

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS – Entidades con régimen privado de contratación – Acto contractuales – No son actos administrativos

[...] esta Corporación en casos anteriores ha determinado que “los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo (sic), de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad”

[...] Para la Sala es claro que, actualmente, se cuenta con una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, pues, se trata de una decisión reiterada considerar que los actos de una entidad, en cuyo régimen contractual se aplican las reglas del derecho privado, no constituyen actos administrativos y, en ese sentido, no procede la revisión de legalidad por vía de nulidad, sino que, se trata de un análisis respecto de los incumplimientos de las obligaciones derivados de la aplicación del negocio jurídico.

CLÁUSULAS – Acuerdo de voluntades – Aplicación de multas – Terminación anticipada – Terminación unilateral – Liquidación unilateral – Análisis del juez cumplimiento del pacto negocial

Advierte la Sala que esta Corporación en otro caso con similar debate ahora suscitado, determinó que adelantar un análisis sobre la decisión contractual consistente en la aplicación de un descuento o multa por incumplimiento, terminación y liquidación “implicaría que se deba cuestionar la legalidad del acto administrativo por la falta de competencia para su expedición, pero ello no ocurre cuando la administración, en un acto despojado de la presunción de legalidad y del carácter ejecutivo y ejecutorio, se limita a hacer efectivo el pacto contractual.”, análisis que implicaría un desconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes.

En esa perspectiva, si las partes pactaron hacer efectivas multas por incumplimiento, terminar en forma anticipada y unilateral, y liquidar en forma unilateral el contrato, lo que le corresponde al juez es observar el cumplimiento de los precisos términos del pacto negocial para efectos de su control y verificar que la parte habilitada contractualmente para ejercer tales facultades unilaterales lo haga en cumplimiento de los requisitos previstos en el texto del negocio jurídico y sin hacer un uso abusivo de su derecho (...)

MAYOR PERMANENCIA DE OBRA – Hechos no imputables al contratista aumenta estimación de costos – Mayor tiempo - No constituye por sí misma causal de indemnización - Reajuste de precios – Perjuicios acreditados por el mayor tiempo – Personal y equipos

(...) esta Corporación en otra decisión determinó que la mayor permanencia de la obra se presenta cuando por hechos no imputables al contratista su estimación de costos iniciales se aumenta por cuenta del mayor tiempo, situaciones que le compete demostrar al actor pues el solo hecho del aumento en el plazo no constituye por sí misma una causal de indemnización.

b) En esa misma línea de análisis, cuando se presente una mayor permanencia en la obra “procede, en principio, el reajuste de precios, con el objeto de reparar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo, en consideración a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda (...)”, así como también los perjuicios acreditados por el mayor tiempo de personal, maquinaria y equipos.

c) Esta jurisdicción, adicionalmente, ha señalado que en relación con la acreditación de los perjuicios reclamados por motivo de una supuesta mayor permanencia en la obra ello constituye una carga del demandante (...)

(...)

e) De los documentos aportados al proceso, con los que se acreditan los costos adicionales, mano de obra y suministro de material en los que incurrió la contratista en la ejecución del contrato no. 4018162 de 2008 no se tiene claridad de cuáles tuvieron ocasión directa con la necesidad de requerir mayor plazo para culminar con el objeto contratado, pues, de la relación documental aportada, consistente las condiciones general y específicas del proceso de selección, contrato, resoluciones de multa, terminación, liquidación del contrato, extractos de las bitácoras y algunas comunicaciones de la propia unión temporal contratista, no es posible extraer que tales eventos se dieron como consecuencia de la imposibilidad de adelantar la ejecución contractual con el personal, equipos y maquinaria dispuesta desde el inicio del contrato, lo cual le generó los sobrecostos que ahora reclama.

Advierte la Sala que la parte actora no aportó al expediente los informes de interventoría, actas de pago y recibo de obra parciales y finales, así como tampoco las actas de las reuniones sostenidas con la interventoría durante la ejecución del contrato, elementos probatorios indispensables para establecer una línea de tiempo ajustada a la realidad del contrato.

