**EJECUCIÓN DEL CONTRATO - Interventoría - Ausencia**

El hecho de no contar con interventoría desde el inicio no afectó el desarrollo del contrato (…) Lo anterior pues, pese a no haberse contratado aún la interventoría, el contratista presentó su plan detallado de trabajo a Ecopetrol, para que fuera la misma entidad quien la aprobara (…) No puede perderse de vista que, según lo estipulado en la cláusula 32 del contrato, la aprobación del plan detallado de trabajo era un requisito de ejecución del contrato, razón por la cual, el hecho de haber suscrito el acta de iniciación, implicaba que el contratista ya contaba con un plan detallado de trabajo (PDT) aprobado.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Acta de liquidación – Reclamaciones**

Es importante precisar que esta Corporación ha sostenido que, para que las pretensiones contractuales elevadas por alguna de las partes luego de la liquidación bilateral del contrato puedan ser acogidas, la parte interesada debe haber planteado en el acta de liquidación salvedades claras y suficientes para determinar las razones de inconformidad con la misma[…] En ese sentido, como las partes ya liquidaron bilateralmente el contrato e incluyeron en la liquidación los aspectos que fundamentan la presente demanda, las pretensiones no están llamadas a prosperar.

**CONTRATOS ADICIONALES** **- Reclamaciones - Renuncia – Prohibición**

126. El inciso segundo del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 prevé de manera categórica que “las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contrato, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”. El hecho de incluir en la adición del plazo de un contrato cláusulas o expresiones en las cuales el contratista renuncia a formular reclamaciones a la entidad contratante contraviene la prohibición establecida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, norma que debe interpretarse como una disposición dirigida a proteger a la parte que en desarrollo de un contrato puede encontrarse en situación de inferioridad que determine la aceptación, en contra de su voluntad, de este tipo de estipulaciones. (…) Atendida la finalidad de esta disposición, si en la adición o la modificación de un contrato se incluye la renuncia a derechos, así no se diga expresamente que ella se estipula como una condición para suscribirla, lo cierto es que ella tendrá tal efecto, puesto que la entidad contratante podrá negarse a cumplir sus compromisos si el contratista incumple los suyos. En estas condiciones, el solo pacto de la renuncia debe entenderse como una condición de la celebración del convenio modificatorio del contrato y considerarse como violatorio de la citada disposición legal.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Absoluta - Reclamaciones - Renuncia – Prohibición**

Ahora, el artículo 44 de la misma ley prevé que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal y en este caso es evidente que el pacto de la renuncia tiene esta connotación.

**CONTRATO DE TRANSACCIÓN** **- Concepto - Elementos - Finalidad**

La transacción es un mecanismo autocompositivo de solución de controversias definido, según las voces del artículo 2469 del Código Civil como: “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Sobre los efectos de este particular contrato, el artículo 2483 de la misma codificación establece que: “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión”. Esta Subsección ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contrato de transacción y ha sido enfática al señalar que el elemento distintivo de este contrato es la existencia de un litigio presente o futuro o, más bien, de un ánimo litigioso de las partes. No en vano el artículo 2469 del Código Civil prevé que: “no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”. Los otros dos elementos de la transacción son la extinción del litigio presente o futuro y la existencia de concesiones mutuas entre las partes. Los efectos de la transacción son tales que, en proceso regidos por el CPC, la transacción es una de las excepciones previas cuya prosperidad acarrea la terminación del proceso, y en procesos sometidos al actual Código General del Proceso (CGP), es uno de los eventos en los cuales el juez está obligado a dictar sentencia anticipada para declarar su prosperidad y negar las pretensiones de la demanda, sin entrar a estudiar el fondo de la controversia que le fue planteada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente:Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 8 de mayo de 2019

**Radicación número:** 25000-23-26-000-2000-01946-02 (41.868)

**Actor:** Consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V.

**Demandado:** Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol)

**Referencia:** Controversias contractuales

**Temas:** controversias contractuales – equilibrio económico del contrato – incumplimiento contractual – liquidación del contrato – nulidad de oficio – nulidad por violación de expresa prohibición legal –– imposibilidad de condicionar adiciones a renuncias del contratista - contrato de transacción

**Síntesis:** El consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. presentó demanda en contra de Ecopetrol, en la que solicitó que se declare que, durante la ejecución de un contrato suscrito para realizar el diseño, compras y construcción de un sistema contraincendio, la entidad modificó el alcance del contrato y lo incumplió, al no sujetarse a sus obligaciones contractuales. Solicitó que se le indemnizaran los perjuicios de todo orden y que se liquidara judicialmente el contrato.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 25 de mayo de 2011, mediante la cual se decidió (se trascribe):

“*PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

*SEGUNDA: Declarar no probada la objeción grave propuesta por la entidad demandada en contra del dictamen obrante en los cuadernos 44 a 46, en los términos expuestos en esta sentencia.*

*TERCERA: Negar las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.*

*CUARTA: Compulsar copias de la presente actuación a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se analicen los hechos aquí estudiados y se determinen las correspondientes responsabilidades.*

*QUINTA: Remitir copia del presente fallo con destino al proceso 2001-0606 del Tribunal Administrativo de Santander, promovida por ECOPETROL en contra del Consorcio Protecnica Ltda Constructora Kepler S.A. de C.V., para lo de su cargo.*

*SEXTA: Una vez surtidos los trámites de rigor, devuélvase al Despacho a efectos de surtir el incidente en contra del perito Carlos Fernando Luna”.*

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

**1.- ANTECEDENTES**

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite en primera instancia - 1.2. El recurso de apelación y su trámite en segunda instancia

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

1. El 1 de septiembre de 2000 el Consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. presentó **demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales** en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas[[1]](#footnote-1) (se trascribe):

*“PRIMERA.- Que se declare que entre la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS –ECOPETROL y el consorcio denominado CONSORCIO PROTECNICA LTDA. – CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V. se celebró el contrato DIJ – 940 suscrito entre las partes el 3 de enero de 1996 cuyo objeto era la ejecución por parte del contratista con sus propios medios, en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa hasta su total terminación y aceptación final de los trabajos correspondientes a la ingeniería detallada, gestión de compras, construcción, montaje, pruebas y puesta en marcha del proyecto Diseño, Compras y Construcción del Sistema de Contraincendio del Area de Galán y Casa de Bombas No. 8, ubicada en Complejo Industrial de Barrancabermeja. Que así mismo se declare que entre las partes también se celebraron los contratos adicionales al anterior Nos. 1, 2 y 3.*

*SEGUNDA.- Que de conformidad con lo que se demuestre en el presente proceso, se declare que ECOPETROL incumplió el contrato indicado en la pretensión primera por no sujetarse en la ejecución del contrato a lo establecido en el mismo y en el pliego de condiciones, por exigir el cumplimiento de una obra con especificaciones distintas a las solicitadas en la ingeniería básica y a las ofertadas y realmente contratadas por la entidad demandada. Igualmente deberá declararse el incumplimiento de ECOPETROL por no sujetarse a sus obligaciones contractuales de conformidad con lo que se demuestre en este proceso.*

*TERCERA.- Que como consecuencia del incumplimiento por parte de ECOPETROL, es nulo el acto administrativo contemplado en el Oficio No. CI-EC-CC-341-CR-8, emanado de ECOPETROL y por medio del cual se impuso multa a mi representada por el supuesto retraso en la obra (PRUEBA No. 5.8.2); así mismo es nula el Acta de Liquidación Final del Contrato DIJ-940, acta suscrita el 11 de mayo de 1998 (PRUEBA No. 18) e igualmente es nula el Acta Adicional de Liquidación suscrita el 9 de julio de 1998 (PRUEBA No. 5.123), ambas por falsa motivación y por medio de las cuales, entre otras, se impuso una multa al consorcio y no se reconoció el valor real de la obra. También es nula la Resolución No. 003 del 18 de septiembre de 1998 emanada de ECOPETROL (PRUEBA No 20.1) por la cual se liquidó de manera unilateral el contrato DIJ -940, liquidación realizada de conformidad con las Actas de liquidación anteriormente mencionadas ; así mismo es nula la Resolución No. 001 del 25 de enero de 1999 emanada de ECOPETROL (PRUEBA No 20.2) por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 003 antes mencionada. Igualmente es nulo cualquier acta administrativo que se hubiese surtido con posterioridad a la liquidación del contrato No. DIJ-940 y que se fundamente en las Actas de Liquidación primeramente mencionados en presencia de la figura del decaimiento de los actos administrativos.*

*CUARTA.- Que ECOPETROL deberá responder a CONSORCIO PROTECNICA LTDA. – CONSTRUCTORA KEPLER S.A. de C.V. PTK de los perjuicios de todo orden incluyendo el lucro cesante y el daño emergente que se logren demostrar dentro del proceso, por la mayor obra ejecutada, incumplimiento del contrato, imprevistos, etc,. Reconocimiento que deberá incluir la corrección monetaria e intereses comerciales hasta la fecha en que efectivamente reciba el pago de los perjuicios de conformidad con el dictamen pericial que será realizado dentro del transcurso del proceso.*

*QUINTA.- Que todo lo anterior deberá cumplir dentro de los términos de que tratan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo*

*SEXTA: Que se liquide en sede judicial el contrato DIJ 940, teniendo en consideración para el efecto el DOCUMENTO ECONÓMICO DE LA DEMANDA y el DOCUMENTO TÉCNICO DEDE LA DEMANDA”.*

2. En el escrito de **demanda,** la parte actora narró los siguientes **hechos:**

3. El 6 de junio de 1995 Ecopetrol abrió la licitación pública No. CIB-003-95 cuyo objeto era contratar la planeación, administración, programación, ingeniería detallada, gestión de compras y ejecución de todas las obras civiles, mecánicas, eléctricas y de instrumentación y las demás necesarias para la construcción, montaje, pruebas y puesta en marcha de las obras requeridas para el sistema contraincendio del área Galán y casa de bombas No. 8, ubicadas en el complejo industrial de Barrancabermeja.

4. En los pliegos de condiciones, planos y demás documentos de la licitación pública No. CIB-003-95, Ecopetrol estableció las siguientes bases fundamentales para la elaboración de propuestas:

1) El contratista debía ejecutar el contrato con sus propios medios, materiales, equipos y personal, en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa, hasta su total terminación y aceptación final, según lo indicado en la cláusula primera de la minuta del contrato. También debía ejecutar todas las obras civiles, mecánicas, eléctricas, de instrumentos y servicios complementarios de acabados, y lo establecido en la ingeniería básica del proyecto, siguiendo las especificaciones técnicas y planos contenidos en los pliegos de condiciones, según lo establecido en la cláusula segunda de la minuta del contrato.

2) El contrato se ejecutaría de acuerdo al programa maestro de trabajo (PMT), donde se indicaba la forma que el contratista tenía para ejecutarlo. El programa maestro de trabajo sería inmodificable a nivel macro al elaborar el programa detallado de trabajo (PDT), según lo establecido en la cláusula cuarta de la minuta del contrato y el pliego de condiciones.

3) La interventoría estaría presente desde el momento de suscripción del acta de iniciación del contrato, de acuerdo con lo establecido en la cláusula sexta de la minuta del mismo.

4) Las cantidades de obra indicadas en el pliego de condiciones servirían de guía para la elaboración de las ofertas, sin que Ecopetrol asumiera responsabilidad alguna según lo establecido en el documento aclaratorio.

5) Serían obras adicionales aquellas que no hubieran sido previstas en los documentos de la licitación, pero que a juicio de Ecopetrol se hicieran necesarias, útiles o convenientes para la mejor ejecución del objeto del contrato o para complementar las obras contratadas. Toda obra que no encajara en la definición de “adicional” se consideraría mayor cantidad de obra y se pagaría a los precios convenidos para el ítem respectivo.

6) Según las instrucciones de trabajo No. 4 numeral 3.2. del anexo 2.1 “*los documentos emitidos para aprobación o revisión de Ecopetrol, serán limitados teniendo en cuenta que existe la intención de que el contratista estableciera controles internos propios que garanticen el cumplimiento de las especificaciones del proyecto y los requisitos de calidad”.*

5. El 18 de diciembre de 1995 se adjudicó la licitación al consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. y posteriormente, el 3 de enero de 1996, se suscribió el contrato DIJ-940.

