paro o bloqueo de los integrantes de la USO a la órbita de previsibilidad y control del contratista, ciertamente en el caso no se encuentra acreditado el impacto económico negativo que supuestamente sufrió el contrato por cuenta de la ocurrencia de esta circunstancia.

En este punto cabe precisar que los sobrecostos aducidos por el extremo activo solo se soportan en planillas carentes de soporte alguno, pues no se sustentó información que reflejara la realidad económica del proyecto, aspecto cuyo análisis necesariamente abarcaba la revisión de los soportes contables que revelaran la erogación que en exceso se hizo respecto del costo de un día de disponibilidad de maquinaria y personal.

Para ese propósito debieron arrimarse documentos atinentes al pago de personal, alquiler de maquinaria, equipos y todos aquellos que dieran cuenta de los demás costos que guardaran conexidad con la materialización de las labores contratadas por ECOPETROL S.A. en la refinería.

Sobre el particular, se recuerda que el contratista que, por estar dedicado al ejercicio de una actividad comercial, se encuentra obligado a llevar libros de contabilidad, tiene a su alcance la prueba de los costos reales en que incurrió en su actividad contractual y, por ello, su carga probatoria debe ser analizada en forma más estricta que aquella que se demandaría frente a un perjuicio ocasionado dentro de un contexto extracontractual.

Ciertamente, en el escenario del contrato estatal la prueba del daño, aunque no está sometida a una tarifa legal, se torna más exigente, puesto que al contratista le corresponde allegar al proceso las pruebas de su ocurrencia, siendo una de ellas el mayor gasto en la ejecución del contrato, la cual debe acreditar con base en sus respectivos soportes y registros contables.

De esta manera, se concluye que la documental arrimada no aportó elementos de juicio de manera concreta para determinar la mayor onerosidad sufrida por el demandante, conforme las exigencias mínimas legales arriba indicadas.

Conforme el escenario fáctico y jurídico expuesto, el Despacho no tiene opción jurídica distinta a la de negar las pretensiones de la demanda, de allí que no se haga necesario entrara a realizar estudio alguno sobre los demás aspectos expuestos en las excepciones de la parte pasiva.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.





Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explica el Consejo de Estado¹⁴ a través de su jurisprudencia.

Ahora bien, la condena en costas a la parte vencida se profiere de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidan por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijan según lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura; en el presente asunto se condena en costas a la parte vencida en un porcentaje del 3% de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el juzgado Octavo Administrativo del circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

5. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la entidad demandada, las agencias en derecho de acuerdo a lo establecido en el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, se fijan en un 3%.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

**Enrique Antonio Del Vecchio Dominguez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 008 Administrativa
Cartagena - Bolivar**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2eb39dde7ba853ea3ace5b79deca6476f1165c69e358dc37af9f3ec3554e7f83

Documento generado en 02/11/2021 11:50:49 a. m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