En tales circunstancias, para la Sala es evidente que la parte actora no demostró que las actividades que dice haber adelantado por encima de las inicialmente contratadas o que permanecieran en ejecución mayor tiempo no hubieran sido reconocidas por la entidad contratante ni que tampoco hubieran surgido con ocasión de un evento ajeno ajena a la voluntad de las partes, razón por la cual el recurso de apelación no está llamado a prosperar.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – No aplicación en contratos regidos por el derecho privado – Aplicación de la teoría de la imprevisión – Código de Comercio artículo 868 – Actividades ya ocurridas

2) Sobre ese punto de la controversia pone de presente la Sala que, como la entidad contratante es una sociedad de economía mixta, regida por sus propios estatutos y vinculada al Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 “[t]odos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”.

3) En esa perspectiva, la norma aplicable para el caso de un eventual desequilibrio económico del contrato es la prevista en el Código de Comercio.

[...]

En tales condiciones, para la Sala es claro que no procede el reconocimiento del desequilibrio económico solicitado por la parte actora, pues, según lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio antes citado, los supuestos de hecho sobre los cuales se fundamenta la petición son la ejecución de actividades ya ocurridas, sin que en modo alguno estas se refieran a obligaciones de futuro cumplimiento.

4) Por lo tanto, en las condiciones en las que la parte actora enmarca su pedimento no es posible arribar a un pronunciamiento positivo al respecto, motivo por el cual este preciso punto de la controversia debe resolverse desfavorablemente y, por ende, se impone confirmar la decisión objeto de apelación mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda, por cuanto, los presuntos incumplimientos en los que incurrió Ecopetrol no fueron acreditados en el expediente.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinticinco (2025).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 68001-23-31-000-2010-00262-02 (72.166)
Demandante: MANOLO ARTEAGA ORTEGA Y FANNY PATRICIA ZAMBRANO ORTEGA, INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MANOLO ARTEAGA – PATRICIA ZAMBRANO
Demandado: ECOPETROL SA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – CCA INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO – DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – CONTRATO REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA

Síntesis del caso: la demanda se circunscribe en la discusión acerca de la legalidad de las decisiones de imposición de multa, terminación anticipada y unilateral y, liquidación unilateral del contrato no. 4018162 de 2008 suscrito con Ecopetrol, así como también, respecto del incumplimiento de la entidad demandada y el desequilibrio económico de dicho negocio jurídico; el tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda. Inconforme con la decisión la parte actora se opuso a la sentencia por cuanto, en su criterio, no se tuvo un adecuado análisis de los elementos probatorios que conforman el expediente.

Temas: contrato regido por el derecho privado – autonomía de la voluntad – actos contractuales – incumplimiento del contrato – desequilibrio económico del contrato.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 14 de marzo de 2024 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que denegó las súplicas de la demanda (documento no. 8 – expediente digital), en los siguientes términos:

“Primero. DENIÉGUENSE las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Sin condena en costas.

Tercero. Una vez en firme esta providencia, ARCHIVAR las diligencias previas las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI” (fls. 40 y 41 *ibidem* – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 22 de abril de 2010 en el Tribunal Administrativo de Santander, los señores Manolo Arteaga Ortega y Fanny Patricia Zambrano Ortega integrantes de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano actuando por intermedio de apoderada judicial interpusieron demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales¹ (fls. 1 a 158 documento no. 2 del cuaderno no. 2 – expediente digital) con las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare que **ECOPETROL SA** incumplió el Contrato No 4018162 de 2008.

SEGUNDO: Que se anulen los siguientes actos administrativos: 1) La Resolución No 01 de 9 de septiembre de 2008 mediante la cual se impuso una multa a la Unión Temporal Manolo Arteaga-Patricia Zambrano, 2) La Resolución No 2 de 2008 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto, 3) El acto de terminación unilateral del Contrato No 4018162, de 15 de diciembre de 2008, 4) El acto de liquidación unilateral del Contrato No 4018162 e imposición de cláusula penal, de 25 de junio de 2009.

TERCERO: Consecuencialmente, que se ordene la devolución de los dineros retenidos con fundamento en los actos administrativos, más sus intereses.