6. En la cláusula segunda del contrato DIJ-940 se precisó el alcance de los trabajos y se estableció, entre otras cosas, que el contratista debía ejecutar la ingeniería básica complementaria y la ingeniería de detalle del proyecto, de acuerdo con la ingeniería básica entregada por Ecopetrol y las especificaciones del pliego de condiciones. Esto fue reiterado en la cláusula cuarta del contrato, relativa a las obligaciones del contratista.

7. En la cláusula novena del contrato DIJ-940 se estableció el valor del mismo en la suma de $12.001.859.389,oo de pesos, el cual cubría la totalidad de los costos, gastos, administración, imprevistos y utilidades del contratista por la ejecución de los trabajos.

8. En las bases de la propuesta contenidas en el pliego de condiciones, sobre el aspecto económico, se estableció: 1) que la oferta debía presentarse por el sistema de precio de valor global reajustable en mano de obra, con independencia de las cantidades de trabajo; 2) que dicho precio global comprendía todos los costos directos e indirectos, incluidos los gastos de administración, imprevistos y utilidades y; 3) que Ecopetrol podría aceptar que el proponente presentara su cotización en dólares estadounidenses, a los cuales se aplicaría la tasa representativa del mercado vigente a la fecha de presentación de la oferta.

9. En la oferta presentada por el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V., se calcularon y cotizaron equipo y materiales de importación en dólares, así (se trascribe):

“*A. COSTO DIRECTO DE COMPRAS = CDC = 165.259.027 $ COL + 3.147.789 US$*

*B. CALCULO DE LA GESTION DE COMPRAS, ADMINISTRACION, IMPREVISTOS Y UTILIDAD.*

*La administración debe calcularse como un porcentaje del costo directo de las compras de importación (Dólares y Pesos) en pesos equivalentes, es decir, los dólares calculados a una tasa representativa del mercado ofrecida por el PROPONENTE así:*

*Tasa representativa del mercado 1051$ Col/Us$ = TCO*

*Entonces*

*TOTAL COSTO DIRECTO EN PESOS EQUIVALENTES = TCDP = TCDP = TCO\*Us$ + $COL =*

*Gestión De Compras: 5.5.% \* (TCDP) = $.199.269.837 = GC*

*Administración: 10.9% \* (TCDP) = $378.990.357 = ADC*

*Imprevistos: 3.00% \* (TCDP) = $105.275.099 = IC*

*Utilidad: 6.20% \* (TCDP) = $217.568.538 = UC*

*Finalmente el valor cotizado debe ser igual a la parte en dólares del CDC + la parte en pesos de:*

*Costo directo de compras (CDC) + Gestión de compras (GC) + Administración (ADC) + Imprevistos (IC) + Utilidad (UC).*

*Valor cotizado en dólares (CDC) = 3.147.789.oo Us$*

*Valor cotizado en pesos (CDC) = 3.309.900.134 $Col*

 *GC = 199.269.838 $Col*

 *ADC = 378.990.357 $Col*

 *IC = 105.275.099 $Col*

 *UC = 217.568.538 $Col*

*TOTAL $4.211.003.935 $Col*

*COM = VLR TOTAL (COMPRAS IMPORTA + GESTION + AIU) US$ 3.147.789.oo + 901.103.829 $Col”.*

10. El contratista presentó una oferta de $7.787.346.245,oo de pesos colombianos más $3.147.789 de dólares americanos. Los dólares se convirtieron a pesos colombianos únicamente para calcular los porcentajes por concepto de gestión de compras, administración, imprevistos, utilidad, el valor del anticipo y los reajustes. Inexplicablemente, el comité evaluador sumó a los demás rubros el valor en pesos colombianos de los materiales y equipos de importación en dólares.

11. En la cláusula décima sexta del contrato se estableció que Ecopetrol mantendría por su cuenta en el sitio de los trabajos, durante el tiempo de ejecución del contrato y hasta su liquidación definitiva, personal de interventoría para vigilar el correcto cumplimiento de las condiciones, especificaciones, proyectos y planos y además, ejecutar las funciones de la interventoría relacionadas en el pliego de condiciones.

12. El 5 de febrero de 1996 se firmó el acta de iniciación de obra, pese a que dicho documento debía ser suscrito por la interventoría previa revisión de la programación detallada de los trabajos, según la cláusula sexta del contrato DIJ-940. A la fecha señalada la interventoría no había sido designada.

13. Debido a que Ecopetrol no había hecho la contratación de la interventoría, el coordinador del proyecto empezó a ejercer funciones que estaban fuera de su competencia. Este funcionario y el personal auxiliar del que disponía, así como todo el personal que ejerció la interventoría, distorsionaron el objeto del contrato.

14. El programa maestro de trabajo (PMT) presentado con la propuesta, una vez adjudicado el contrato, debía convertirse en el programa detallado de trabajo (PDT). Igualmente, en la cláusula cuarta, se estipuló que el contratista debía entregar a la Interventoría el plan detallado de trabajo (PDT) dentro de los 15 días calendario siguientes al perfeccionamiento del contrato, situación que no ocurrió pues, llegada la fecha, no existía interventoría.

15. En los pliegos de condiciones se estableció que los documentos emitidos por el contratista, sus proveedores y subcontratistas se clasificarían en 1) para aprobación; 2) para revisión y; 3) para información. Adicionalmente, se previó que los documentos emitidos para aprobación de Ecopetrol serían limitados, pues existía la intención de que el contratista estableciera controles internos propios que garantizaran el cumplimiento de las especificaciones del proyecto y los requisitos de calidad, y que la clasificación de estos documentos se acordaría entre Ecopetrol y el contratista una vez suscrito el contrato.

16. Ecopetrol modificó unilateralmente la clasificación y distribución de documentos, obligando al contratista a someter a aprobación absolutamente todos los documentos, haciendo caso omiso a la instrucción de trabajo No 4 (documentos de trabajo del contratista), suministrada en el Volumen II del pliego de condiciones. Esta modificación dejó sin piso la independencia y autonomía técnica y administrativa del contrato. Además, dejó sin vigencia el plan maestro de trabajo (PMT) y el programa detallado de trabajo (PDT).

17. La interventoría y Ecopetrol tardaron en la revisión y aprobación de documentos remitidos por el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V., lo que extendió el tiempo de ejecución de la ingeniería de detalle y ocasionó sobrecostos al contratista.

18. En abril de 1996 se emitió la revisión No. 1 del programa detallado de trabajo (PDT), sin modificar la fecha de finalización de la ingeniería de detalle y en agosto de 1996 se emitió la revisión No. 2 al plan detallado de trabajo (PDT), en la que se estableció como fecha de finalización de la ingeniería de detalle el 30 de septiembre de 1996, pero no se modificó la fecha de terminación final del proyecto, prevista para el 29 de mayo de 1997.

19. Debido a la intromisión de funcionarios de Ecopetrol que realizaron variaciones a la ingeniería básica y las especificaciones técnicas, se presentaron graves problemas entre los subcontratistas y el contratista, motivados por los frecuentes cambios en el alcance de los trabajos materia de los subcontratos y la pérdida de los trabajos ya ejecutados.

20. La gestión de compra de materiales y equipos se retrasó por las constantes revisiones realizadas por la interventoría y Ecopetrol. En efecto, las requisiciones de compra no podían generarse hasta que no fueran sometidas al procedimiento de revisión y aprobación que estableció la interventoría.

21. Durante la ejecución del contrato DIJ-940, el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. se vio obligado a permanecer en la obra por causas ajenas a su voluntad, durante 345 días adicionales a los 480 pactados inicialmente.

22. El consorcio, confiando en la buena fe de Ecopetrol, realizaba las modificaciones y obra adicional exigidas por el primero, con el convencimiento de que, tal como lo dispone la ley, y en aras del principio del equilibrio contractual, todas estas desviaciones ordenadas por Ecopetrol durante la ejecución del contrato, y la mayor obra iban a ser reconocidas por dicha entidad.

23. En los contratos adicionales en los cuales se pactó la ampliación del plazo, se obligó al Consorcio a que cubriera estos costos, pues de lo contrario el contratante no hubiera accedido a la ampliación del citado plazo.

24. El 17 de enero de 1997, el contratista solicitó a Ecopetrol una prórroga del plazo del contrato DIJ-940.

25. Ecopetrol contestó al contratista la solicitud de prórroga mediante comunicación CI-CR-CC-213-CR-8 de 20 de mayo de 1997. En dicha comunicación, manifestó que los hechos que motivaron la solicitud de prórroga no eran atribuibles a Ecopetrol sino al contratista, y que la empresa solo consideraría la ampliación de plazo si el contratista asumía los mayores costos causados durante la ampliación del plazo.

26. En el contrato adicional No. 2-30530-2673 se prorrogó el plazo del contrato DIJ-940 en 80 días y se estipuló que el contratista asumiría los mayores costos ocasionados por la ampliación del plazo y la mayor permanencia en el sitio de los trabajos. Igualmente, se indicó que el contratista renunciaba a formular reclamaciones a Ecopetrol por estos hechos, con los alcances y efectos de la transacción conforme a lo previsto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil.

27. Debido al desplazamiento de la ingeniería de detalle, la gestión de compras y la fabricación de equipos –principalmente los controladores lógicos programables (PLC’s)-, el subcontratista Siemens desplazó la fecha de entrega de los equipos, lo que obligó al contratista a solicitar una prórroga de contrato. Mediante el contrato adicional No. 2, Ecopetrol concedió una prórroga de 54 días, por lo que la fecha de entrega del sistema quedó para el 20 de octubre de 1997. Nuevamente se obligó al contratista a asumir los mayores costos ocasionados por la ampliación del plazo y la mayor permanencia en el sitio de los trabajos, además de los costos de la interventoría.

28. En vista de que Siemens solo pudo suministrar los equipos hasta el 15 de octubre de 1997, como el plazo expiraba el 20 de octubre de 1997, el consorcio solicitó una prórroga del contrato. La prórroga fue concedida mediante el contrato adicional No. 3, hasta el 10 de diciembre de 1997. En el contrato adicional se exigió al contratista asumir los mayores costos ocasionados por la ampliación del plazo y la mayor permanencia en el sitio de los trabajos, los costos de la interventoría y además, los costos del personal de Ecopetrol.

29. El grado de sofisticación exigido por Ecopetrol, los cambios de especificaciones técnicas y los continuos cambios de la filosofía de control, hicieron que la puesta en marcha del sistema, que en el plan detallado de trabajo (PDT) estaba estimada en 30 días –hasta el 10 de diciembre de 1997- se tomara 150 días más, hasta el 10 de mayo de 1998.

30. Mediante comunicación CI-EC-CC-341-CR-8 de 10 de diciembre de 1997, Ecopetrol manifestó al consorcio que al no haberse terminado la totalidad de los trabajos de acuerdo con la cláusula segunda del contrato, se aplicaría la multa prevista en la cláusula vigésima primera del contrato DIJ-940, de $10.000.000,oo de pesos por cada día de retardo, hasta un máximo de 30 días.

31. Dado el ostensible desequilibrio financiero que se venía generando en el desarrollo del contrato DIJ-940, mediante comunicación CI-CB-EF-103-C-8 de 21 de agosto de 1997, el consorcio presentó ante Ecopetrol una solicitud de restablecimiento económico del contrato, en la que pidió que se le reconociera una suma de $5.121.266.707,40 de pesos.

32. A solicitud de Ecopetrol, se inició una negociación con el consorcio sobre la reclamación económica presentada el 21 de agosto de 1997. Los días 29 y 30 de septiembre y 1 y 2 de octubre de 1997, se reunieron a negociar miembros del contratista y de Ecopetrol. En dichas reuniones se lograron acuerdos que consistían en un reconocimiento al contratista de $2.192.000.000,oo de pesos, respecto de los cuales no se suscribieron actas. Posteriormente, de manera sorpresiva, Ecopetrol interrumpió las conversaciones sin ningún motivo.

33. El 12 de diciembre de 1997, mediante comunicación 2-30530-3487, Ecopetrol respondió la reclamación económica presentada por el contratista, en la que señaló que el valor a reconocer por parte de la empresa ascendía a $774.217.169,oo de pesos.

34. En desarrollo del contrato, el contratista tuvo que afrontar una serie de circunstancias y hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, que interrumpieron la continuidad de las labores programadas y causaron atrasos y sobrecostos por tiempos perdidos, mano de obra improductiva y equipos inutilizados. Estos hechos fueron: 1) paros del sindicato USO; 2) paros estatales; 3) demora en la entrega de permisos estatales; 4) suspensión de labores por supervisores de Ecopetrol y; 5) un régimen atípico de lluvias.

