**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia - Cláusula general de competencia**

Todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la jurisdicción ordinaria, por surgir el problema de un vacío normativo, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencias de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas. En virtud de esto, de la aplicación de la cláusula general de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede resultar que la controversia sea de su conocimiento y, en caso contrario, se deberá acudir a la jurisdicción ordinaria que es la regla general de conocimiento en los distintos órdenes jurisdiccionales que existen en Colombia. La cláusula general de competencia vigente para la época del caso objeto de conocimiento era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA) con la reforma que le introdujo la Ley 446 de 1998. La mencionada norma estableció que “la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas”; de manera que (si bien la demanda se presentó con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 1107 de 2006, que terminó por imprimirle un talante prevalentemente orgánico a esta importante norma del CCA), si el sujeto involucrado en la controversia es una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el presente caso Ecopetrol, en su condición de parte pasiva de este litigio, detentaba la condición de empresa industrial y comercial del estado y, por ende, no existen dudas de su naturaleza pública, motivo por el cual el conocimiento de esta controversia le corresponde a esta jurisdicción. Se observa, además, que el asunto objeto de estudio es el resultado de un contrato estatal en el que se pactaron cláusulas excepcionales de terminación (cláusula 26) y cláusula de caducidad (cláusula 23), por lo que se debe acudir, a su vez, al artículo 17 del Decreto 222 de 1983, parágrafo, que estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo “conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad”.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Contratos - Régimen - Derecho privado**

El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que, aun cuando el proceso de selección se haya iniciado al amparo del Decreto 222 de 1983, si el contrato se suscribió en vigencia de la Ley 80 de 1993 (como ocurrió en el caso en estudio), su régimen jurídico sustancial debe ser el nuevo Estatuto vigente al momento de su celebración, esto pues, es la fecha de la celebración, suscripción o firma del contrato la que debe definir su régimen jurídico aplicable, en observancia de la regla general contenida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Ahora bien, aun cuando en el análisis del régimen jurídico aplicable se deban atender las disposiciones de la Ley 80 de 1993, ello no lleva a modificar la conclusión a la que arribó el Tribunal sobre la naturaleza privada del contrato celebrado, pues, si bien es verdad que el tránsito normativo entre estatutos generó inquietudes sobre el régimen de los contratos celebrados por Ecopetrol (dadas las interpretaciones diversas que se desprendían de la lectura conjunta de los artículos 2 numeral 1 y 76 de la Ley 80 de 1993), lo cierto es que, por un lado, las dudas fueron resueltas, principalmente, por la misma interpretación que de las normas realizó el Consejo de Estado ; así como el hecho de que, para el caso concreto (se recuerda), el objeto contractual está relacionado directamente con la actividad industrial desarrollada por Ecopetrol. En consideración a la citada naturaleza jurídica de Ecopetrol, resulta claro, tal y como lo evidenció el juzgador de primera instancia (si bien producto de una consideración normativa y jurisprudencial diferente) y la propia parte demandada, que el régimen jurídico que resulta aplicable al asunto que se decide es el derecho privado.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO -** **Derecho privado - Aplicación**

En efecto, se entiende que, para las entidades que se rigen por el derecho público, el equilibrio económico del contrato resulte una institución más recurrida, pues ha sido consagrada por el propio Estatuto Contractual, al tiempo que ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial. No sucede lo mismo en el derecho privado, pues allí, por una falta de desarrollo normativo expreso en el Código Civil, y de una aplicación jurisprudencial más limitada, el equilibrio económico en los contratos que se rigen por derecho común ha resultado tener un tratamiento más restringido. La fuerza obligatoria del contrato, el principio del pacta sunt servanda y algunas disposiciones del Código Civil, como el artículo 1602, que revela que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, son puntuales manifestaciones de las razones que soportaron una recepción más reducida en el derecho privado. Con todo, la doctrina civil y la propia jurisprudencia han identificado la procedencia del equilibrio en contratos de derecho privado, incluso con apoyo en algunas disposiciones del propio Código Civil (como el artículo 2060), que, si bien no se ocupan expresamente de la materia, permiten explicar, parcialmente, su fundamentación. La Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos remotos y más recientes , ha dado cuenta de la aplicación del equilibrio, donde ha señalado incluso cómo, si bien antes existía una posición de rechazo a su aplicación, cada vez más se abren las puertas a la posibilidad de un requilibrio contractual: “De antiguo las soluciones oscilan ya entre la primacía absoluta de la obligatoriedad, perennidad e intangibilidad del contrato, su revisión, adaptación, modificación, reforma o reajuste admisible por equidad, bien su terminación. Empero, la orientación mayoritaria contemporánea favorece la revisión, al repugnar a la conciencia jurídica el mantenimiento rígido del desequilibrio con las lesivas secuelas y ventajas exageradas e inesperadas del nuevo estado de cosas, a contrariedad de la simetría contractual”.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO -** **Teoría de la imprevisión - Corte Suprema de Justicia**

Las condiciones de la teoría de la imprevisión han sido desarrolladas por la normativa que se ocupa de la materia, la jurisprudencia y la doctrina, de donde se derivan puntuales requisitos de procedencia que se concretan en: situaciones imprevistas, sobrevinientes, ajenas a la voluntad de las partes, que alteren, de manera grave e injustificada, el equilibrio económico del contrato, que generen una excesiva onerosidad. La propia Corte Suprema de Justicia, años atrás, había señalado que la teoría de la imprevisión tendría lugar cuando (se trascribe): “se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierda para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.” En lo relativo a uno de los señalados requisitos, la doctrina ha indicado que resulta “elemental establecer que los hechos modificativos de las circunstancias imperantes a la época en que se pactaron los deberes, no pueden derivar de actividad del propio deudor y, mucho menos, de su negligencia o descuido”. De cara a otro de los requisitos, la Corte Suprema de Justicia ha concluido (se trascribe): “Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto”. De manera entonces que, tal y como se observa, el propio ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y distintas pronunciamientos doctrinales permiten evidenciar una clara aplicación del equilibrio económico en contratos que se rigen por el derecho privado.