CUARTO: Que se condene a **ECOPETROL SA** a pagar a la **U.T. MANOLO ARTEAGA-PATRICIA ZAMBRANO** las sumas a que haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato 4018162 de 4 de junio de 2008, incluido:

- El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los gastos y mayores costos de todo orden en que incurrió la Unión Temporal,
- El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de ellos gastos reembolsables y su porcentaje de administración,
- La utilidad a la que tiene derecho la Unión Temporal,
- El costo de oportunidad,

¹ Por auto de 4 de junio de 2010 la demanda fue inadmitida (fls. 1 a 3 documento no. 3 cdno. no. 2 – expediente digital), por cuanto no se había aportado el documento original del poder conferido por la totalidad de los integrantes de la Unión Temporal Manolo Arteaga-Patricia Zambrano; luego de que la parte demandante procediera con la correspondiente subsanación, la demanda fue admitida y se negó la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados el 19 de noviembre de 2010 (fls. 16 a 21 *ibidem*). Por auto del 20 de febrero de 2014, esta Corporación resolvió el recurso de reposición en contra del auto que admitió la demanda, en el sentido de confirmar la admisión de la demanda y suspender provisionalmente los actos demandados por cuanto Ecopetrol no tenía competencia para ejercer facultades excepcionales (fls. 61 a 90 documento no. 3 cdno. no 2 – expediente digital).

- Los mayores costos financieros y judiciales,
- La indemnización actualizada por los perjuicios ocasionados que se logren acreditar en el presente proceso.

QUINTO: Que se condene a la (sic) **ECOPETROL SA** a pagar a la **U.T. MANOLO ARTEAGA-PATRICIA ZAMBRANO**, intereses de mora a la más alta tasa aplicable legalmente, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de la sentencia.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CUARTA: Que se condene a la (sic) **ECOPETROL SA** a pagar a la **U.T. MANOLO ARTEAGA-PATRICIA ZAMBRANO**, intereses moratorios, remuneratorios o actualización, según el caso, a la tasa que el Tribunal establezca, sobre las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de la sentencia, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: (sic) Que se condene a la (sic) **ECOPETROL SA** a pagar a la **U.T. MANOLO ARTEAGA-PATRICIA ZAMBRANO**, intereses moratorios sobre todas las sumas a las que resulte condenado, a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de presentación de la demanda.

QUINTO: Que en caso de mora en el pago de la suma a la cual resulte condenada **ECOPETROL SA** se le ordene pagar a la **U.T. MANOLO ARTEAGA-PATRICIA ZAMBRANO**, intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

SEXTO: Que se condene a **ECOPETROL SA** a pagar a la **U.T. MANOLO ARTEAGA-PATRICIA ZAMBRANO**, las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho." (fls. 91 a 93 documento no. 2 cdno. no. 2 - expediente digital - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) El 4 de junio de 2008, Ecopetrol y la unión temporal Manolo Arteaga-Patricia Zambrano suscribieron el contrato no. 4018162 con el objeto de realizar las obras para la instalación de recubrimiento con concreto en las unidades de la gerencia y refinería de Barrancabermeja (Santander), en un plazo de 200 días y por un valor de \$2.466'093.275.

2) Desde el inicio de la ejecución del contrato, la unión temporal contratista se percató de varias inconsistencias en la planeación por parte de Ecopetrol en relación con la (i) imposibilidad de inicio de labores por temporadas de lluvia, (ii) falta de información veraz previa a la ejecución del contrato, (iii) falta de certificadores de andamios, (iv) falta de capacitación a los trabajadores, (v) falta de transporte al interior de la refinería y, (vi) tardía concesión de permisos de trabajo.

3) Ecopetrol además incluyó en los pliegos la obligación de suministrar a la unión temporal parte de los materiales necesarios para ejecutar la obra, tales como el “*pyrocrete, esquineros, malla, carboguard y rustbond penetrating*” (fl. 9 documento no. 3 cdno no. 2 – expediente digital), pero, con la suscripción del contrato las partes avalaron que la referida obligación de suministro estaba a cargo del contratista y su reconocimiento económico se hacía a través de la figura de gastos reembolsables.