35. Una vez instaladas, unas válvulas *check* de 4 pulgadas de diámetro fueron hurtadas del Complejo Industrial de Barrancabermeja de Ecopetrol. Sin embargo, la empresa nunca quiso reconocer el valor de esas válvulas, pues argumentó que esto era responsabilidad del contratista.

36. La presidencia de Ecopetrol ordenó constituir una comisión integrada por personas que no hubiesen estado directamente involucradas en el desarrollo del contrato, con el fin de revisar las reclamaciones elevadas por el consorcio.

37. El 14 de mayo de 1998, el consorcio presentó una solicitud de restablecimiento económico en la cual actualizó el valor solicitado en la reclamación de 21 de agosto de 1997 y solicitó se le reconociera una suma de $10.021.039.773,oo de pesos.

38. Mediante comunicación 2-30530-4342 de 24 de junio de 1998, Ecopetrol informó al consorcio que la comisión determinó que la empresa debía reconocerle la suma de $944.910.845,oo de pesos.

39. Mediante Resolución No. 3 de 18 de septiembre de 1998, Ecopetrol liquidó unilateralmente el contrato DIJ-940, decisión frente a la cual el consorcio interpuso recurso de reposición, y que fue resuelto mediante Resolución No. 1 de 25 de enero de 1999.

40. El consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. adujo que las resoluciones mediante las cuales se impuso una multa y se liquidó unilateralmente el contrato eran nulas pues en las mismas Ecopetrol había incurrido en falsa motivación por desconocimiento de los artículos 83 de la Constitución Política y 4 numerales 8 y 9, 5 numeral 1, 14 numeral 1, 24 numeral 5, 26 numerales 1 y 2, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, indicó (se trascribe):

“*Tanto la falsa motivación antes comentada, como el incumplimiento del contrato, incumplimiento que da lugar al resarcimiento de perjuicios por parte de la entidad contratante, se pueden fundamentar en el desconocimiento de las normas que se indican a continuación. Todo lo anterior, con fundamento en el precepto Constitucional, según el cual los servidores públicos son responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y por la infracción de la Constitución y la Ley (artículo 6 Constitución Política), en concordancia con el artículo 90 de la Carta Política el cual reza que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*Así las cosas, con el indebido proceder por parte de la administración pública (ECOPETROL) se han violado las siguientes disposiciones.*

*B. NORMAS VIOLADAS*

*Constitución Nacional artículo 83.*

*Ley 80 de 1993 art. 4o nums. 8 y 9; art. 5o num. 1; art. 14 num. 1; art. 24 num. 5; art. 26 num. 1, y 2; art. 27; art. 28; art. 50”.*

41. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió la demanda** mediante Auto de 9 de octubre de 2002[[2]](#footnote-2).

42. El 24 de noviembre de 2003 Ecopetrol **contestó la demanda[[3]](#footnote-3).** Propuso las excepciones que denominó “*transacción”, “cosa juzgada”, “imposibilidad de volver contra los propios actos”, “imposibilidad de alegar la propia culpa como fuente de derecho”, “inexistencia de los presupuestos fácticos y jurídicos requeridos para que se efectúen las declaraciones y condenas solicitadas por el demandante”, “inexistencia de falsa motivación en los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato DIJ-940”, “indebida formulación del concepto de la violación”, “inexistencia de causales para anular las actas de liquidación final del contrato DIJ-940”* e “*inexistencia de causa para demandar por tratarse de un contratista incumplido”.* En desarrollo de las excepciones propuestas, la entidad señaló lo siguiente:

1) Sobre las excepciones tituladas “*transacción”, “cosa juzgada”, “imposibilidad de volver contra los propios actos”* e *“imposibilidad de alegar la propia culpa como fuente de derecho”*, Ecopetrol manifestó, en primer lugar, que en los 3 contratos adicionales que suscribió con el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V., las partes estipularon que el contratista asumiría los sobrecostos relacionados con la ampliación del plazo, acuerdos que tuvieron el alcance de un acuerdo transaccional. Igualmente, señaló que las actas de liquidación bilateral del contrato DIJ-940 suscrito entre las partes hacían tránsito a cosa juzgada y que únicamente podían discutirse judicialmente los asuntos que fueron objeto de salvedades en dichos documentos. Adicionó que las salvedades que el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. incluyó en las actas de liquidación bilateral carecen de precisión, lo que conllevaba que ningún asunto del contrato pudiera ser ventilado ante la jurisdicción. Finalmente, indicó que con el proceso promovido, el contratista pretendía desconocer los acuerdos alcanzados con Ecopetrol tanto en los contratos adicionales, como en las actas de liquidación.

2) Respecto de la excepción denominada *“imposibilidad de alegar la propia culpa como fuente de derecho”,* Ecopetrol sostuvo que los perjuicios que el consorcio alegaba haber sufrido eran de su propia responsabilidad, habida cuenta de que no acató sus obligaciones, desatendió los procedimientos necesarios para garantizar la calidad en ejecución de la obra, incumplió el programa detallado de trabajo y, sobre todo, no incluyó en su propuesta el valor de las modificaciones resultantes de la ingeniería básica del proyecto.

3) En la excepción de *“inexistencia de los presupuestos fácticos y jurídicos requeridos para que se efectúen las declaraciones y condena solicitadas por el demandante”,* la demandada se limitó a indicar que durante la ejecución del contrato DIJ-940 no se presentaron supuestos de hecho y de derecho que correspondan a un incumplimiento o al rompimiento del equilibrio económico del contrato.

4) Las excepciones tituladas *“inexistencia de falsa motivación en los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato DIJ-940”* e *“indebida formulación del concepto de la violación”,* fueron encaminadas a argumentar que, en las resoluciones de liquidación unilateral del contrato, la entidad no incurrió en falsa motivación, y que el consorcio había incumplido con su carga procesal de expresar en forma clara y precisa el vicio de los actos administrativos demandados. Adicionalmente, en la excepción denominada *“inexistencia de causales para anular las actas de liquidación final del contrato DIJ-940”,* Ecopetrol manifestó que respecto de las actas bilaterales de liquidación no era posible elevar pretensiones de ilegalidad, por no ser estas actos administrativos.

5) Por último, en desarrollo de la excepción denominada “*inexistencia de causa para demandar por tratarse de un contratista incumplido”,* indicó que las pretensiones del consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. no estaban llamadas a prosperar, pues este incumplió las obligaciones del contrato DIJ-940, en la medida en que el sistema contraincendio no había funcionado de manera confiable desde su construcción.

43. Mediante escrito radicado, también el 24 de noviembre de 2003, Ecopetrol presentó **demanda de reconvención** en contra del consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V.[[4]](#footnote-4), en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se trascribe):

“*2.1. Que se declare la existencia y efectos vinculantes del contrato DIJ-940, suscrito entre ECOPETROL y el consorcio conformado por las compañías PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA Y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V. (en adelante CONSORCIO PTK) y sus adicionales o accesorios, así como la existencia de todos los demás documentos que forman parte del contrato, tales como los Pliegos de Condiciones, sus adendos o modificaciones, la oferta del contratista, etc.*

*2.2. Que se declare que PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., observaron acciones y omisiones que constituyen incumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del contrato DIJ-940, al entregar a Ecopetrol un sistema contraincendio que presenta defectos en su funcionamiento.*

*2.3. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., son solidariamente responsables frente a ECOPETROL, por los perjuicios de todo orden, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, que ha sufrido ECOPETROL por las acciones y omisiones de su parte, que constituyeron incumplimiento del contrato y condujeron el defectuoso funcionamiento del sistema contraincendio del contrato DIJ-940.*

*2.4. Que igualmente se declare que PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., son solidariamente responsables frente a ECOPETROL por los vicios ocultos del sistema contraincendio objeto del contrato DIJ-940 y en consecuencia están obligadas a pagar a ECOPETROL, las sumas que ésta deberá invertir, a efectos de colocar en adecuado estado de funcionamiento dicho sistema.*

*2.5. Que se condene a PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., a pagar solidariamente a ECOPETROL los daños y perjuicios que resulten demostrados en el proceso, como consecuencia de su incumplimiento.*

*2.6. Que se condene a PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., a pagar solidariamente a ECOPETROL las sumas que ECOPETROL deberá invertir, a efectos de colocar en adecuado estado de funcionamiento el sistema de contraincendio objeto del contrato DIJ-940.*

*2.7. Que se condene a PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., a pagar solidariamente a ECOPETROL los intereses moratorios y la indexación de las sumas a que se refiere el numeral 2.5.*

*2.8. Que en subsidio de la pretensión a que se refiere el numeral 2.6., se condene a PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTECNICA LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., a salir al saneamiento de los vicios ocultos, ejecutando los trabajos necesarios para colocar en adecuado estado de funcionamiento el sistema contraincendio objeto del contrato DIJ-940.*

*2.9. Que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, en caso de que se opongan a las declaraciones y condenas anteriormente expuestas”.*

44. En el escrito de **demanda de reconvención,** Ecopetrol narró los siguientes **hechos:**

45. La ejecución del proyecto por parte del consorcio estuvo enmarcada desde su inicio por la presencia de desfases en las actividades, respecto al programa detallado de trabajo (PDT), lo que resultó en mayores tiempos de ejecución que los que fueron programados, particularmente, para las actividades de ingeniería detallada, gestión de compras y construcción.

46. De manera general, la incidencia del desfase presentado en la ejecución de los trabajos tuvo origen en la falta de oportunidad en las acciones correctivas, la falta de concepción organizacional para mantener la coherencia de la estructura única requerida, los bajos rendimientos, la repetitividad de trabajos por apartarse de los procedimientos establecidos, la carencia de control interno frente al cumplimiento de las actividades del programa detallado de trabajo y la inoportuna atención de obligaciones laborales y comerciales.

47. El 11 de mayo de 1998, 6 meses después de que venciera el plazo de ejecución del contrato, se suscribió el acta de recibo de los trabajos ejecutados por el consorcio. Ecopetrol consignó en la misma que recibía los trabajos “con pendientes”.

48. Desde el recibo del proyecto el sistema contraincendio no funcionó de forma segura y fue totalmente inoperante, pues no dio ninguna garantía de confiabilidad.

49. La demanda de reconvención fue **admitida** mediante Auto de 25 de mayo de 2005[[5]](#footnote-5).

50. El 4 de diciembre de 2006 el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. **contestó la demanda de reconvención[[6]](#footnote-6).** En el escrito de contestación reiteró los argumentos expuestos en la demanda principal. Igualmente, propuso la excepción que denominó “*expiración en el tiempo que tiene ECOPETROL para demandar el cumplimiento del contrato”.*

51. Mediante Auto de 28 de marzo de 2007, se **decretaron las pruebas** a ser tenidas en cuenta en el proceso[[7]](#footnote-7). Se tuvieron en cuenta medios probatorios: documentales, testimoniales y periciales.

52. Una vez vencido el periodo probatorio, mediante Auto de 17 de febrero de 2010 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión[[8]](#footnote-8).

53. Por medio de escritos radicados en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de marzo de 2010, el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. y Ecopetrol, respectivamente, presentaron **alegatos de conclusión**, reiterando los argumentos expuestos en los escritos de demanda y contestación[[9]](#footnote-9).

54. El 25 de mayo de 2011 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia**[[10]](#footnote-10). En primer lugar, el Tribunal despachó desfavorablemente las excepciones que el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. denominó *“cosa juzgada”* e *“indebida formulación del concepto de la violación”.* Sobre la primera, sostuvo que las actas de liquidación final suscritas entre el consorcio y Ecopetrol no produjeron efectos jurídicos por sí mismos, pues según la Resolución No. 3 de 1998 –mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato- no se llegó a ningún acuerdo con el contratista para liquidar bilateralmente el contrato, por lo que la liquidación se realizó de manera unilateral, situación que impedía la prosperidad de la excepción. Respecto de la segunda, entendió que este asunto ya había sido subsanado por el consorcio.

55. Hecho lo anterior, y luego de precisar que el contrato DIJ-940 se regía por el Estatuto General de Contratación Estatal, el Tribunal pasó a pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. Respecto de las pretensiones de incumplimiento en el pago de obras adicionales, el Tribunal recordó que desde los pliegos de condiciones estaba prevista la facultad de Ecopetrol de incorporar obras adicionales y que, en todo caso, estas solo se ejecutarían cuando se hubiera suscrito un contrato accesorio.

56. Indicó que el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 permite a las entidades modificar los contratos estatales y a los contratistas renunciar al contrato, si la modificación supera el 20% del valor inicial del contrato, facultad que no fue ejercida por el consorcio.