**CONTRATO DE OBRA -** **Precio global - Equilibrio económico del contrato**

Para despachar esta pretensión se debe, en primera medida, tener en cuenta que el contrato celebrado fue un contrato a precio global, acuerdo que contenía la Cláusula 3, en la que se indicó (se trascribe): “las cantidades de obra consignadas en el Anexo 1, representan las obras por hacer, en consecuencia, podrán aumentar o disminuir durante la ejecución del contrato, sin que ello dé lugar a la modificación de los valores globales pactados, ni a reclamación alguna por parte del contratista. (…) Ahora bien, se insiste que, el que un contrato haya sido celebrado a precio global no impide que en él se pueda llegar a romper el equilibrio económico, que genere una excesiva onerosidad y obligue a su restablecimiento, lo que sí que ocurre es que la forma de pago en la que fue pactado tiene una repercusión directa a la hora del análisis que se haga sobre esa pretensión de restablecimiento.

**CONTRATO DE OBRA - Equilibrio económico del contrato - Onerosidad excesiva**

A las anteriores consideraciones se suman las condiciones arriba señaladas en las que fue celebrado el contrato, esto es, el pacto de un contrato de obra a precio global, donde, como se señaló, tanto en su oferta como en el contrato mismo, el contratista, en ejercicio de su autonomía contractual, conocía y aceptaba que las cantidades de obra fueran aproximadas, y asumió que las mismas pudieran aumentar o disminuir durante el desarrollo del contrato, esto es, asumió tanto el riesgo como la ventura de la ejecución contractual. La onerosidad debe ser excesiva, lo que implica que, ante cualquier dificultad en la ejecución, una parte no pueda pretender, con éxito, el restablecimiento del equilibrio económico, pues, además de los requisitos de imprevisibilidad, de presentarse una situación sobrevenida, no imputabilidad a la parte que la reclama, debe producirse y acreditarse una excesiva onerosidad en la ejecución contractual, prueba que se extraña en el presente proceso, y que constituye el elemento central para la procedencia del restablecimiento.

**PRUEBA PERICIAL - Objeto - Valoración**

La prueba pericial tiene por objeto proporcionar al juez un mejor entendimiento sobre determinadas circunstancias que son ajenas a su formación jurídica, por ello, en ocasiones, recurre a expertos para tratar de dar respuesta a interrogantes que sirvan para dar fundamento a su decisión, y lo hace dado el conocimiento de algunos principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, en los cuales son expertos conocedores los peritos. De manera entonces que, resulta de significativa importancia para construir la decisión judicial la labor auxiliar del juez que desempeña el perito. Ahora bien, de la mano del cumplimiento de los deberes de los peritos, en la apreciación del dictamen el juez (de conformidad con el artículo 241 del CPC) “tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”. Por lo anterior, más allá de las razones de contradicción sobre la pericia, de las que trata el artículo 238 del CPC, (dentro de las que se desarrolla la objeción por error grave), en ocasiones, como se juzgó en primera instancia y comporte ahora la Sala, en sede de apreciación del dictamen, el juez puede apartarse de él cuando no lo encuentre convincente, para lo que la jurisprudencia ha señalado: “que el dictamen pericial nunca tiene, por sí mismo, una fuerza decisiva. Al respecto, el juez es ―autónomo al valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuere así, estos serían falladores”.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA**

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 68001-23-31-000-1999-01230-01(36839)**

**Actor: CONSORCIO RÍOS CONSTRUCCIONES LTDA.**

**Demandado: ECOPETROL**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas: EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Contratos estatales regidos por el derecho privado – Contrato de obra a precio global

Síntesis del caso: el demandante pretendió el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como resultado de las mayores cantidades de obra que ocasionaron su ruptura e impidieron que se cumpliera con el plazo de ejecución pactado.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 29 de agosto de 2008 del Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. **ANTECEDENTES**

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite de primera instancia – 1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