4) Algunos de los materiales que Ecopetrol entregó a la unión temporal durante la ejecución del contrato resultaron de mala calidad, aspecto que fue reconocido por la entidad en la anotación en la bitácora del 25 de septiembre de 2008.

5) Durante la ejecución del contrato, Ecopetrol responsabilizó a la unión temporal por los retrasos en la ejecución de la obra, a pesar de que se trataba de hechos imprevisibles que escapan de su control. Las horas de improductividad por causas no imputables a la unión se estimaron en un total de 923,73 (fl. 87 *ibidem*).

6) A pesar de que el contrato se rige por las normas del Código de Comercio y Código Civil, Ecopetrol ejerció frente a la unión temporal cláusulas exorbitantes o excepcionales de imposición de multas, liquidación y terminación unilateral, como se detalla a continuación:

a) A través de las Resoluciones números 01 y 02 de 2008 impuso y confirmó multas en contra de la unión temporal contratista.

b) El 15 de diciembre de 2008 Ecopetrol emitió un acta de terminación anticipada y unilateral del contrato no. 4018162, documento en el que además hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. A la fecha de terminación del referido negocio jurídico la

unión temporal había ejecutado un 23,72% del total de la obra contratada y había incurrido en costos que no se tuvieron en cuenta.

c) El 25 de junio de 2009, Ecopetrol liquidó unilateralmente el contrato no. 4018162 de 2008.

10) Los gastos por cuenta de las mayores actividades y mano de obra en que incurrió la unión temporal durante la ejecución del contrato ascienden al valor de \$988.210.148.

3. Fundamento de demanda

En los términos de la parte actora, las Resoluciones números 1 y 2 de 2008 mediante las cuales se impuso y confirmó la imposición de una multa a la unión temporal Manolo Arteaga-Patricia Zambrano, el acta de 15 de diciembre de 2008 de terminación unilateral del contrato no. 4018162 y el acta de liquidación unilateral del mismo negocio jurídico de 25 de junio de 2009 son nulas por desconocer las normas en que debían fundarse, violar el derecho del debido proceso y el principio de proporcionalidad.

4. Posición de la parte demandada

Mediante escrito radicado el 2 de junio de 2015 presentó contestación de la demanda (fls. 195 a 211 documento no. 3 cdno. no. 2 – expediente digital) con oposición a las pretensiones, solicitó que estas fueran negadas y propuso excepciones con fundamento en los siguientes argumentos:

1) No se ajusta a la realidad afirmar, como lo hace la parte demandante, que los planos suministrados estuvieran errados, puesto que fueron realizados sobre las plantas a intervenir; es decir, no eran detallados, solo arrojaban la información básica para el inicio de la ejecución y nunca se exigió a la unión temporal ejecutar obra en áreas ajenas al proyecto.

2) Las mayores cantidades de obra ejecutadas por la contratista fueron pagadas de acuerdo con el sistema de precios unitarios de que trata el anexo no. 1 del contrato,

por lo cual no se le generó perjuicio alguno.

3) El *ítem* de andamios, era una obligación que estimó la unión temporal a precio global, resultado al que llegó luego de la visita realizada al área de ejecución; en ese sentido, el error en la estimación es de su resorte y no tiene incidencia en contra de Ecopetrol.

4) Los medidores *pulsar* fueron autorizados en la última semana de julio de 2008, según lo acredita la anotación no. 9 de la bitácora 1300/1600, razón por la cual, la tardanza en la adquisición de dichos elementos fue generada por una mala e inadecuada administración de la contratista.

5) El número de personal en obra era una decisión del contratista, de acuerdo con su experiencia; luego, Ecopetrol no tiene injerencia en la necesidad de mayor personal, pues, ese número debió preverlo la unión temporal contratista al momento de la estimación del valor por la ejecución del contrato.

6) No hubo necesidad de capacitar al personal en obra en la medida en que la unión temporal contrató al mismo personal que ya venía ejecutando las labores en el sitio, por lo cual, no existió incumplimiento por parte de Ecopetrol ni retraso en el cronograma.

7) Los gastos de reembolso no fueron pagados a la unión temporal por cuenta de su incumplimiento en el procedimiento acordado y su negativa en allanarse al mismo.