57. Resaltó que los actos administrativos de liquidación reconocieron al contratista una suma de $944.910.845,oo de pesos, la cual incluía el valor de las reclamaciones por tubería, controladores lógicos, cuartos de equipos, demolición de baños y tiempos perdidos.

58. Advirtió que, en caso de introducir modificaciones al contrato que impactaran el plazo de ejecución y el valor del mismo, según lo previsto en el pliego de condiciones, correspondía a las partes reflejar estas modificaciones en un contrato adicional ya que, de lo contrario, tenían que asumir las cargas propias generadas por esta omisión. Adicionó que en el proceso no se establecieron cuáles fueron las modificaciones efectuadas por Ecopetrol, ni mucho menos que estas fueron injustificadas o innecesarias.

59. En lo relativo a la pérdida de autonomía técnica y administrativa del contratista por la revisión y aprobación de documentos efectuada por Ecopetrol, el Tribunal recordó que, en el pliego de condiciones, se previó que el contratista debía enviar a Ecopetrol para aprobación cualquier documento que le fuera requerido por la empresa. Compartió que los continuos requerimientos de Ecopetrol y la interventoría pudieron impactar el plazo del contrato, pero indicó que, como esta situación podía preverse desde los pliegos de condiciones, el contratista debió asumir una conducta diligente para paliar las consecuencias negativas que dichos requerimientos pudieran ocasionarle.

60. El Tribunal también puso de presente que a abril de 1997, el consorcio no había cumplido con su obligación de terminar la ingeniería detallada del proyecto, la cual debía haberse cumplido antes del 30 de marzo de 1997. En ese sentido, concluyó que las pretensiones de declaratoria de incumplimiento no estaban llamadas a prosperar, en la medida en que el consorcio no había satisfecho todas sus obligaciones contractuales.

61. El hecho de que la interventoría no estuviera presente al momento en que el contratista inició labores fue reprochado por el Tribunal. Sin embargo, entendió que según el contrato DIJ-940 era posible advertir que la interventoría no estaría dispuesta para asumir sus obligaciones a la fecha de inicio del contrato.

62. El Tribunal descartó que las estipulaciones incluidas en los contratos adicionales, según las cuales el contratista asumía los costos de la mayor permanencia en la obra, se enmarcaran en alguno de los supuestos de los literales a) a f) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por lo que no podía predicarse de estas la ineficacia de pleno derecho. Respecto de la nulidad de las mencionadas estipulaciones, el Tribunal consideró que fueron el resultado de acuerdos de voluntades, y que en las mismas no se evidenciaron vicios en el consentimiento del contratista.

63. Sobre las obras adicionales realizadas por el consorcio, el Tribunal indicó que los dictámenes periciales practicados no determinaron si el valor inicialmente fijado en el contrato cubría los valores reclamados por este concepto, tampoco determinaron cuáles fueron las obras contempladas en el valor global fijado en el contrato, cuáles fueron las obras adicionales realizadas, falencias que impedían determinar el valor de las supuestas obras adicionales, por lo que había que acogerse a las conclusiones de la comisión de profesionales designada por Ecopetrol.

64. En lo que tiene que ver con los argumentos según los cuales en la cláusula novena del contrato se fijó de manera equivocada el valor del mismo, el Tribunal puso de presente que durante la etapa de selección el consorcio no realizó ninguna manifestación sobre el valor que Ecopetrol le dio a su oferta económica, por lo que estas pretensiones no estaban llamadas a prosperar. Respecto del hurto de válvulas, el Tribunal dio aplicación al artículo 1605 del Código Civil, según el cual el consorcio debía soportar este hecho y, sobre los hechos de “caso fortuito o fuerza mayor” que generaron sobrecostos al contratista, consideró que no estaba acreditada la anormalidad de estos hechos y que, en todos caso, Ecopetrol si hizo algún reconocimiento económico con ocasión de esos hechos.

65. Respecto de las pretensiones de nulidad de las resoluciones que impusieron multas y liquidaron unilateralmente el contrato, el Tribunal consideró que, en vista de que los cargos de anulación de los actos coincidían con los cargos de incumplimiento, estas pretensiones tampoco estaban llamadas a prosperar.

66. Por último, el Tribunal negó las pretensiones de la demanda de reconvención, en la medida en que el dictamen pericial elaborado por el ingeniero Jaime E. Rojas G. determinó que la obra no recibió ningún tipo de mantenimiento desde su entrega.

**1.2. El recurso de apelación y su trámite en segunda instancia**

67. El 28 de junio de 2011 el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. presentó **recurso de apelación** en contra de la Sentencia de 25 de mayo de 2011[[11]](#footnote-11), mediante el cual solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. En primer lugar, reprochó que el Tribunal restara importancia a la llegada tardía de la interventoría. Indicó que este hecho generó un desfase importante del cronograma contractual que perjudicó al contratista.

68. Posteriormente, rechazó la afirmación del Tribunal según la cual, por ser el contrato DIJ-940 un contrato a precio global en el que se preveía la posibilidad de ordenar obras adicionales, el contratista debía aceptar los cambios en la labor contratada. Sobre este punto, aseveró que los cambios ordenados por Ecopetrol no eran útiles ni convenientes, que estos fueron absurdos y desproporcionados y que, en todo caso, Ecopetrol tenía la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato.

69. Igualmente, se mostró en desacuerdo con el hecho de que el Tribunal considerara que las obras adicionales debían ser incluidas en contratos adicionales, pues lo que ocurrió realmente fue que Ecopetrol impuso las modificaciones.

70. Adicionalmente, sostuvo que “*es ciego”* entender que no se probó en el proceso la diferencia entre el proyecto inicial y el que finalmente se ejecutó, pues las pruebas periciales y testimoniales lo demostraron con suficiencia.

71. Por último, reiteró que la revisión de documentos por parte de Ecopetrol y la interventoría significó una pérdida de la autonomía técnica y administrativa del consorcio, para lo cual hizo referencia a los hechos de la demanda y a las pruebas obrantes en el proceso.

72. Las decisiones adoptadas con respecto a la demanda de reconvención no fueron objeto de recurso de apelación.

73. El 16 de diciembre de 2011 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia[[12]](#footnote-12).

74. Por medio de escritos radicados el 28 de febrero de 2012, Ecopetrol y el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V., respectivamente, presentaron **alegatos de conclusión en segunda instancia[[13]](#footnote-13)**.

75. El 15 de agosto de 2014, el consejero Ramiro Pazos Guerrero manifestó su impedimento para conocer de este asunto, dado que conoció este proceso en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca[[14]](#footnote-14). El impedimento fue aceptado mediante Auto de 10 de septiembre de 2014[[15]](#footnote-15).

**2.- CONSIDERACIONES**

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Régimen jurídico del contrato – 2.3. Hechos probados – 2.4. El problema jurídico – 2.5. El caso concreto – 2.6. Sobre la condena en costas

**2.1. Jurisdicción y competencia**

76. De acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA): *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley”*. Así mismo, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 prevé que “*el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales (…) será el de la jurisdicción contencioso administrativo”.*

77. Por consiguiente, en vista de que en la demanda presentada por el consorcio se elevan pretensiones de declaratoria responsabilidad en contra de una entidad pública con ocasión de un contrato estatal, el presente asunto debe ser tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

78. El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 28 de junio de 2011, en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del CCA[[16]](#footnote-16).

**2.2. Régimen jurídico del contrato**

79. El contrato DIJ-940 celebrado por Ecopetrol se rige por las disposiciones del Estatuto General de Contratación Estatal. Lo anterior, dada la naturaleza de entidad estatal de Ecopetrol, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. En este sentido, el manual de contratación de la entidad es claro al establecer que “*la Ley 80 de 1993 (…) será el marco general que regulará la contratación de la Empresa Colombiana de Petróleos (…)”.*

**2.3. Hechos probados**

80. Ecopetrol abrió la licitación CIB-003-95 con el objeto de contratar la planeación, administración, ingeniería detallada, gestión de compras, y ejecución de todas las obras civiles, mecánicas, eléctricas y de instrumentación, y las demás necesarias para la construcción, montaje, pruebas y puesta en marcha de las obras requeridas para el sistema contraincendio del área Galán y casa de bombas No. 8 del Complejo Industrial de Barrancabermeja[[17]](#footnote-17).

81. El 3 de agosto de 1995, el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. presentó una propuesta para participar en la licitación pública CIB-003-95. En la propuesta indicó que el valor total de la misma era de $11.998.350.219,oo de pesos colombianos[[18]](#footnote-18).

82. En audiencia pública realizada el 18 de diciembre de 1995, Ecopetrol adjudicó la licitación CIB-003-95 al consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. (se trascribe):

“*El Dr. LUIS BERNARDO FLÓREZ, en su condición de Presidente y como representante legal de la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ‘ECOPETROL’, en atención a la evaluación practicada a las ofertas presentadas por las cuatro (4) firmas participantes en la Licitación Pública CIB-003-95 por parte del comité asesor designado para el efecto y teniendo en cuentas las respuestas dadas por los representantes de ECOPETROL a las observaciones presentadas por los asistentes a la presente audiencia, les comunicó que el contrato (…) se adjudica al CONSORCIO PROTECNICA LTDA-CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., por un valor de DOCE MIL UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS M/CTE ($12.001’859.389) (…)[[19]](#footnote-19)”.*

83. El 3 de enero de 1996 Ecopetrol y el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. celebraron el contrato DIJ-940, con el siguiente objeto (se trascribe):

*“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con ECOPETROL a ejecutar con sus propios medios –materiales, equipos y personal-, en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa, hasta su total terminación y aceptación final, los trabajos correspondientes a: La Ingeniería detallada, gestión de compras, construcción, montaje, pruebas y puesta en marcha del proyecto Diseño, Compras y Construcción del Sistema Contraincendio del Area de Galán y Casa de Bombas Nº8, ubicada en el Complejo Industrial de Barrancabermeja, municipio de Barrancabermeja, Departamento de Santander (…)[[20]](#footnote-20)”*

84. En la cláusula tercera del contrato DIJ-940 se estableció la siguiente estipulación sobre las cantidades de obra (se trascribe):

*“CLÁUSULA TERCERA: CANTIDADES DE TRABAJO: Las cantidades consignadas en la propuesta representan un estimativo de los trabajos por hacer. En consecuencia, podrán aumentar o disminuir durante la ejecución, sin que ello de lugar modificación de la suma Global fija pactada”.*

85. Las obligaciones especiales del contratista se definieron en la cláusula 4 del contrato DIJ-940. El consorcio adquirió, entre otras, las siguientes obligaciones (se trascribe):

*“CLÁUSULA CUARTA: OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA se obliga: 1. GENERALES (…) 1.3- Será obligación del CONTRATISTA entregar a la INTERVENTORÍA, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de perfeccionamiento de este contrato, el programa detallado de trabajo por el método de la ruta crítica (CPM) y el procedimiento para el control y el aseguramiento de la calidad de los trabajos a ejecutar en las etapas de ingeniería, las compras y la construcción y montaje. ECOPETROL dentro de los cinco (5) días calendario siguientes los revisará, objetará o aprobará; a su vez EL CONTRATISTA deberá ajustar sus programas en el caso que ECOPETROL así lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, con el fin de iniciar los trabajos en el término acordado en este contrato. PARÁGRAFO: La entrega o aprobación del C.P.M. y del procedimiento para el aseguramiento y control de la calidad no afectará el plazo fijado en el contrato para la iniciación y terminación de las trabajos (…)*