**1.1. La demanda y su trámite de primera instancia**

1. El 11 de junio de 1999 el consorcio Ríos Construcciones Limitada – Belisario Gordillo A – Javier Ramírez Quintero presentó **demanda** en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), en ejercicio de la **acción contractual**, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: 1) se declarara que, en desarrollo del contrato DIJ P-550-94, se presentaron hechos imprevisibles, no imputables al contratista, que aumentaron las cantidades de obra, rompieron el equilibrio económico del contrato e impidieron la entrega oportuna de los trabajos; 2) se declarara que la demandada era responsable por el incumplimiento del contrato toda vez que: a) se abstuvo de reconocer y pagar las mayores cantidades de obra, b) se abstuvo de reconocer que durante la ejecución del contrato existieron hechos no imputables al contratista que imposibilitaron la entrega en plazo; 3) se condenara a la demandada a pagar $ 1.195’153.317 por concepto de mayores cantidades de obra, con los respectivos intereses moratorios; 4) se condenara a la demandada a reintegrar al consorcio la suma de $ 263’832.655, constitutivos del valor de la multa que injustamente le fue impuesta, con los respectivos intereses moratorios; 5) se declarara la nulidad del acta de liquidación del contrato por no haberse reconocido en ella los costos y gastos adicionales en los que incurrió el contratista; 6) como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se ordenara la elaboración de una nueva acta de liquidación que incluyera los valores solicitados; 7) se ordenara a la demandada actualizar los valores conforme al IPC a la fecha en la que se ordenara el pago efectivo; 8) se diera cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 de CCA.
2. En la **demanda** la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:
3. 1) Dentro del plan de recuperación de la ciénaga localizada al interior de las instalaciones del complejo industrial de Barrancabermeja, Ecopetrol contrató a la firma Hidroconsulta Limitada para que diseñara un plan de obras y manejo ambiental. Los estudios presentados dejaron en evidencia la necesidad de construir una piscina pulmón para el almacenamiento de aguas lluvias e iniciar allí un proceso de separación de crudos.
4. 2) Ecopetrol realizó una “solicitud pública de ofertas” para la construcción de una piscina pulmón y una caja separadora de aguas aceitosas.
5. 3) El 10 de marzo de 1994, el consorcio demandante presentó la oferta respectiva, a la que luego le fue adjudicado el contrato, por haber resultado ser la oferta más favorable.
6. 4) El 30 de junio de 1994 se celebró el contrato de obra pública DIJ –P-550-, cuyo objeto consistió en la “*construcción de una piscina pulmón y una caja separadora (A.P.I) de aguas aceitosas para la optimización o recuperación de área de la ciénaga n° 6 con el fin de mejorar el sistema de manejo de las aguas lluvias del complejo industrial de Barrancabermeja*”.
7. 5) El 9 de agosto de 1994 se suscribió el acta de inicio de obras del contrato, que tenía como plazo de ejecución 300 días calendario.
8. 6) Durante la ejecución del contrato se presentaron hechos no imputables al contratista que impidieron la terminación de las obras en el plazo previsto, entre los que se destacaron: a) suspensión por paros de la Unión Sindical Obrera, b) suspensión ordenada por Ecopetrol como consecuencia de las visitas presidenciales, c) suspensión por problemas de orden público, d) mayores cantidades de obra y mayor tiempo de ejecución por la construcción del separador, e) mayores cantidades de obra por el volumen del recebo, f) mayores cantidades de obra por construcción de casa-bomba, g) mayores cantidades de obra por extracción de lodos.
9. 7) A falta de acuerdo entre las partes, Ecopetrol liquidó unilateralmente el contrato, mediante Resolución 52 de 27 de diciembre de 1996, resolución en la que se impuso multa al contratista “*por supuesto atraso de 8 días en la entrega de las obras, por 301.520.304*”.
10. 8) Contra la citada resolución se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución de 22 de junio de 1997.
11. Como normas violadas el actor refirió los artículos: 3; 4 numerales 8 y 9; 5 numeral 1; 14 numeral 1, inciso 2; 23, 25, 26 a 28, 50 y 78 de la Ley 80 de 1993.
12. Como concepto de la violación, el demandante adujo, entre otras consideraciones, que Ecopetrol entregó al contratista diseños defectuosos, se abstuvo de reconocer la ruptura del equilibrio económico del contrato y “*obligó al contratista a realizar mayor cantidad de obra, desconociendo el derecho al pago por estos conceptos*”.
13. El 27 de junio de 2000 el Tribunal Administrativo de Santander **admitió la demanda**[[1]](#footnote-1).
14. Ecopetrol **contestó la demanda** oportunamente[[2]](#footnote-2) y se opuso a la totalidad de las pretensiones elevadas por la parte actora.
15. Afirmó, en síntesis, que había honrado sus compromisos y no había incumplido el contrato.
16. Señaló que el régimen jurídico que regía el contrato era el derecho privado, de conformidad con lo dispuesto por los Decretos Leyes 3130 y 1050 de 1968, pues el procedimiento de selección inició con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993; a lo anterior se sumaba que la Cláusula 27 del contrato señaló que el mismo se regiría por las normas del derecho privado.
17. Indicó que, con anterioridad a la Ley 80 de 1993, Ecopetrol celebraba contratos de derecho privado, salvo en casos de obra pública o empréstitos, a los cuales se les aplicaba, excepcionalmente, el Decreto 222 de 1983. De esto modo, puesto que la obra realizada no constiuía una obra pública, “*pues no se trataba de un bien de uso público o directamente destinado a un servicio público*”, se regía entonces por el derecho común.
18. Sostuvo que, “*por razones de equidad, y en cumplimiento de su deber de mantener el equilibrio financiero de los contratos conmutativos, reconoció en la liquidación del contrato, los valores correspondientes a mayores costos por obras adicionales o por la invasión de lodos*”, pero no podía realizar un doble pago, al pretenderse que liquidara costos no acreditados u obras que no fueron realizadas.
19. En lo relativo a las multas impuestas, indicó que en la Cláusula 3 del contrato se había establecido que, en caso de vencerse el plazo contractual sin haberse hecho entrega de los trabajos, se pagaría una multa equivalente a 1% del contrato por día de retraso. De este modo, como las obras fueron finalizadas 26 días después del vencimiento del plazo contractual, y solo se encontraron explicaciones soportadas para justificar 19 de esos días, el atraso imputable al contratista era de 7 días, sobre los cuales se aplicó la respectiva multa que había sido pactada.
20. Finalmente, sobre la remoción de lodos, no aceptó la reclamación del contratista, pues consideró que los cálculos se hicieron con base en viajes de volquetas, lo que era un procedimiento inidóneo para realizar la medición correspondiente, pues el cálculo adecuado debió hacerse con apoyo en la topografía.
21. El 29 de agosto de 2008 el Tribunal Administrativo de Santander profirió **sentencia de primera instancia** mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda[[3]](#footnote-3).
22. El Tribunal se pronunció sobre el régimen jurídico aplicable, para señalar que, puesto que la Ley 80 de 1993 entró a regir el 1 de enero de 1994, esto es, con posterioridad a la iniciación del procedimiento de selección del contrato en estudio, el régimen jurídico aplicable debía ser el vigente para el momento de la iniciación del proceso, en particular para el momento en que se expidió el pliego de condiciones.
23. Puesto que “*el proceso de selección para la adjudicación del contrato DJI-P-550, se inició con anterioridad a la Ley 80, es decir, estando en vigencia el antiguo estatuto de contratación, Decreto 222 de 1983*”, había que acudir a él para observar la forma en que, para la época, se había establecido la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. Así, el artículo 254 del Decreto 222 de 1983 indicó que “*los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, no serán los previstos en este Decreto, sino las usuales para los contratos entre particulares*”.
24. Lo anterior en consonancia con los dispuesto por el artículo 34 del Decreto 3130 de 1968:

*“Artículo 34. Los contratos de las empresas y de las sociedades. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas*”.