8) Los retrasos en obra se debieron a protestas del personal contratado por la unión temporal contratista, de lo que dan cuenta las comunicaciones 52078 y 52080 de 10 de diciembre de 2008 y, 37845 de 22 de mayo de 2009.

9) Las multas y demás prerrogativas que adelantó Ecopetrol se refieren a facultades que las partes consideraron en el texto del contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

10) Formuló las excepciones que denominó (i) responsabilidad del contratista por

su ofrecimiento económico; (ii) incumplimiento del contratista; (iii) posibilidad de pactar en los contratos de Ecopetrol sometidos a las reglas del derecho privado cláusulas de multa y terminaciones unilaterales; (iv) habilitación legal expresa en el estatuto general de la contratación pública, e (v) irretractabilidad de las cláusulas de multas, todas las cuales constituyen oposición a los argumentos del fondo de la controversia y no tienen que ver con presupuestos procesales que impidan la continuación del proceso.

5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Santander, en providencia de 14 de marzo de 2024 (fls. 1 a 41 cuaderno no. 7 índice 2 SAMAI) denegó las súplicas de la demanda, con base en el siguiente razonamiento:

1) El régimen jurídico preferentemente aplicable a los contratos celebrados por Ecopetrol es el régimen común, regla que se predica del contrato objeto de la litis, sin perjuicio de la obligación de observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

2) En los contratos sujetos a las normas de derecho privado, las partes regulan libremente sus intereses y se encuentran en posibilidad de convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento o las consecuencias que se derivan de este, así como también, prever la adopción de mecanismos o facultades a través de las cuales se puedan corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o sancionarlo.

3) Los actos emitidos por el contratante en ejercicio de facultades previamente convenidas por las partes en un contrato estatal sometido a normas del derecho privado son actos contractuales mas no administrativos, debido a que no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común y, por el contrario, devienen del ejercicio de las facultades otorgadas por las partes de la relación comercial y solo pueden ser impugnados demandando el incumplimiento del contrato.

4) En consecuencia, el estudio de legalidad de los actos cuya nulidad propone la parte actora solo puede realizarse mediante el estudio del incumplimiento contractual y el equilibrio económico del contrato que se demanda, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio.

5) De acuerdo con el análisis de las pruebas que conforman el expediente, se tiene claridad de que la unión temporal pudo conocer los documentos que integraban la información general sobre el proyecto, puesto que fueron puestos en su conocimiento como insumo para la elaboración de su propuesta económica.

6) La parte actora no demostró la existencia de las situaciones narradas, así como tampoco la existencia de un daño que superara el punto de no pérdida o, que haya sufrido por su causa una afectación económica de importancia, extraordinaria o anormal, un déficit que le haya dificultado o causado trastornos en la ejecución del contrato.

6. El recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (documento no. 8, índice 2 SAMAI) el cual fue concedido por el *a quo* por auto del 30 de octubre de 2024 (documento no. 4, índice 2 SAMAI), impugnación que fue sustentada en los siguientes términos:

1) El tribunal de primera instancia omitió pronunciarse sobre los testimonios rendidos por los ingenieros residentes Antonio de Padua Meisel Juliao y Javier Santa Cruz Gámez en virtud de los cuales se acreditó la mala calidad de los materiales suministrados por Ecopetrol, situación que fue reconocida por la interventoría en la bitácora de 25 de septiembre de 2008.

2) Tampoco tuvo en cuenta la acreditación de los incumplimientos por (i) falta de certificadores de andamios; (ii) falta de capacitación a los trabajadores del anterior contratista; (iii) falta de transporte en el interior de la refinería; (iv) tardía concesión de permisos de trabajo; (v) procedencia de la teoría de la imprevisión por el cese de actividades de la USO y las temporadas de lluvias; (vi) falta de información veraz

previa a la ejecución del contrato; (vii) insuficiencia de las fórmulas de ajuste de precios y, (x) falta de reconocimiento de los sobrecostos y excesiva onerosidad.