*1.9.- EL CONTRATISTA se obliga a permitir el libre acceso a la información administrativa y técnica del proyecto bajo su manejo, a los funcionarios autorizados por ECOPETROL (…) 2.- INGENIERÍA: 2.1- EL CONTRATISTA deberá permitir en cualquier momento la inspección de los trabajos por parte de ECOPETROL y de sus representantes, así como de autoridades y funcionarios, en sus oficinas principales o en sitio de los trabajos de construcción. Ninguna inspección, examen o prueba realizada por ECOPETROL o sus representantes eximirá al CONTRATISTA de ninguna de las obligaciones contenidas en este contrato. Para tal efecto, ECOPETROL o sus representantes tendrán acceso a los detalles y documentos de trabajo, a especificaciones, dibujos, cálculos, órdenes de compra y subcontratos, al igual que a otros documentos preparados por el CONTRATISTA, por su subcontratista, o por un proveedor (…) 2.4.- ECOPETROL suministra el diseño básico tal como se especifica en el Pliego de Condiciones; queda entendido que cualquier otro diseño complementario al suministrado, incluyendo el desarrollo del ‘front end Engineering’, materiales y equipos que sean necesarios para la debida ejecución de los trabajos objeto de este contrato, deberán ser realizado por el CONTRATISTA, sin costo adicional para ECOPETROL. Además, es obligación del CONTRATISTA llevar a cabo las verificaciones detalladas de la información del diseño básico proporcionado por ECOPETROL, hasta quedar satisfecho en cuanto a la precisión del mismo. En consecuencia, con fundamento en el diseño básico revisado, el CONTRATISTA deberá desarrollar toda la ingeniería de detalle. (…) 2.7.- Cualquier dibujo o documento del CONTRATISTA que reciba comentarios de ECOPETROL deberá ser modificado sin dilación con el fin de satisfacer lo solicitado y tendrá que ser revisado de nuevo para su revisión y comentarios (…) 2.9. EL CONTRATISTA se obliga a revisar la ingeniería básica que le fue suministrada en el Volumen IV del Pliego de Condiciones y acepta, como consecuencia de dicha revisión, ejecutar las reparaciones o modificaciones que resulten sin que por este hecho tenga que hacer reprogramación alguna de los trabajos. El costo que esto demande debe entenderse incluido en el valor del contrato (…)*

*4.- CONSTRUCCIÓN Y MONTAJE: (…) 4.12- Ejecutará las reparaciones o modificaciones que le indique el interventor, y que sean ocasionadas por errores u omisiones imputables al CONTRATISTA. El costo que estas impliquen serán a costo del CONTRATISTA. Si no acepta las indicaciones de la interventoría, deberá justificar por escrito las razones por las cuales no acepta (…)”.*

86. En las cláusulas 6 y 9 del contrato DIJ-940 se estableció que el contrato DIJ-940 tendría un plazo de 480 días contados desde la suscripción del acta de iniciación de obras –respecto de lo cual el contratista se comprometió a iniciarlas dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento del contrato- y que su valor sería a un precio global de $12.001.859.389,oo de pesos. Igualmente, se estableció que el contratista debía presentar para aprobación, dentro de los 15 días siguientes a la suscripción del contrato, el plan detallado de trabajo (PDT) y el procedimiento para el control y aseguramiento de la calidad de los trabajos.

87. Según la cláusula 16 del contrato, Ecopetrol debía contratar la interventoría para que esta hiciera presencia en el sitio de los trabajos durante el tiempo de ejecución del contrato, con el fin de vigilar el cumplimiento de las condiciones, especificaciones, proyectos y planos, y demás funciones previstas en los pliegos de condiciones.

88. En la cláusula 32 del contrato DIJ-940 se establecieron los siguientes requisitos para iniciar las obras (se trascribe):

*“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA: REQUISITOS PARA LA INICIACIÓN DE LA OBRA: Para la iniciación de las obras, se requiere que EL CONTRATISTA, por su cuenta, haya cancelado el impuesto de timbre correspondiente y los derechos de publicación en el Diario Oficial, todo lo cual deberá ser debidamente acreditado. Del mismo modo EL CONTRATISTA deberá haber recibido el anticipo y la aprobación del programa detallado de trabajo”.*

89. El 5 de febrero de 1996, Ecopetrol y el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. suscribieron el acta de iniciación de obra, en la cual se indicó que la fecha de finalización del contrato sería el 29 de mayo de 1997[[21]](#footnote-21).

90. El 17 de enero de 1997, el consorcio presentó a Ecopetrol una solicitud formal de ampliación del plazo del contrato, con fundamento en 1) hechos de caso fortuito o fuerza mayor; 2) modificaciones al alcance inicial del proyecto y; 3) demoras en la iniciación de la etapa de construcción, ocasionadas por el procedimiento de aprobación de documentos[[22]](#footnote-22).

91. Para el mes de abril de 1997, la interventoría no se había hecho presente.

92. El 20 de mayo de 1997, mediante comunicación CI-CR-CC-213-CR-8, Ecopetrol respondió al contratista sobre su solicitud de ampliación del plazo y señaló que las causas de la solicitud no eran imputables a la entidad. Así mismo, indicó que solo consideraría la ampliación del plazo si el contratista asumía los mayores costos causados por la prórroga[[23]](#footnote-23).

93. Ecopetrol y el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. celebraron el contrato adicional No. 2-30530-2673, mediante el cual ampliaron el plazo del contrato hasta el 17 de agosto de 1997. En el contrato se estipuló (se trascribe):

“*Las partes que celebraron el Contrato DIJ-940, representadas por quienes suscriben este documento, teniendo en cuenta que:*

*1. De conformidad con la cláusula SEXTA del Contrato DIJ-940, el plazo del mismo se convino en: CUATROCIENTOS OCHENTA (480) días calendario.*

*2. EL CONTRATISTA mediante comunicación de fecha 17 de Enero de 1997 solicitó a ECOPETROL la prorroga del plazo del contrato con fundamento en:*

*\*Hechos de Fuerza Mayor y Caso Fortuito.*

*\* Modificaciones del Alcance inicial del Proyecto.*

*\* Iniciación de la etapa de construcción.*

*3. Estudiada con la debida atención la solicitud de ampliación del plazo y los análisis detallados realizados conjuntamente por el personal del Consorcio PTK, ECOPETROL y CONCOL, se ha llegado a la conclusión de que las causas invocadas no son imputables a ECOPETROL.*

*No obstante lo cual y para los exclusivos propósitos de terminar la obra, se conviene en ampliar el plazo del contrato (…)*

*- ACUERDAN:-*

*1. Ampliar el plazo del Contrato DIJ-940 por el término de OCHENTA (80) días calendario, es decir, hasta el diecisiete (17) de Agosto de 1997.*

*(…)*

*3. EL CONTRATISTA asume los mayores costos que se presenten por la ampliación del plazo y por la mayor permanencia en el sitio de los trabajos y renuncia a formular reclamaciones a ECOPETROL por ocasión de la ampliación del plazo que en este documento se conviene, renuncia que tiene los alcances y efectos de la transacción conforme a lo previsto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil (…)[[24]](#footnote-24)”.*

94. El 14 de agosto de 1997, Ecopetrol y el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. celebraron el contrato adicional No. 2-30530-2983, mediante el cual ampliaron el plazo del contrato hasta el 20 de octubre de 1997. En el contrato se estipuló (se trascribe):

“*Las partes que celebraron el Contrato DIJ-940, representadas por quienes suscriben este documento, teniendo en cuenta que:*

*1. De conformidad con la cláusula SEXTA del Contrato DIJ-940, el plazo del mismo se convino en: CUATROCIENTOS OCHENTA (480) días calendario.*

*2. De acuerdo con el Contrato Adicional No. 2-30530-2673 el plazo se amplió en OCHENTA (80) días calendario, es decir, hasta el diecisiete (17) de Agosto de 1997.*

*3. EL CONTRATISTA mediante comunicación recibida por ECOPETROL el 24 de Julio de 1997 solicitó la prórroga del plazo del contrato, con fundamento en:*

*\*Retraso del Proveedor SIEMENS en la entrega de los PLC’s, hasta el 29 de Septiembre de 1997.*

*\* Una vez instalados los PLC’s, se requiere hasta el 20 de Octubre de 1997 para efectuar las pruebas del Sistema.*

*4. EL CONTRATISTA mediante comunicación No. CI-CF-EF-1082-R-8 recibida por ECOPETROL el 11 de Agosto de 1997, presentó el programa de barras para la terminación del Proyecto, y se compromete a asumir los costos administrativos que se originen por la ampliación del plazo, incluyendo los costos de la Interventoría y a prorrogar las pólizas precedentes. Documento que se considera anexo del presente contrato adicional (…)*

*5. Estudiada con la debida atención la solicitud de ampliación del plazo y los análisis detallados realizados conjuntamente por el personal del Consorcio PTK, ECOPETROL y CONCOL, se ha llegado a la conclusión de que las causas invocadas no son imputables a ECOPETROL.*

*6. No obstante lo cual y para los exclusivos propósitos de terminar la obra, se conviene en ampliar el plazo del contrato (…)*

*- ACUERDAN:-*

*(…)*

*CLÁUSULA PRIMERA: EXTENSIÓN DEL PLAZO DE ENTREGA: Las partes acuerdan extender la fecha de terminación de los trabajos en SESENTA Y CUATRO (64) días calendario, quedando como nueva fecha de entrega del Proyecto el día VEINTE (20) DE OCTUBRE DE 1997, sin perjuicio de que el CONTRATISTA pueda entregar el Proyecto en un lapso inferior si logra culminar, antes del vencimiento de la extensión, los trabajos necesarios para entregar el sistema en condiciones operativas y de seguridad, previo el cumplimiento de las pruebas de garantía y aceptación.*

*CLÁUSULA SEGUNDA: SOBRECOSTOS A CARGO DEL CONTRATISTA – En razón a que las causas que impidieron que la fecha de terminación de los trabajos se alcanzara dentro del término contractualmente previsto no son atribuibles a ECOPETROL, las partes convienen en que todos los costos que se causen como consecuencia de la prórroga del plazo contractual serán por cuenta del CONTRATISTA, incluidos dentro de ellos los mayores costos de la Interventoría contratada por ECOPETROL.*

*(…)*

*CLÁUSULA QUINTA: TRANSACCIÓN – las partes le otorgan al presente documento los alcances y efectos de transacción conforme a lo previsto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil (…)[[25]](#footnote-25)”.*

95. El 19 de septiembre de 1997, el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. presentó a Ecopetrol una solicitud de reconocimiento económico, en el cual indicó que la oferta presentada durante la etapa de selección había sido sustancialmente modificada y de esta manera, se había generado un desequilibrio económico del contrato. Los ítems que sufrieron modificación a juicio del consorcio, así como el valor estimado de las modificaciones, se resumen en el siguiente cuadro[[26]](#footnote-26):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **No.** | **Ítem** | **Valor reclamado** |
| 1 | Planos y documentos | $487.315.630,oo |
| 2 | Ingeniería de proceso | $41.004.649,oo |
| 3 | Tubería | $860.264.578,oo |
| 4 | Ingeniería de instrumentación y control | $76.996.572,oo |
| 5 | Controladores lógicos programables (PLC’s) | $660.310.596,oo |
| 6 | Sistema de comunicación de 7 a hilos | $49.468.277,oo |
| 7 | Unidades ininterrumpidas de potencia (UPS) | $160.823.836,oo |
| 8 | Bombas diésel de unidades de espuma | $245.015.564,oo |
| 9 | Cuartos de equipos | $347.301.544,oo |
| 10 | Reubicación de cuartos de espuma y cuartos de equipos | $55.392.327,oo |
| 11 | Demolición de baños | $4.538.222,oo |
| 12 | Desviación aguas de lluvia área tanque TK-3900 | $17.404.897,oo |
| 13 | Aire acondicionado subestación eléctrica | $37.377.076,oo |
| 14 | Sede de la ingeniería de detalle | $95.644.845,oo |
| 15 | Gestión de compras | $710.650.637,oo |
| 16 | Cámaras de espuma | $14.502.587,oo |
| 17 | Tiempos perdidos | $254.858.570,oo |
| 18 | Aplicación de multa | $10.000.000,oo |
| 19 | Ampliación del plazo de contrato | $262.801.372,oo |
| 20 | Tubería enterrada y accesorios adicionales | $315.047.705,oo |
| 21 | Hidrantes y monitores | $190.185.556,oo |
| 22 | Reajuste convencional | $224.361.667,oo |
| **TOTAL** | $5.121.266.707,oo |

96. El 16 de octubre de 1997, el consorcio presentó ante Ecopetrol una solicitud de ampliación del plazo del contrato DIJ-940, en la cual manifestó (se trascribe):

“*Como es de su conocimiento los equipos suministrados por Siemens que de acuerdo a los compromisos adquiridos de dicha firma, debían haberse entregado los primeros días del mes de Septiembre, sólo hasta esta semana llegan al campo en su totalidad. La válvula de control ha sufrido demoras en la entrega por algunos problemas que ha tenido el fabricante en el proceso de fabricación.*

*Teniendo en cuenta el tiempo que conlleva el montaje e instalación de estos equipos debido a su sofisticación es necesario solicitarle a Ecopetrol una prórroga adicional hasta el próximo 10 de Diciembre/97, para poder entregar el sistema debidamente probado y en correcto funcionamiento.*