1. Para el Tribunal, “*toda vez que para la época en que se inició el proceso de selección del contratista, como para la fecha de suscripción del contrato, Ecopetrol era una empresa industrial y comercial del Estado, las normas que resultan válidas para el presente asunto son las del derecho privado, como en efecto lo indica la demanda*.”
2. El juzgador de primera instancia entendió que el proceso de contratación tampoco se enmarcaba en una de las excepciones a las que hacía referencia el artículo 1 del Decreto 222 de 1983, pues no se trató de un empréstito ni de una obra pública, en los términos del artículo 81 del citado Decreto, esto es, no se trató de una contrato de obra pública para “*la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinado a un servicio público*”. Por ello, puesto que las obras no se realizaron sobre un bien destinado al uso de los administrados y no estaban destinadas a prestar un servicio público, sino a operaciones propias de la empresa, “*las reglas a observar en el caso que nos ocupa, son las del derecho privado*”.
3. Para el Tribunal, el equilibrio económico de los contratos que se rigen por el derecho privado tiene una extensión más restringida que los gobernados por las normas de derecho público. En esa línea, indicó que en los contratos a precio global se entiende que la remuneración del contratista incluye todos los costos en los que este deba incurrir para la ejecución de la obra; sin embargo, este tipo de pactos no excluye que puedan ocurrir situaciones extraordinarias, imprevisibles, ajenas a las partes, posteriores a la celebración del contrato, que alteren la ecuación financiera y puedan generar un reconocimiento al afectado.
4. Recordó el Tribunal que las partes de un contrato pueden pactar la imposición de sanciones, como multas o la cláusula penal pecuniaria, cuando se presente el retardo o el incumplimiento en la ejecución del contrato, esto, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad.
5. Frente a la objeción por error grave propuesta por la parte demandada contra el dictamen pericial, el Tribunal puso en evidencia las múltiples falencias en las que se incurrió, pues las respuestas a los interrogantes carecían “*de todo sustento técnico o científico*”, toda vez que se había presentado un peritaje sin soporte, donde “*los peritos basan su dictamen en una información que se desconoce y tampoco se indica cuál es*”, que obedecía a meras manifestaciones subjetivas derivadas de las opiniones del consorcio, lo que impedía que pudiera ser tenido como prueba, pues “*no tiene poder persuasivo alguno*”, y sobre el cual se concluyó que “*a este dictamen no se le pueda dar valor probatorio […] sin que esto signifique que existe error grave, entendido este como aquel que de no haberse presentado otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos, pues la valoración efectuada conduce a su desestimación por razones diferentes, esto es, ausencia de firmeza, precisión y fundamento en los términos del artículo 241 de C.P.C.*”
6. Frente a los días no trabajados (sobre los que el demandante pretendió que se señalara se habían producido por causas que no le fueron imputables), el Tribunal concluyó que, si bien, en algunos casos, le eran atribuibles a Ecopetrol, “*dentro del expediente no se encuentra probado como irrogados algún tipo de perjuicio al consorcio*”; esto es, no se acreditó que, producto del retraso, se hubiera realizado pago alguno correspondiente a la mano de obra, o al costo de los equipos, ni se estableció que hubiera existido maquinaria o equipo en arriendo para la ejecución del contrato. De esta manera, “*no se encuentra demostrado como causado el perjuicio que se reclama*”.
7. En lo relativo a las fallas en los diseños, además de la falta de acreditación del perjuicio, para el Tribunal, la entidad demandada firmó un contrato accesorio, lo que, al tiempo que dejaba en evidencia la realización de trabajos adicionales, demostraba que los mismos fueron contratados y pagados por Ecopetrol.
8. Finalmente, frente a las mayores cantidades de obra pretendidas por el demandante, indicó el Tribunal que la falta de material probatorio impedía comprobar si, en efecto, había habido mayores cantidades de obra y se había causado con ello algún perjuicio al contratista. Adicionalmente, en lo relativo a la extracción de lodos, consideró el Tribunal que le asistía razón a Ecopetrol cuando señaló que no se había determinado concretamente y de manera especializada cuál fue el volumen de extracción.
9. Como consecuencia de las anteriores consideraciones, para el Tribunal, la multa impuesta al contratista por el retraso en la entrega de los trabajos, se encontraba justificada.
	1. **Recurso de apelación y trámite de segunda instancia**
10. El 20 de octubre de 2008 el demandante interpuso y sustentó **recurso de apelación**[[4]](#footnote-4) en contra de la sentencia de primera instancia, en el que insistió en algunas de las consideraciones de la demanda y, en especial:
11. Señaló que en un contrato de obra a precio global es comprensible que el contratista acepte que las cantidades de obra puedan aumentar o disminuir, pero en un porcentaje racional que no afecte, de manera grave, el equilibrio económico del contrato.
12. Frente al parámetro utilizado por el contratista para evaluar las mayores cantidades de obra, indicó el apelante que el número de volquetas era la única medida “*real y comprobable*”. Además que, como resultado de obras adyacentes a la zona donde se estaban realizando los trabajos ejecutadas por Ecopetrol, la piscina que estaba en construcción por el demandante se vio invadida, lo que ocasionó una extracción de lodos, “*debiendo en su momento asumir el juego infantil de quien pretende abrir un hueco a la orilla del mar, y este siempre es llenado con la arena adyacente*”.
13. Para el recurrente, Ecopetrol “*entregó al contratista diseños defectuosos (…), demoró la toma de decisiones para corregir los errores por ella cometidos, obligó al contratista a realizar obras no contratadas, sin cancelar su valor y sin reconocer el tiempo adicional necesario para su ejecución, imponiendo una multa injustificada*”.
14. En el recurso se señaló, además, que no era dable concluir que en un contrato de obra, las mayores cantidades deban entenderse como una donación o un regalo del contratista.
15. Para el apelante era un hecho cierto el que el régimen jurídico aplicable al contrato generaba incertidumbre; sin embargo, con independencia del régimen, “*el equilibrio financiero o la denominada alternación de la economía original del contrato (…) es una constante inalterable*”.
16. El **recurso de apelación** fue **admitido** mediante Auto de 3 de junio de 2009[[5]](#footnote-5).
17. La parte demandada presentó **alegatos de conclusión**[[6]](#footnote-6), en los que reiteró los argumentos expuestos en el curso de la primea instancia y solicitó se confirmara la sentencia apelada. La parte actora guardó silencio.
18. El **Ministerio Público** presentó **concepto**[[7]](#footnote-7), en el que advirtió que las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas por la ausencia de prueba idónea y suficiente, pues, entre otras, consideró que, al haberse aportado el contrato en copia simple, no podía valorarse como prueba.