3) De otra parte, se opone al análisis realizado sobre las cláusulas de imposición de multas, terminación anticipada y unilateral y, liquidación unilateral del contrato, puesto que, en su criterio, constituyen decisiones que escapan de la competencia atribuida a las entidades públicas como Ecopetrol SA.

7. Actuación surtida en segunda instancia

1) Por auto de 12 de febrero de 2025 (índice 4 SAMAI) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 7 de mayo de 2025 (índice 13 SAMAI) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días y, vencido este, por el mismo lapso correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

2) En dicho término las partes presentaron sendos escritos con sus alegatos de conclusión (índice 17 y 18 SAMAI); el Ministerio Público guardó silencio (índice 21 SAMAI).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones y, 4) condena en costas y agencias en derecho.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La controversia planteada consiste en la discusión sobre la legalidad de las decisiones mediante las cuales se impusieron multas por incumplimiento a la unión temporal contratista, se terminó en forma anticipada y unilateral el contrato y, se procedió con la liquidación unilateral del mismo negocio jurídico, así como también en el incumplimiento de Ecopetrol durante la ejecución del contrato no. 4018162 de

2008 que generó un desequilibrio económico susceptible de indemnización en favor de la unión temporal contratista, por cuenta de las obligaciones relacionadas con los siguientes aspectos puntuales (i) la falta de certificadores de andamios, (ii) la falta de capacitación a los trabajadores del anterior contratista, (iii) la falta de transporte al interior de la refinería, (iv) la tardía concesión de permisos de trabajo; (v) la procedencia de la teoría de la imprevisión por el cese de actividades de la USO y las temporadas de lluvias, (vi) la falta de información veraz previa a la ejecución del contrato, (vii) la insuficiencia de las fórmulas de ajuste de precios y, (x) la falta de reconocimiento de los sobrecostos y excesiva onerosidad.

El Tribunal Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda por cuanto, de una parte, determinó que las decisiones unilaterales de imposición de multas, terminación y liquidación del contrato no constituían actos administrativos sino actos contractuales que debían ser analizados a la luz de los incumplimientos a las obligaciones asumidas en ejercicio de la autonomía de la voluntad y, de otra parte, no se encontraron probados los incumplimientos endilgados a Ecopetrol, así como tampoco la existencia y configuración de eventos que afectaran la normal ejecución del contrato y que pudieran concretarse en daños y perjuicios susceptibles de indemnización a favor de la unión temporal contratista.

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la decisión por estimar que omitió pronunciarse sobre los medios probatorios que conforman el expediente, elementos con los que se acreditan los incumplimientos de Ecopetrol, el desequilibrio económico en contra de la unión temporal contratista, y la nulidad de las decisiones mediante las cuales se impuso multa, se terminó en forma unilateral y anticipada el contrato y, se liquidó unilateralmente el mismo negocio jurídico.

La sentencia apelada será confirmada, por las razones que se exponen a continuación².

² La demanda de la referencia fue presentada en el término que se tenía para ello, toda vez que el contrato fue liquidado en forma unilateral el 25 de junio de 2009 (fls. 362 a 379 cdno. no. 2 – expediente digital) y la demanda fue presentada el 22 de abril de 2010 (fls. 1 a 158 documento no. 2 del cuaderno no. 2 – expediente digital), en cumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA.

2. Análisis de la impugnación

Analizadas las pruebas que obran en el proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para la adopción de la decisión de la controversia objeto de juzgamiento:

1) El 4 de junio de 2008, Ecopetrol suscribió con la unión temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, integrada por los señores Manolo Arteaga Ortega y Fanny Patricia Zambrano Ortega, el contrato no. 4018162 con el objeto de llevar a cabo las “*OBRAS PARA LA INSTALACIÓN DE RECUBRIMIENTO CON CONCRETO DE FIREPROOFING EN LAS UNIDADES DE PROCESO DE LA GERENCIA REFINERÍA DE BARRANCABERMEJA UBICADA EN BARRANCABERMEJA - SANTANDER*” (fl. 28 cdno. no. 2 – expediente digital – mayúsculas sostenidas del original), en un plazo de 200 días y por un valor de \$2.219´483.951.