*El Consorcio asumirá los costos Administrativos y todos los que se generen por mayor permanencia en Obra durante el tiempo de prórroga[[27]](#footnote-27)”.*

97. El 20 de octubre de 1997, Ecopetrol y el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. celebraron el contrato adicional No. 3-30530-3262, mediante el cual ampliaron el plazo del contrato hasta el 10 de diciembre de 1997. En el contrato se estipuló (se trascribe):

“*Las partes que celebraron el Contrato DIJ-940, representadas por quienes suscriben este documento, teniendo en cuenta que:*

*1. De conformidad con la cláusula SEXTA del Contrato DIJ-940, el plazo del mismo se convino en: CUATROCIENTOS OCHENTA (480) días calendario.*

*2. De acuerdo con el Contrato Adicional No. 2-30530-2673 el plazo se amplió en OCHENTA (80) días calendario, es decir, hasta el diecisiete (17) de Agosto de 1997.*

*3. De acuerdo con el Contrato Adicional No. 2-30530-2983 el plazo se amplió nuevamente en SESENTA Y CUATRO (64) días calendario, es decir, hasta el veinte (20) de Octubre de 1997.*

*4. EL CONTRATISTA mediante comunicación No. CI-CF-EF-1234-C-8 recibida por ECOPETROL el 16 de Octubre de 1997 se compromete a asumir los costos administrativos que se originen por la ampliación del plazo, documento que se considera anexo del presente contrato adicional, y solicitó la prórroga del plazo del contrato, con fundamento en:*

*\*Retraso del Proveedor SIEMENS en la entrega de los PLC’s, los cuales llegaron en su totalidad a la obra en la semana del 15 de Octubre de 1997.*

*\* Retraso en la llegada a sitio de la válvula de control por problemas en el proceso de fabricación.*

*(…)*

*6. Estudiada con la debida atención la solicitud de ampliación del plazo y los análisis detallados realizados conjuntamente por el personal del Consorcio PTK, ECOPETROL y CONCOL, se ha llegado a la conclusión de que las causas invocadas no son imputables a ECOPETROL.*

*7. No obstante lo cual y para los exclusivos propósitos de terminar la obra, se conviene en ampliar el plazo del contrato (…)*

*- ACUERDAN:-*

*(…)*

*CLÁUSULA PRIMERA: EXTENSIÓN DEL PLAZO DE ENTREGA: Las partes acuerdan extender la fecha de terminación de los trabajos en CINCUENTA Y UN (51) días calendario, quedando como nueva fecha de entrega del Proyecto el día DIEZ (10) DE DICIEMBRE DE 1997, sin perjuicio de que el CONTRATISTA pueda entregar el Proyecto en un lapso inferior si logra culminar, antes del vencimiento de la extensión, los trabajos necesarios para entregar el sistema en condiciones operativas y de seguridad, previo el cumplimiento de las pruebas de garantía y aceptación.*

*CLÁUSULA SEGUNDA: SOBRECOSTOS A CARGO DEL CONTRATISTA – En razón a que las causas que impidieron que la fecha de terminación de los trabajos se alcanzara dentro del término contractualmente previsto no son atribuibles a ECOPETROL, las partes convienen en que todos los costos que se causen como consecuencia de la prórroga del plazo contractual serán por cuenta del CONTRATISTA, incluidos dentro de ellos los mayores costos de la Interventoría contratada por ECOPETROL y el personal de ECOPETROL asignado al Proyecto.*

*CLÁUSULA QUINTA: TRANSACCIÓN – las partes le otorgan al presente documento los alcances y efectos de transacción conforme a lo previsto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil (…)[[28]](#footnote-28)”.*

98. Mediante comunicación CI-EC-CC-341-CR-8 de 10 de diciembre de 1997, Ecopetrol indicó al consorcio que le impondría una multa por no haber terminado los trabajos en el plazo acordado[[29]](#footnote-29).

99. El 12 de diciembre de 1997, mediante comunicación 2-30530-3487, Ecopetrol contestó la reclamación económica presentada por el consorcio Protécnica Ltda[[30]](#footnote-30). Constructora Kepler S.A. de C.V. En la respuesta, señaló que solo reconocería dineros respecto de 6 de los 22 ítems reclamados, por un valor de $774.217.189,oo.

100. El 11 de mayo de 1998 se suscribió entre Ecopetrol y el consorcio el acta de recibo final de la obra[[31]](#footnote-31).

101. El mismo 11 de mayo de 1998, las partes del contrato DIJ-940 suscribieron el acta de liquidación bilateral del mismo, en la que se consignó lo siguiente (se trascribe):

“*De acuerdo con la relación del cuadro ‘LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO DIJ-940’ ECOPETROL debe al CONSORCIO la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS ($291.967.536.oo)*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| No | CONCEPTO | DESCUENTOS | VALOR |
| 5 | AJUSTES AL VALOR DEL CONTRATO |
| 7 | Valor reconocido por ECP en reclamaciones, incluye corrección |   | $732.840.053,oo |
| 17 | MENOS DESCUENTOS |
| 18 | Por costos del personal de la INTERVENTORÍA, por efecto de ampliación del plazo | $183.659.280,oo |   |
| 19 | Por costos del personal de ECOPETROL, por efecto de la ampliación del plazo | $67.281.818,oo |   |
| 23 | Apremios y multas |
| 24 | Por vencimiento del plazo contractual 30 días x 10.000.000 | $300.000.000,oo |   |
| 25 | SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA (22-24) |   | $291.967.536,oo |

*El CONSORCIO solicita dejar la siguiente constancia: El contratista se reserva el derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente los perjuicios y/o sobrecostos y demás conceptos que se haya originado en desarrollo del contrato DIJ-940. Además puntualiza que no está de acuerdo con el descuento de $10.000.000 diarios que se le hizo durante 30 días (para un total de $300.000.000.oo) por multas, ya que en parte la demora en la entrega de los trabajos se debió a que la interventoría se presentó en la obra sesenta y dos (62) días después del acta de iniciación, lo que no está de acuerdo a lo pactado en el contrato en donde se estipuló (numeral 1.3 de la Cláusula Cuarta) que dice: ‘será obligación del contratista entregar a la interventoría dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de perfeccionamiento de este contrato el programa detallado de trabajo por el método de la ruta crítica (CPM) y el procedimiento para el control y el aseguramiento de la calidad de los trabajos a ejecutar en las etapas de ingeniería’ y al no haber interventoría se impidió el avance normal del proyecto (…)[[32]](#footnote-32)”.*

102. El 14 de mayo de 1998, el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. presentó una solicitud de reconocimiento económico, complementaria de la presentada el 19 de septiembre de 1997, por un valor de $10.021.039.775,oo de pesos[[33]](#footnote-33).

103. Ecopetrol designó una comisión para estudiar la reclamación económica y la reclamación complementarias presentadas por el contratista. Esta comisión profirió su respuesta el 15 de julio de 1998 y concluyó (se trascribe):

“*El valor de la reclamación hecha por el Consorcio, asciende a la suma de $10.021’039.775 (Inicial $5.121’266.707 y Complementaria $4.899’773.068) la cual representa el 84% del valor del contrato DIJ-940 (12.001’859.389). El valor del reconocimiento hecho por Ecopetrol asciende a la suma de $944’910.845 (Inicial $843’770.442 y Complementaria $101’140.403).*

*Debido a que con la liquidación del contrato, se dio un reconocimiento de $732’840.053, resulta un saldo a favor del Consorcio de DOSCIENTOS DOCE MILLONES SETENTA MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($212’070.792) (…)[[34]](#footnote-34)”.*

104. Con ocasión de la respuesta dada por el comité de estudio de las reclamaciones económicas presentadas por el contratista, el 9 de julio de 1998 Ecopetrol y el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. suscribieron un acta adicional de liquidación en la que indicaron:

“*1. JUSTIFICACIÓN*

*El CONSORCIO PTK solicitó a la Presidencia de Ecopetrol la revisión de los valores reconocidos por ECOPETROL, oficializados en las comunicaciones 2-30530-3487 de diciembre 12/97, 2-30530-3557 de enero 5/98 y la 2-30530-3781 de febrero 23/98, por tal motivo la Vicepresidencia de Refinación y Mercadeo nombró una comisión para tal fin (…)*

*2. VALORES ADICIONALES A RECONOCER POR RECLAMACIÓN*

*El día veinticuatro (24) de junio de 1998 mediante la carta 2-30530-4342 ECOPETROL comunicó al CONSORCIO PTK un mayor reconocimiento económico a la reclamación, en los siguientes términos: ‘Por esta razón y después de estudiar todos los argumentos del Consorcio, en sus dos reclamaciones, la suma a reconocer es de novecientos cuarenta y cuatro millones novecientos diez mil ochocientos cuarenta y cinco pesos ($944.910.845.oo). Debido a que con la liquidación del contrato, se dio un reconocimiento de setecientos treinta y dos millones ochocientos cuarenta mil cincuenta y tres pesos (732.840.053), resulta un saldo a favor de DOSCIENTOS DOCE MILLONES SETENTA MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($212.070.792.oo)…’*

*3. VALORES AUTORIZADOS PARA PAGO EN FECHA POSTERIOR A LA LIQUIDACIÓN FINAL*

*El día diecinueve (19) de mayo de 1998 ECOPETROL con la comunicación 2-30530-4214, autorizó a la FIDUCIARIA PETROLERA al pago de la suma de cuarenta y un millones ciento diecisiete mil cuatrocientos doce pesos ($41.117.412.oo), para pago de nómina del 16 de marzo al 16 de abril/98.*

*El día siete (7) de julio de 1998 con la comunicación 2-30530-4381 ECOPETROL autorizó el pago de ochenta y cinco millones cuatrocientos noventa y tres mil setecientos setenta y dos pesos Mcte. ($85.493.772.oo), pago el pago de obligaciones laborales hasta el mes de mayo de 1998.*

*4. LIQUIDACIÓN ADICIONAL DEL CONTRATO DIJ-940*

*Teniendo en cuenta los anteriores valores la Liquidación Final del Contrato DIJ-940, con la cual ECOPETROL se declara a Paz y Salvo con el Consorcio PTK, es la que aparece en el siguiente cuadro, en donde queda un saldo de TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($375.253.275.oo) a favor del CONSORCIO PTK”.*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| CONCEPTO | PARCIALES | VALOR |
| VALOR A PAGAR |
| Saldo liquidación final firmada el 11 de mayo de 1998 |   | $291.967.536,oo |
| Valor adicional reconocido por ECP por reclamación |   | $212.070.792,oo |
| IVA (16% sobre utlidad de reconocimiento adicional) |   | $1.590.245,oo |
| Total a facturar |   | $505.628.573,oo |
| IMPUESTO POR RECONOCIMIENTO ADICIONAL |
| Retefuente (1%) | $2.120.708,oo |   |
| Industria y comercio (0.4%) | $848.283,oo |   |
| Reteiva (8%) | $795.122,oo |   |
| TOTAL DEDUCCIONES | $3.764.114,oo |   |
| DESCUENTOS |
| Pagos autorizados por el Consorcio y cancelados por Ecopetrol (nómina del 16 de marzo al 26 de abril/98) | $41.117.412,oo |   |
| Pagos autorizados por el Consorcio y cancelados por Ecopetrol para pagos de parafiscales | $85.493.772,oo |   |
| TOTAL DESCUENTOS | $126.611.184,oo |   |
| TOTAL DESCUENTOS Y DEDUCCIONES | $130.375.298,oo |   |
| VALOR NETO A PAGAR | $375.253.275,oo |

*EL CONSORCIO solicita dejar la siguiente constancia: El contratista se reserva el derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente los perjuicios y/o sobrecostos y demás conceptos que se hayan originado durante el desarrollo y ejecución del contrato DIJ-940, hasta esta fecha[[35]](#footnote-35)”.*

105. El 18 de septiembre de 1998, Ecopetrol expidió la Resolución No. 3, mediante la cual liquidó unilateralmente el contrato DIJ-940. En la Resolución la entidad sostuvo (se trascribe):

“*CONSIDERANDO*

*(…)*

*NOVENO: Que con posterioridad a la firma del ACTA ADICIONAL DE LIQUIDACIÓN, a la cual se hace referencia en el párrafo precedente, el CONSORCIO PROTÉCNICA LIMITADA-CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V., según consta en las comunicaciones CI-CF-EF-1588-R-8 calendanda el 8 de julio de 1998 y CI-CF-EF-1591-R-8 con fecha 14 de julio de 1998, solicitó y autorizó a ECOPETROL cancelar, con cargo al saldo a su favor que resultaba de la liquidación del Contrato DIJ-940, deudas y cuentas pendientes de pago que el consorcio PROTÉCNICA LIMITADA-CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V. tenía a favor de trabajadores, proveedores y contratistas.*