**2. CONSIDERACIONES**

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Hechos probados - 2.3. Caso concreto - 2.4. Sobre el régimen jurídico aplicable al contrato - 2.5. Sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato - 2.6. Sobre la condena en costas

**2.1. Jurisdicción y competencia**

1. El presente asunto es de conocimiento de la **jurisdicción de lo contencioso administrativo** por tratarse de un contrato celebrado por Ecopetrol[[8]](#footnote-8), de conformidad con el artículo 82 del CCA.
2. Todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la jurisdicción ordinaria, por surgir el problema de un vacío normativo, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencias de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas. En virtud de esto, de la aplicación de la cláusula general de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede resultar que la controversia sea de su conocimiento y, en caso contrario, se deberá acudir a la jurisdicción ordinaria que es la regla general[[9]](#footnote-9) de conocimiento en los distintos órdenes jurisdiccionales que existen en Colombia.
3. La cláusula general de competencia vigente para la época del caso objeto de conocimiento era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA) con la reforma que le introdujo la Ley 446 de 1998. La mencionada norma estableció que “*la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas*”; de manera que (si bien la demanda se presentó con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 1107 de 2006, que terminó por imprimirle un talante prevalentemente orgánico a esta importante norma del CCA), si el sujeto involucrado en la controversia es una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
4. En el presente caso Ecopetrol, en su condición de parte pasiva de este litigio, detentaba la condición de empresa industrial y comercial del estado y, por ende, no existen dudas de su naturaleza pública, motivo por el cual el conocimiento de esta controversia le corresponde a esta jurisdicción.
5. Se observa, además, que el asunto objeto de estudio es el resultado de un contrato estatal en el que se pactaron cláusulas excepcionales de terminación (cláusula 26) y cláusula de caducidad (cláusula 23), por lo que se debe acudir, a su vez, al artículo 17 del Decreto 222 de 1983, parágrafo, que estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo “*conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad*”.
6. El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

**2.2. Hechos probados**

1. En consideración a los **medios de prueba** regularmente aportados al proceso, se acreditaron, en síntesis, los siguientes hechos relevantes:
2. Ecopetrol, por intermedio de la vicepresidencia de refinación y petroquímica, el 27 de diciembre de 1993, realizó una solicitud pública de ofertas para la construcción de una piscina pulmón y una caja separadora de aguas aceitosas para la recuperación del área de la ciénaga n°6, con el fin de optimizar el sistema de manejo de las aguas lluvias del complejo industrial de Barrancabermeja[[10]](#footnote-10).
3. Como resultado de la solicitud, el consorcio Ríos Constructores Limitada – Belisario Gordillo A – Javier Ramírez Quintero, presentó su respectiva propuesta[[11]](#footnote-11).
4. El 30 de junio de 1994, Ecopetrol y el consorcio Ríos Constructores Limitada – Belisario Gordillo A – Javier Ramírez Quintero celebraron el contrato cuyo objeto consistió en la ejecución de “*los trabajos correspondientes a la Construcción de una Piscina Pulmón para aguas lluvias y de una Caja Separadora (API) de Aguas Aceitosas, para la optimización o recuperación del área de la Ciénaga Nº6 y con el fin de mejorar el Sistema de Manejo de Aguas Lluvias del Complejo Industrial de Barrancabermeja*”[[12]](#footnote-12).
5. Durante la ejecución del contrato se presentaron retrasos en los trabajos, que se debieron a situaciones diversas, entre ellas, la inestabilidad de los diques 2-3 y 4-5[[13]](#footnote-13) y la suspensión parcial de la remoción de lodos “*por razones de fuerza mayor debidamente comprobadas*”[[14]](#footnote-14), situaciones que llevaron a que, entre otras consideraciones, se suspendiera la ejecución y se ampliara el plazo de ejecución contractual.
6. El 8 de agosto de 1995 las partes celebraron un contrato accesorio[[15]](#footnote-15), que ascendió a $ 791’123.734, habida cuenta de que, según la interventoría y la administración del contrato, se requerían trabajos accesorios para la conveniente ejecución del objeto del contrato principal; esto, luego de que se hubiera incrementado el valor del contrato mediante orden de trabajo por un total de $ 188’607.44[[16]](#footnote-16).
7. Mediante Resolución 52 de diciembre 27 de 1996, Ecopetrol liquidó de forma unilateral el contrato[[17]](#footnote-17).
8. Como resultado del recurso de reposición interpuesto contra la resolución que adoptó la liquidación unilateral, Ecopetrol modificó la parcialmente la Resolución 52 de 27 de diciembre de 1996, mediante Resolución 22 de junio 12 de 1997, para descontar el día 16 de septiembre de 1995 como tiempo en que fue debidamente justificada la actividad, estableciendo finalmente 7 días de retraso injustificado.

**2.3. Caso concreto**

1. En consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si, en el contrato celebrado entre las partes, se presentaron hechos imprevisibles, que hubieran alterado el equilibrio económico del contrato y que hubieran impedido la entrega oportuna de los trabajos y el cumplimiento, en plazo, del objeto contractual.

**2.4. Sobre el régimen jurídico aplicable al contrato**

1. Constituye un asunto previo, para el estudio del recurso de apelación, precisar cuál debía ser el régimen jurídico aplicable al contrato celebrado.
2. En el asunto de la referencia, el procedimiento de selección se inició con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, (el 27 diciembre de 1993 se realizó la solicitud de propuestas por parte de Ecopetrol), por lo que, para el juzgador de primera instancia, su régimen jurídico aplicable debía ser el vigente para el momento en que se dio inició a dicho proceso, esto es, el Decreto 222 de 1983.
3. De acuerdo con la interpretación del Tribunal Administrativo de Santander, al anterior Estatuto Contractual debía acudirse para determinar la forma en que, para la época, se había establecido la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado. De esta manera, el Decreto 222 de 1983, en su artículo 254, señaló que “*salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en este Decreto sino las usuales para los contratos entre particulares*”
4. Por su parte, el artículo 34 del Decreto 3130 de 1968 señaló (se trascribe):

*“Artículo 34. Los contratos de las empresas y de las sociedades. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas*”.

1. Si bien, es verdad que la anterior posición tiene asidero en las normas de transición entre estatutos de contratación estatal, el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que, aun cuando el proceso de selección se haya iniciado al amparo del Decreto 222 de 1983, si el contrato se suscribió en vigencia de la Ley 80 de 1993 (como ocurrió en el caso en estudio), su régimen jurídico sustancial debe ser el nuevo Estatuto vigente al momento de su celebración, esto pues, es la fecha de la celebración, suscripción o firma del contrato la que debe definir su régimen jurídico aplicable, en observancia de la regla general contenida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887[[18]](#footnote-18).
2. Ahora bien, aun cuando en el análisis del régimen jurídico aplicable se deban atender las disposiciones de la Ley 80 de 1993, ello no lleva a modificar la conclusión a la que arribó el Tribunal sobre la naturaleza privada del contrato celebrado, pues, si bien es verdad que el tránsito normativo entre estatutos generó inquietudes sobre el régimen de los contratos celebrados por Ecopetrol (dadas las interpretaciones diversas que se desprendían de la lectura conjunta de los artículos 2 numeral 1 y 76 de la Ley 80 de 1993), lo cierto es que, por un lado, las dudas fueron resueltas, principalmente, por la misma interpretación que de las normas realizó el Consejo de Estado[[19]](#footnote-19); así como el hecho de que, para el caso concreto (se recuerda), el objeto contractual está relacionado directamente con la actividad industrial desarrollada por Ecopetrol.
3. En consideración a la citada naturaleza jurídica de Ecopetrol, resulta claro, tal y como lo evidenció el juzgador de primera instancia (si bien producto de una consideración normativa y jurisprudencial diferente) y la propia parte demandada, que el régimen jurídico que resulta aplicable al asunto que se decide es el derecho privado.

**2.5. Sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato**

1. El demandante alegó que las mayores cantidades de obra rompieron el equilibrio económico de su contrato y le impidieron cumplir con el plazo de ejecución convenido. Sobre el particular, si bien debe recordarse que no era aplicable al caso el Estatuto Contractual vigente para la época, ello no se traduce en que no puedan ser despachas las pretensiones que fueron elevadas sobre el equilibrio económico del contrato.
2. En efecto, se entiende que, para las entidades que se rigen por el derecho público, el equilibrio económico del contrato resulte una institución más recurrida, pues ha sido consagrada por el propio Estatuto Contractual, al tiempo que ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial. No sucede lo mismo en el derecho privado, pues allí, por una falta de desarrollo normativo expreso en el Código Civil, y de una aplicación jurisprudencial más limitada, el equilibrio económico en los contratos que se rigen por derecho común ha resultado tener un tratamiento más restringido.
3. La fuerza obligatoria del contrato, el principio del *pacta sunt servanda* y algunas disposiciones del Código Civil, como el artículo 1602, que revela que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, son puntuales manifestaciones de las razones que soportaron una recepción más reducida en el derecho privado. Con todo, la doctrina civil y la propia jurisprudencia han identificado la procedencia del equilibrio en contratos de derecho privado, incluso con apoyo en algunas disposiciones del propio Código Civil (como el artículo 2060), que, si bien no se ocupan expresamente de la materia, permiten explicar, parcialmente, su fundamentación.
4. La Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos remotos[[20]](#footnote-20) y más recientes[[21]](#footnote-21), ha dado cuenta de la aplicación del equilibrio, donde ha señalado incluso cómo, si bien antes existía una posición de rechazo a su aplicación, cada vez más se abren las puertas a la posibilidad de un requilibrio contractual:

*“De antiguo las soluciones oscilan ya entre la primacía absoluta de la obligatoriedad, perennidad e intangibilidad del contrato, su revisión, adaptación, modificación, reforma o reajuste admisible por equidad, bien su terminación. Empero, la orientación mayoritaria contemporánea favorece la revisión, al repugnar a la conciencia jurídica el mantenimiento rígido del desequilibrio con las lesivas secuelas y ventajas exageradas e inesperadas del nuevo estado de cosas, a contrariedad de la simetría contractual”[[22]](#footnote-22).*

1. El Código de Comercio, por su parte, estableció expresamente una disposición normativa que vino a llenar el vació de la legislación civil, que señala (se trascribe):

*“Artículo 868. 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”*

1. Las condiciones de la teoría de la imprevisión han sido desarrolladas por la normativa que se ocupa de la materia, la jurisprudencia y la doctrina, de donde se derivan puntuales requisitos de procedencia que se concretan en: situaciones imprevistas, sobrevinientes, ajenas a la voluntad de las partes, que alteren, de manera grave e injustificada, el equilibrio económico del contrato, que generen una excesiva onerosidad.
2. La propia Corte Suprema de Justicia, años atrás, había señalado que la teoría de la imprevisión tendría lugar cuando (se trascribe):

*“se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierda para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc*.”[[23]](#footnote-23)

1. En lo relativo a uno de los señalados requisitos, la doctrina ha indicado que resulta “*elemental establecer que los hechos modificativos de las circunstancias imperantes a la época en que se pactaron los deberes, no pueden derivar de actividad del propio deudor y, mucho menos, de su negligencia o descuido*”[[24]](#footnote-24).
2. De cara a otro de los requisitos, la Corte Suprema de Justicia ha concluido (se trascribe):