*DÉCIMO: Que en desarrollo de la autorización que se menciona en el párrafo anterior, ECOPETROL, según consta en las comunicaciones 2-30530-4427 del 15 de julio de 1998 y 2-30530-4463 del 23 de julio de 1998, autorizó el pago de obligaciones laborales a cargo del CONSORCIO PROTÉCNICA LIMITADA-CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V. a proveedores y contratistas de éste, por un total de Trescientos setenta y tres millones doscientos cuarenta y dos mil ochocientos veinte pesos ($373.242.820) (…)*

*RESUELVE*

*PRIMERO: Liquidar en forma unilateral el contrato DIJ-940, de acuerdo con la liquidación final firmada el 11 de mayo de 1998 y la liquidación adicional del 9 de julio de 1998 realizadas por el liquidador del Contrato DIJ-940, ALVARO MURCIA VASCO, y aprobadas por el Gerente General de GCB, y que se resumen así:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| CONCEPTO | PARCIALES | VALOR |
| VALOR A PAGAR |
| Saldo liquidación final firmada el 11 de mayo de 1998 |   | $291.967.536,oo |
| Valor adicional reconocido por ECP por reclamación |   | $212.070.792,oo |
| IVA (16% sobre utlidad de reconocimiento adicional) |   | $1.590.245,oo |
| Total a facturar |   | $505.628.573,oo |
| IMPUESTO POR RECONOCIMIENTO ADICIONAL |
| Retefuente (1%) | $2.120.708,oo |   |
| Industria y comercio (0.4%) | $848.283,oo |   |
| Reteiva (8%) | $795.122,oo |   |
| TOTAL DEDUCCIONES | $3.764.114,oo |   |
| DESCUENTOS |
| Pagos autorizados por el Consorcio y cancelados por Ecopetrol (nómina del 16 de marzo al 26 de abril/98) | $41.117.412,oo |   |
| Pagos autorizados por el Consorcio y cancelados por Ecopetrol para pagos de parafiscales | $85.493.772,oo |   |
| TOTAL DESCUENTOS | $126.611.184,oo |   |
| TOTAL DESCUENTOS Y DEDUCCIONES | $130.375.298,oo |   |
| VALOR NETO A PAGAR | $375.253.275,oo |

*SEGUNDO: Descontar del saldo a favor del CONSORCIO PROTÉCNICA LIMITADA – CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V. que resulta de la liquidación del Contrato DIJ-940, esto es, la suma de trescientos setenta y cinco millones doscientos cincuenta y tres mil doscientos setenta y cinco pesos ($375.253.275), y de acuerdo con la expresa solicitud y autorización de éste, los pagos efectuados por ECOPETROL por valor de Trescientos setenta y tres millones doscientos cuarenta y dos mil ochocientos veinte pesos ($373.242.820), de los cuales dan cuenta los considerandos Sexto, Séptimo y Octavo de la presente Resolución.*

*TERCERO: Ordenar, como consecuencia del resolutivo anterior, el pago de la suma de dos millones diez mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos ($2’010.455) moneda corriente al CONSORCIO PROTÉCNICA LIMITADA – CONSTRUCTORA KEPLER S.A. DE C.V[[36]](#footnote-36)”.*

106. El consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. interpuso recurso de reposición en contra la Resolución No. 3 de 18 de septiembre de 1998[[37]](#footnote-37). Mediante Resolución No. 1 de 25 de enero de 1999, Ecopetrol confirmó la Resolución No. 3 de 1998[[38]](#footnote-38).

**2.4. El problema jurídico**

107. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte demandante, deberá la Sala establecer si el Tribunal erró (1) al entender que la ausencia de interventoría al inicio del contrato DIJ-490 era previsible y (2) al negar las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

**2.5. El caso concreto**

108. Sentado lo anterior, a partir de una lectura integral de la demanda presentada por el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V., se extrae que en la misma se elevaron pretensiones de indemnización de perjuicios por: 1) mayor permanencia en la obra con ocasión de la modificación del proyecto, supresión de la independencia y autonomía técnica del contratista y ausencia de interventoría al inicio del proyecto; 2) mayor permanencia en la obra por paros, demoras en la entrega de permisos, suspensión de labores por parte de Ecopetrol y un régimen atípico de lluvias; 3) Obras adicionales; 4) hurto de válvulas en las instalaciones de Ecopetrol; 5) definición equivocada del valor del contrato (por no separar al momento de evaluar la propuesta el valor en dólares de equipos y materiales de importación de los demás ítems) y; 6) pretensiones de nulidad de las resoluciones mediante las cuales Ecopetrol impuso una multa al contratista y liquidó unilateralmente el contrato DIJ-940.

109. Si bien en la Sentencia de 25 de mayo de 2011 se negaron la totalidad de las pretensiones de la demanda, se advierte que el recurso de apelación presentado por el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. no censuró la decisión adoptada por el Tribunal respecto de las pretensiones de 1) definición equivocada del valor del contrato, 2) hurto de válvulas en las instalaciones de Ecopetrol y 3) nulidad de las resoluciones mediante las cuales Ecopetrol impuso una multa al contratista y liquidó unilateralmente el contrato DIJ-940. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 328[[39]](#footnote-39) del Código General del Proceso (CGP), esta Sala se abstendrá de pronunciarse sobre las referidas pretensiones[[40]](#footnote-40).

110. Efectivamente, como lo indica el recurrente, el Tribunal erró al entender que la interventoría no estaría dispuesta para asumir sus obligaciones desde el inicio del contrato. En efecto, de la lectura de las cláusulas 4, 6, 16 y 32 del contrato DIJ-940, se extrae que la interventoría debía estar presente del inicio del contrato, especialmente para aprobar el programa detallado de trabajo (PDT) presentado por el contratista.

111. Ahora bien, el hecho de no contar con interventoría desde el inicio no afectó el desarrollo del contrato DIJ-940. Lo anterior pues, pese a no haberse contratado aún la interventoría, el contratista presentó su plan detallado de trabajo a Ecopetrol, para que fuera la misma entidad quien la aprobara. De esto da cuenta la comunicación de Ecopetrol 2-31100-006 de 3 de enero de 1995, en la cual indicó al consorcio: *“Según lo acordado, la próxima reunión será el día 17 de Enero de 1996 en las Instalaciones de la Superintendencia de Proyectos del CIB para revisar el programa elaborado”*. Así mismo, el testigo Carlos José Herrera Agudelo, designado por Ecopetrol como coordinador del proyecto, manifestó que:

“*La demora en contratación de la interventoría no atrasó ninguna actividad para la ejecución de este contrato ya que durante la ausencia de la interventora inicial en el campo fue suplida por el grupo de especialistas que tenía Ecopetrol darle apoyo al desarrollo de los trabajos del proyecto (…)”.*

112. Adicionalmente, al inicio del contrato y antes de presentar su primera reclamación económica, el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. no mostró su inconformidad con el hecho de no haberse contratado la interventoría y, por el contrario, en vez de presentar el plan detallado de trabajo (PDT) para aprobación de la interventoría, lo presentó ante Ecopetrol. Además, el 5 de febrero de 1996, suscribió el acta de iniciación de obra. No puede perderse de vista que, según lo estipulado en la cláusula 32 del contrato, la aprobación del plan detallado de trabajo era un requisito de ejecución del contrato, razón por la cual, el hecho de haber suscrito el acta de iniciación, implicaba que el contratista ya contaba con un plan detallado de trabajo (PDT) aprobado. Por otra parte, es claro que las observaciones de la interventoría a la ingeniería básica y de detalle deberían ser las mismas, al margen de si se había incorporado tardíamente al proyecto.

113. Resuelto lo anterior, corresponde a la Sala definir si el Tribunal erró al negar las pretensiones indemnizatorias de la demanda. De entrada, se advierte que la decisión del Tribunal fue acertada y que las pretensiones de la demanda debían fracasar, por las razones que a continuación se exponen:

114. En primer lugar, porque los perjuicios que con esta demanda persigue el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V., son exactamente los mismos que reclamó a Ecopetrol en sus solicitudes de reconocimiento económico de 19 de septiembre de 1997, y las discusiones en torno a estos ya fueron resueltas por las partes del contrato al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral de 11 de mayo de 1998 y el acta adicional de liquidación de 9 de julio de 1998. En cada una de estas liquidaciones bilaterales el contratista aceptó que se le reconocieran las siguientes sumas de dinero:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ACTA  | DESCRIPCIÓN | VALOR RECONOCIDO |
| Liquidación de 11 de mayo de 1998 | Valor reconocido por ECP en reclamaciones, incluye corrección | $732.840.053,oo |
| Liquidación adicional de 9 de julio de 1998 | Valor adicional reconocido por ECP por reclamación | $212.070.792.oo |
| TOTAL | $944.910.845,oo |

115. Es importante precisar que esta Corporación ha sostenido que, para que las pretensiones contractuales elevadas por alguna de las partes luego de la liquidación bilateral del contrato puedan ser acogidas, la parte interesada debe haber planteado en el acta de liquidación salvedades claras y suficientes para determinar las razones de inconformidad con la misma. Pese a que el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. incluyó en las dos actas la misma salvedad, esta carece del carácter claro, concreto y específico necesario para la prosperidad de sus pretensiones (se trascribe):

*EL CONSORCIO solicita dejar la siguiente constancia: El contratista se reserva el derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente los perjuicios y/o sobrecostos y demás conceptos que se hayan originado durante el desarrollo y ejecución del contrato DIJ-940, hasta esta fecha.*

116. En ese sentido, como las partes ya liquidaron bilateralmente el contrato e incluyeron en la liquidación los aspectos que fundamentan la presente demanda, las pretensiones no están llamadas a prosperar.

117. En segundo lugar, porque para la ejecución de obras adicionales al objeto inicialmente definido se requería la celebración de un contrato adicional. En efecto, en el volumen I de los pliegos de condiciones se estableció lo siguiente (se trascribe):

*“3.2.6. Obras adicionales*

*Son obras adicionales aquellas obras que no hayan sido previstas en los documentos de la licitación, pero que a juicio de ECOPETROL se hacen necesarias, útiles, o convenientes para la mejor ejecución del objeto del contrato o para complementar las obras contratadas.*

*Las obras adicionales solo podrán ejecutarse cuando se haya suscrito el respectivo contrato accesorio (…) Toda obra que no corresponda a la definición de adicional, se considera como mayor cantidad de obra y se pagará a los precios convenidos en el contrato para el respectivo ítem o actividad”.*

118. En ese sentido, en la instrucción de trabajo No. 2 –contenida en el Volumen II de los pliegos de condiciones- se previó el siguiente procedimiento a seguir para el desarrollo de obras adicionales (se trascribe):

“*9. Trabajos no previstos*

*Se deberá seguir el procedimiento indicado a continuación cuando se tengan que efectuar modificaciones al alcance del trabajo.*

*(…)*

*9.2. POR EL CONTRATISTA*

*El Contratista podrá solicitar a ECOPETROL, preparando una ‘solicitud tipo B’ y utilizando el formato respectivo.*

*9.3. PROPUESTA*

*Cada propuesta incluirá lo siguiente: una breve descripción del trabajo, el efecto del trabajo propuesto sobre el precio y el plazo del contrato, además deberá indicar el programa de pago, el período de tiempo dentro del cual tendrá validez, una explicación sobre el efecto del programa de los trabajos, indicación de las razones por las cuales se solicita el trabajo, los efectos de trabajo sobre las garantías pactadas.*

*9.4. IDENTIFICACIÓN Y CONTROL*

*ECOPETROL deberá numerar las solicitudes de trabajo secuencialmente y el Contratista deberá asignar el mismo número a su propuesta tipo A. El Contratista deberá así mismo numerar su propuesta tipo B secuencialmente.*

*El Contratista deberá tener un registro de todas las solicitudes de trabajo no previstas; este registro contendrá la siguiente información: Número de la solicitud de trabajo y fecha de emisión, Descripción del Trabajo, Fecha de presentación de la propuesta de trabajo a ECOPETROL, Fecha de aceptación o rechazo de la propuesta por parte de ECOPETROL, fecha de formalización o firma del contrato respectivo.*

*9.5. PRECIOS*

*Las propuestas deberán detallar los diferentes componentes del precio, a saber: las cantidades estimadas de trabajo, los precios unitarios y/o precio global fijo, el plazo y las garantías.*

*9.6. APROBACIÓN*

*ECOPETROL deberá contestar a la propuesta ‘tipo A’ dentro de los siete (7) días calendario siguientes a la fecha de su recibo y podrá aceptar, negociar o rechazar la propuesta. Si ECOPETROL la acepta, lo deberá notificar al Contratista para formalizarla mediante un contrato accesorio.*

*Cuando sea el Contratista quien proponga el cambio, ECOPETROL dentro de los siete (7) días calendario siguientes a la fecha del recibo emitirá sus comentarios, aceptando, negociando o rechazando la propuesta.*

*10. CONTRATOS ADICIONALES O ACCESORIOS*

*Si debido a circunstancias especiales ECOPETROL considera que el precio o el programa acordados necesitan ser modificados, se suscribirá entre las partes un contrato adicional o accesorio. Estos contratos tienen que ser firmados antes de ejecutarse el trabajo correspondiente (…)”.*

119. Esta situación debe resolverse en aplicación del principio según el cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa*[[41]](#footnote-41)*, pues el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. no puede pretender el reconocimiento de unas obras adicionales respecto de las cuales no hizo ninguna solicitud en el sentido de que se le reconociera su valor de acuerdo al procedimiento establecido por las partes para el efecto.