*“Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto”[[25]](#footnote-25)*

1. De manera entonces que, tal y como se observa, el propio ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y distintas pronunciamientos doctrinales permiten evidenciar una clara aplicación del equilibrio económico en contratos que se rigen por el derecho privado.
2. Para el caso en estudio el demandante pretendió un restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra que había celebrado, como resultado de la ruptura que, en su concepto, se había producido por las mayores cantidades de obra y los días de retraso en la ejecución contractual.
3. Para despachar esta pretensión se debe, en primera medida, tener en cuenta que el contrato celebrado fue un contrato a precio global, acuerdo que contenía la Cláusula 3, en la que se indicó (se trascribe): “*las cantidades de obra consignadas en el Anexo 1, representan las obras por hacer, en consecuencia, podrán aumentar o disminuir durante la ejecución del contrato, sin que ello dé lugar a la modificación de los valores globales pactados, ni a reclamación alguna por parte del contratista*”.
4. A su vez, en la Cláusula 4 se señaló que cuando fuera indispensable efectuar un trabajo accesorio, distinto a los contemplados en la Cláusula 2, se debía suscribir un contrato accesorio, y que, “*ningún trabajo accesorio podrá iniciarse antes de celebrar el correspondiente contrato accesorio por el funcionario autorizado, cancelar el impuesto de timbre nacional y modificar las garantías constituidas si así lo solicitare Ecopetrol*”.
5. En el mismo sentido, en la presentación de la oferta, cuando el consorcio ofreció suministrar los materiales, mano de obra y servicios necesarios para ejecutar la totalidad de los trabajos, manifestó, además, que aceptaba las cantidades de trabajo, “*entendiendo que son aproximadas y que podrán aumentar o disminuir durante el desarrollo del contrato, sin que por ello tenga derecho a reclamo alguno contra Ecopetrol, y ofrezco ejecutar todos los trabajos necesarios y suministrar todos los elementos requeridos para la realización de los mismos, a los precios que fijó en la misma relación*. [además] *que el valor de nuestra propuesta incluye el total de los costos y gastos necesarios para la ejecución del trabajo*”[[26]](#footnote-26).
6. De esta manera, si bien, de su oferta no puede entenderse que el contratista renunciara a una pretensión de declaratoria de desequilibrio por situaciones imprevistas, no imputables a él, posteriores a la ejecución del contrato; el que se haya celebrado un contrato a precio global debía tener y, en efecto, tenía, una clara consecuencia sobre la ejecución contractual.
7. Tal y como lo ha indicado la jurisprudencia, se destaca que las diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra eran sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983 y que “*si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato*”[[27]](#footnote-27).
8. Ahora bien, se insiste que, el que un contrato haya sido celebrado a precio global no impide que en él se pueda llegar a romper el equilibrio económico, que genere una excesiva onerosidad y obligue a su restablecimiento, lo que sí que ocurre es que la forma de pago en la que fue pactado tiene una repercusión directa a la hora del análisis que se haga sobre esa pretensión de restablecimiento.
9. En el contrato de obra celebrado, se observó una conducta de la parte contratante destinada a reaccionar a las diversas situaciones que se fueron presentando a lo largo de la ejecución contractual. De esta manera se produjeron constantes reconocimientos de la entidad, que permitieron ampliar el plazo de ejecución, incrementar el valor del contrato mediante orden de trabajo, y que incluso llevaron a que las partes celebraran un contrato adicional, situaciones, todas, que impiden que pueda hablarse de una excesiva onerosidad sobreviniente que dé origen a una ruptura del equilibrio económico, que pudiera llevar al juez a ordenar su restablecimiento.
10. A las anteriores consideraciones se suman las condiciones arriba señaladas en las que fue celebrado el contrato, esto es, el pacto de un contrato de obra a precio global, donde, como se señaló, tanto en su oferta como en el contrato mismo, el contratista, en ejercicio de su autonomía contractual, conocía y aceptaba que las cantidades de obra fueran aproximadas, y asumió que las mismas pudieran aumentar o disminuir durante el desarrollo del contrato, esto es, asumió tanto el riesgo como la ventura de la ejecución contractual.
11. La onerosidad debe ser excesiva, lo que implica que, ante cualquier dificultad en la ejecución, una parte no pueda pretender, con éxito, el restablecimiento del equilibrio económico, pues, además de los requisitos de imprevisibilidad, de presentarse una situación sobrevenida, no imputabilidad a la parte que la reclama, debe producirse y acreditarse una excesiva onerosidad en la ejecución contractual, prueba que se extraña en el presente proceso, y que constituye el elemento central para la procedencia del restablecimiento.
12. De esta manera, tal y como lo señaló el Tribunal Administrativo de Santander, no se acreditó que como resultado del retraso se hubieran realizado pagos adicionales por mano de obra, equipos, maquinaria y demás, que avalaran la configuración del perjuicio que se pretendió.
13. En punto a las señaladas anomalías sobre los diseños y los trabajos adicionales, se observa, en igual sentido que, la ampliación del plazo de ejecución, el incremento del valor del contrato mediante orden de trabajo y la celebración de un contrato adicional, deja en clara evidencia la respuesta de la parte contratante para reconocer las situaciones sobrevinientes que se presentaron durante la ejecución del contrato, comportamientos que impidieron que se configurara una excesiva onerosidad.
14. Tal y como se juzgó en primera instancia, el material probatorio impide, además, comprobar si las mayores cantidades de obra causaron un perjuicio excesivo al contratista, que no haya sido reconocido como resultado de las adiciones, pagos y contrato adicional que fue celebrado. Finalmente frente a la extracción de lodos, en las que el demandante basó parte de sus pretensiones de restablecimiento, sumado a las consideraciones arriba mencionadas, resulta evidente la falta de una medida concreta y especializada que permitiera definir el volumen real de la extracción.
15. La apelación, se recuerda, no tuvo por objeto propiciar un nuevo pronunciamiento sobre una eventual objeción por un error grave del dictamen, entre otras razones, porque quien apeló fue el demandante, para quien no resultaba provechoso a sus pretensiones dicha objeción. En realidad la apelación, aunque ello no se hubiera señalado puntualmente y deba entonces inferirse de su lectura, pretendió que se volviera sobre las conclusiones del juzgador de primera instancia, quien decidió apartarse del dictamen pues consideró que carecía de eficacia probatoria, si bien no se llegaban a configurar los requisitos que ha señalado la jurisprudencia para que procediera la tacha de error grave[[28]](#footnote-28).
16. Frente a este particular se debe recordar que la prueba pericial tiene por objeto proporcionar al juez un mejor entendimiento sobre determinadas circunstancias que son ajenas a su formación jurídica, por ello, en ocasiones, recurre a expertos para tratar de dar respuesta a interrogantes que sirvan para dar fundamento a su decisión, y lo hace dado el conocimiento de algunos principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, en los cuales son expertos conocedores los peritos. De manera entonces que, resulta de significativa importancia para construir la decisión judicial la labor auxiliar del juez que desempeña el perito.
17. Ahora bien, de la mano del cumplimiento de los deberes de los peritos, en la apreciación del dictamen el juez (de conformidad con el artículo 241 del CPC) “*tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso*”. Por lo anterior, más allá de las razones de contradicción sobre la pericia, de las que trata el artículo 238 del CPC, (dentro de las que se desarrolla la objeción por error grave), en ocasiones, como se juzgó en primera instancia y comporte ahora la Sala, en sede de apreciación del dictamen, el juez puede apartarse de él cuando no lo encuentre convincente, para lo que la jurisprudencia ha señalado: “*que el dictamen pericial nunca tiene, por sí mismo, una fuerza decisiva. Al respecto, el juez es ―autónomo al valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuere así, estos serían falladores*”[[29]](#footnote-29).
18. De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Administrativo de Santander, para determinar el volumen ejecutado por el consorcio, los peritos, con base en la información presentada por el contratista, señalaron que el volumen ejecutado sobrepasaba el volumen inicialmente contratado. En lo relativo al peritaje, la Sala comparte la conclusión del juzgador de primera instancia cuando señaló que las conclusiones “*no se derivan de un estudio especializado, y por el contrario se aprecia que obedece a meras manifestaciones subjetivas derivadas de las opiniones dadas por el consorcio a través de unos informes, pero no se determinó, técnicamente*”, lo que hace que la prueba pericial en general, y lo relacionado con el volumen real de extracción, en particular, no tenga un valor persuasivo para la Sala. De esta manera, frente al volumen real de extracción de material existe un déficit probatorio que impide arribar a una conclusión diferente a la que llegó el Tribunal.
19. Finalmente, con respecto a la multa que le fue impuesta al contratista, la misma fue pactada en la Cláusula 23 en ejercicio de la autonomía de la voluntad; así, más allá de las reflexiones sobre la naturaleza del acto en el que se hizo efectiva dicha multa (naturaleza que, en todo caso, nunca fue cuestionada por el demandante, pues solo se pretendió una declaratoria judicial para que se justificaran las razones que llevaron al retraso final de 7 días), lo que ocurrió, en el caso que se juzga, es que la parte contratante hizo efectivo el pacto.
20. Precisamente, la Cláusula 15 del contrato autorizaba a Ecopetrol a que, de los saldos a favor del contratista, pagara las sumas adeudas por él cuando incumpliera las obligaciones contractuales. En el mismo sentido, la propia Cláusula 23 (contentiva de la cláusula penal) autorizaba a la entidad a que efectuara los descuentos respectivos cuando, al vencerse el plazo de ejecución contractual, no se entregaran totalmente terminado los trabajos, situación que generaba el pago a favor de la entidad del equivalente al 1% del valor del contrato por día de retraso. Dicha cláusula contenía, por demás, una facultad de terminación unilateral, frente al incumplimiento determinante del contratista.
21. De manera que Ecopetrol hizo efectiva la facultad que las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, tuvieron a bien pactar, para lo que impuso la multa por el término de 7 días, correspondientes al tiempo en el que el contratista no logró justificar su retraso.
22. Las pruebas que obran en el expediente no le permiten a la Sala acceder a la pretensión del demandante de declarar justificado el retraso de los últimos 7 días restantes, en especial luego de que se ampliara en más de una ocasión el plazo de ejecución y de que la entidad reconociera que, en efecto, de los 26 días de retraso, 19 estuvieron justificados. Precisamente, el acta de liquidación unilateral incluyó los días que fueron acreditados por el consorcio como no laborados por circunstancias que no le resultaron imputables, como el paro de la Unión Sindical Obrera, los días lluviosos y las visitas presidenciales, razones, todas que llevan a concluir la improcedencia del restablecimiento y la justificación de la multa pactada e impuesta, al haberse superado, de manera injustificada, el plazo de ejecución contractual.

**2.5. Sobre la condena en costas**

1. La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

**3. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** laSentencia de 29 de agosto de 2008 del Tribunal Administrativo de Santander**.**

**SEGUNDO:** por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTÍN BERMUDEZ MUÑÓZ RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**

1. Folio 55 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 76-105 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 590-640 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 643 y 647-662 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 667 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 670-684 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 686-695 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-7)
8. El Decreto 30 de 1951 creó la Empresa Colombiana de Petróleos, cuya autorización para dicha creación provino de La Ley 165 de 1948. El mencionado decreto la instituyó como un “organismo autónomo con personería jurídica”, normativa que fue luego modificada por el Decreto 1760 de 2003, que ratificó el carácter de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de febrero de 2005, expediente 27.673. [↑](#footnote-ref-9)
10. Pliego de Condiciones, 1-37 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 1-313 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 8-23 del cuaderno n° 5 de pruebas. Sobre este particular se advierte que, si bien la Procuraduría conceptuó que el contrato aportado no podía ser valorado como medio de prueba, por haberse presentado en copia simple, esta Sala estudiará y se pronunciará sobre las pruebas que fueron aportadas en copia simple, pues, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, se reconoce el valor probatorio de los documentos allegados en copia simple siempre que reúnan los requisitos establecidos, esto es, que fueran aportados oportunamente, que hayan obrado a lo largo del proceso, que no hayan sido tachados u objetados por falsedad y que no versen sobre asuntos en los que la ley exige la prueba mediante copias auténticas. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25.022. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 33 -51 del cuaderno n° 5 de pruebas. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 145-145 del cuaderno n° 5 de pruebas. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 106-108 del cuaderno n° 5 de pruebas. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 111-114 del cuaderno n° 5 de pruebas. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cuaderno n° 5 de pruebas. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 1998, exp. 9825, En similar sentido: Sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.469; Sentencia de 19 de junio de 1998, exp. 10.217; Sentencia de 31 de agosto de 2011, exp. 18.080. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de septiembre de 2005, rad., 1667. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 octubre de 1936, Gaceta Judicial XLIV, n° 1918-1919; Sala Plena, Sentencia de 25 de febrero de 1937, Gaceta Judicial XLIV, n° 1920-1921; Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 mayo de 1938, Gaceta Judicial XLVI, n° 1936. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, ref. 11001-3103-040-2006-00537-01. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ibíd. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 mayo de 1938, Gaceta Judicial XLVI, n° 1936. [↑](#footnote-ref-23)
24. Hinestrosa, Fernando, *Derecho Civil, Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964, p. 361. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, ref. 11001-3103-040-2006-00537-01. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 1 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2011, exp. 18.080. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18014. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18014. [↑](#footnote-ref-29)