120. En lo que tiene que ver con los sobrecostos por mayor permanencia en la obra, no se explica cómo el consorcio pretende su reconocimiento, pues fue a solicitud suya que en 3 oportunidades se prorrogó el plazo del contrato y que, en 2 de ellas –las dos últimas-, el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. manifestó en su solicitud de adición del plazo, que asumiría los costos relacionados con la mayor duración. Basta para ello ver la solicitud de ampliación del plazo presentada el 16 de octubre de 1997, en la cual el consorcio señaló que asumiría todos los costos.

121. En la demanda y en el recurso de apelación interpuesto, el apoderado del consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. insinuó que las cláusulas en las cuales el consorcio asumió los costos generados por la ampliación del plazo fueron “imposiciones” de Ecopetrol. Sin embargo, no se observa que el consentimiento del contratista estuviera viciado y, de todas formas, esta Sala no podría entrar a pronunciarse sobre la validez de estas estipulaciones, en la medida en que esto no fue solicitado en las pretensiones de la demanda principal.

122. En ese orden de ideas, la sentencia de primera instancia será objeto de modificación y se declararán probadas las excepciones denominadas “*imposibilidad de volver contra los propios actos”* e “*imposibilidad de alegar la propia culpa como fuente de derecho”.*

123. Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que las salvedades realizadas por el consorcio son claras, concretas y específicas y que Ecopetrol realmente impuso las modificaciones del contrato, lo cierto es que la parte demandante tampoco habría cumplido con su carga de probar los perjuicios causados.

124. La actividad probatoria del consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. debía estar encaminada a demostrar: 1) cuáles fueron las obras que efectivamente se modificaron y cuáles fueron los costos en que incurrió por eso; 2) cuál fue el valor de esas obras y; 3) si el valor de esas obras no alcanzó a ser reconocido por Ecopetrol. Sin embargo, las pruebas practicadas en este sentido son deficientes pues:

1. Ni el dictamen elaborado por el ingeniero civil Jaime E. Rojas G. ni el estudio técnico realizado por la firma Otepi, demuestran cuáles fueron las obras adicionales que se realizaron.

2. El dictamen pericial del contador Juan José Rondón se limitó a constatar los costos en que incurrió el consorcio entre 1996 y 1998 y a esa suma le restó el valor del contrato.

3. Los dictámenes elaborados por el economista Héctor Manuel Castro Castro y el ingeniero industrial Martín Alonso Téllez Chaparro, simplemente actualizaron los valores reclamados por el consorcio a Ecopetrol y sobre estas sumas calcularon intereses de mora.

**La anulación de las renuncias del Contratista, pactadas en los contratos adicionales**

125. Finalmente, resta por realizar un pronunciamiento sobre los 3 contratos adicionales mediante los cuales se amplió el plazo del contrato DIJ-940, pues en cada uno de ellos se incluyó una estipulación mediante la cual el contratista renunció a presentar reclamaciones y además pretendió dársele efectos de transacción al respectivo contrato.

126. El inciso segundo del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 prevé de manera categórica que “*las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contrato, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”.*

127. El hecho de incluir en la adición del plazo de un contrato cláusulas o expresiones en las cuales el contratista renuncia a formular reclamaciones a la entidad contratante contraviene la prohibición establecida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, norma que debe interpretarse como una disposición dirigida a proteger a la parte que en desarrollo de un contrato puede encontrarse en situación de inferioridad que determine la aceptación, en contra de su voluntad, de este tipo de estipulaciones.

128. El numeral 3 del articulo 5 de la ley 80 de 1993 dispone en lo pertinente que *”las autoridades no podrán ‘condicionar’ la (…) adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.*” Atendida la finalidad de esta disposición, si en la adición o la modificación de un contrato se incluye la renuncia a derechos, así no se diga expresamente que ella se estipula como una condición para suscribirla, lo cierto es que ella tendrá tal efecto, puesto que la entidad contratante podrá negarse a cumplir sus compromisos si el contratista incumple los suyos. En estas condiciones, el solo pacto de la renuncia debe entenderse como una condición de la celebración del convenio modificatorio del contrato y considerarse como violatorio de la citada disposición legal.

129. Ahora, el artículo 44 de la misma ley prevé que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal y en este caso es evidente que el pacto de la renuncia tiene esta connotación.

130. En ese sentido, la Sala declarará de oficio la nulidad absoluta de la expresión “*y renuncia a formular reclamaciones a ECOPETROL por ocasión de la ampliación del plazo que en este documento se conviene, renuncia que tiene los alcances y efectos de la transacción conforme a lo previsto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil”* del contrato adicional No. 2-30530-2673[[42]](#footnote-42), lo que tiene como efecto reforzar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acertó al negar varias excepciones encaminadas a evitar el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda.

131. En los contratos adicionales No. 2-30530-2983 y 3-23030-3262 de 14 de agosto y de 20 de octubre de 1997, si bien no se incluyó una cláusula en la cual el contratista renunciara a formular reclamaciones a Ecopetrol, sí se incluyó una estipulación en virtud de la cual se indicó: “*las partes le otorgan al presente documento los alcances y efectos de transacción conforme a lo previsto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil”.*

132. La transacción es un mecanismo auto-compositivo de solución de controversias definido, según las voces del artículo 2469 del Código Civil como: “*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.* Sobre los efectos de este particular contrato, el artículo 2483 de la misma codificación establece que: “*la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión”.*

133. Esta Subsección ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contrato de transacción y ha sido enfática al señalar que el elemento distintivo de este contrato es la existencia de un litigio presente o futuro o, más bien, de un ánimo litigioso de las partes[[43]](#footnote-43). No en vano el artículo 2469 del Código Civil prevé que: “*no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.* Los otros dos elementos de la transacción son la extinción del litigio presente o futuro y la existencia de concesiones mutuas entre las partes.

134. Los efectos de la transacción son tales que, en proceso regidos por el CPC, la transacción es una de las excepciones previas cuya prosperidad acarrea la terminación del proceso, y en procesos sometidos al actual Código General del Proceso (CGP), es uno de los eventos en los cuales el juez está obligado a dictar sentencia anticipada para declarar su prosperidad y negar las pretensiones de la demanda, sin entrar a estudiar el fondo de la controversia que le fue planteada.

135. En ese orden de ideas, el juez debe ser particularmente acucioso al momento de estudiar las excepciones que le propongan según las cuales entre las partes de un litigio se celebró una transacción pues, dados los efectos prácticos de la transacción, esto es, terminar un proceso judicial, puede ocurrir que, con el fin de salvaguardar su responsabilidad, una las partes del litigio haya pretendido dar apariencia de transacción a algo que no lo es.

136. En el caso bajo estudio, luego de revisada la cláusula quinta de los contratos adicionales No. 2-30530-2983 y 3-23030-3262 de 14 de agosto y de 20 de octubre de 1997, así como las causas que llevaron a su inclusión en estos negocios jurídicos, la Sala encuentra que desde el 17 de enero de 1997 –cuando el consorcio presentó su primera solicitud de ampliación del plazo- ya existía un litigio entre las partes del contrato DIJ-940. También se advierte que el contratista solicitó las prórrogas por inconvenientes con sus subcontratistas que, reconoció, le eran atribuibles. Igualmente, se advierte que mediante las mencionadas estipulaciones las partes dieron por terminado el eventual litigio por los mayores costos generados por la prolongación del plazo.

137. Sin embargo, no se observa la existencia de concesiones recíprocas, en la medida en que la única parte que realizó una concesión en favor de la otra fue el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V., mientras que Ecopetrol no hizo concesión alguna. Por consiguiente, las estipulaciones contenidas en la cláusula quinta de los contratos adicionales No. 2-30530-2983 y 3-23030-3262 de 14 de agosto y de 20 de octubre de 1997 no tienen la eficacia jurídica de una transacción y el Tribunal acertó al estudiar de fondo el asunto las pretensiones relacionadas con la ampliación del plazo.

**2.6. Sobre la condena en costas**

138. La Sala se abstendrá de condenar en costas porque no se dan los supuestos del artículo 171 del CCA requeridos.

**3. DECISIÓN**

139. 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**

**MODIFICAR** la Sentencia apelada proferida el 25 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones denominadas “*imposibilidad de volver contra los propios actos”* e “*imposibilidad de alegar la propia culpa como fuente de derecho”* propuestas por Ecopetrol frente a la demanda principal.

**SEGUNDO: NEGAR** las demás excepciones propuestas por Ecopetrol frente a la demanda principal.

**TERCERO:** **NEGAR** las pretensiones de la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: DECLARAR** la nulidad de la expresión “*y renuncia a formular reclamaciones a ECOPETROL por ocasión de la ampliación del plazo que en este documento se conviene, renuncia que tiene los alcances y efectos de la transacción conforme a lo previsto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil”* del contrato adicional No. 2-30530-2673, por desconocer la prohibición expresa contenida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

**QUINTO: NEGAR** la excepción propuesta por el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. frente a la demanda de reconvención.

**SEXTO: NEGAR** las pretensiones de la demanda de reconvención, por por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO:** sin condena en costas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  **ALBERTO MONTAÑA PLATA**

1. Folios 3-143 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 447 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 468-503 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 1-9 del cuaderno de la demanda de reconvención. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 79-80 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 110-119 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 126-129 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 524 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 525-608 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 28-55 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 58-84 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 94 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 95-146 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 150 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 152 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. “Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos”. [↑](#footnote-ref-16)
17. 4 AZ. [↑](#footnote-ref-17)
18. AZ. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 8-17 del cuaderno 42. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 394-414 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 31 del cuaderno 42. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cuaderno 34. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 141 del cuaderno 42. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 47 del cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 48-49 del cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cuadernos 5 y 8. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 220 del cuaderno 42. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 50-52 del cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 228 del cuaderno 42. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cuaderno 36. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 60-64 del cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 333-348 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 136-226 del cuaderno 33. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cuaderno 41. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 349-351 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 352-356 del cuaderno 3 y 227-231 del cuaderno 33. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folios 247-258 del cuaderno 33. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 357-363 del cuaderno 3 y 237-243 del cuaderno 33. [↑](#footnote-ref-38)
39. Aplicable al presente caso por remisión expresa del artículo 168 del CCA. [↑](#footnote-ref-39)
40. Conviene aclarar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Auto de 25 de junio de 2014, radicación 49.299, unificó su jurisprudencia, en relación con la vigencia de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso, para los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para la jurisdicción arbitral.

La Sala Plena, en virtud del principio del efecto útil de las normas, indicó que el Código General del Proceso entró a regir a partir de 1 de enero de 2014, *“salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (…) las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (…)”.*

Lo anterior, ante la evidencia de que en esta Jurisdicción, desde la expedición de la Ley 1437 de 2011, se implementó un sistema principalmente oral, razón por la cual, dada la existencia de las condiciones físicas y logísticas requeridas para ello, resultaría carente de fundamento la inaplicación del Código General del Proceso. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Sentencia de 12 de agosto de 2014. Exp. 25.052. [↑](#footnote-ref-41)
42. Artículo 45 de la Ley 80 de 1993: La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 2 de marzo de 2017, exp. 35.818. [↑](#footnote-ref-43)