2) En la cláusula 5 del negocio jurídico en comento, la unión temporal contratista se obligó expresamente a “*ejecutar íntegramente el objeto del **Contrato**, por lo cual tendrá las siguientes obligaciones, además de las que se desprendan de otras cláusulas de esta Minuta, o de los **DPS**³*” (fl. 33 *ibidem*).

3) En el numeral 1.12 del capítulo primero del documento denominado condiciones generales del contrato, se determinó que el contrato estaba sometido “*al Manual de Contratación de Ecopetrol y, en especial, se reg[ía] por las disposiciones pertinentes del Código de Comercio y Código Civil en lo que estas fueren aplicables*” (fl. 61 cdno. no. 2 – expediente digital).

4) En la cláusula 10 del referido negocio jurídico, las partes convinieron expresamente que las “*multas que imponga **ECOPETROL** al **CONTRATISTA** serán por la suma equivalente al 1% del valor estimado del contrato, por cada situación o hecho constitutivo de incumplimiento, o por cada día en que el mismo se prolongue,*

³ DPS hace referencia a los Documentos del Proceso de Selección los cuales de acuerdo con lo determinado en el numeral 1.2 del capítulo primero de las condiciones generales del contrato, son: los documentos de trámite de precalificación, el acto que autoriza a dar inicio al PS (proceso de selección), CGC (condiciones generales del contrato), CEC (condiciones específicas del contrato, minuta del contrato, anexos, acta de audiencia de precisión de los DPS, acta de visita, aclaraciones de Ecopetrol a las observaciones, adendos, informe de evaluación, decisión de celebración del contrato o declaración de fallido del DPS (fl. 57 cdno. no. 2 – expediente digital).

y su valor se descontará de la factura correspondiente al mes siguiente en que la misma se impuso” (fl. 65 *ibidem*).

5) En el documento contentivo de las condiciones generales del contrato, el cual hace parte integral del contrato 4018162 de 2008, se estipularon las siguientes cláusulas de especial interés para el asunto de la referencia:

“CLÁUSULA 23 – TERMINACIÓN DEL CONTRATO

*El **Contrato** terminará de manera ordinaria por el vencimiento del término de su vigencia, con la liquidación definitiva de las obligaciones recíprocas una vez expirado el plazo de ejecución del mismo, y de manera extraordinaria en cualquiera de los siguientes eventos:*

- 1. Por mutuo acuerdo entre las partes y la liquidación definitiva, y*
- 2. Por declarar **ECOPETROL** la terminación anticipada del **Contrato**. En estos casos el **Contrato** terminará con la liquidación definitiva del mismo.*

CLÁUSULA 24 – TERMINACIÓN ANTICIPADA

***ECOPETROL** podrá declarar la terminación anticipada del **Contrato** en los siguientes eventos:*

(...).

- 3. Cuando del incumplimiento de obligaciones del **CONTRATISTA** se deriven consecuencias que hagan imposible o dificulten gravemente la ejecución del **Contrato***

(...).

*El **CONTRATISTA** tendrá derecho, previas las deducciones a que hubiere lugar de conformidad con el **contrato**, a que se le pague la parte de los trabajos, bienes o servicios, recibidos a satisfacción por parte de **ECOPETROL** hasta la fecha de terminación anticipada, así como los costos directos en que haya incurrido hasta esa fecha.*

(...).

CLÁUSULA 32 – LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

*Concluida la ejecución del **Contrato** o el plazo de ejecución del mismo, el interventor y el **CONTRATISTA** suscribirán el acta de terminación de la ejecución.*

*Las partes realizarán la liquidación de mutuo acuerdo del **Contrato** en el plazo señalado en este Clausulado General, salvo que en la Minuta se establezca un plazo diferente.*

*La terminación del plazo de ejecución y la liquidación de mutuo acuerdo del **Contrato**, podrán constar en un único documento.*

*En caso de que el **CONTRATISTA** no concurra a la liquidación, o no haya acuerdo sobre el contenido de la misma dentro del término antes citado, aquel faculta expresamente a **ECOPETROL** para que proceda a realizar la liquidación unilateral en el término de dos (2) meses” (fls. 105 y 108 cdno. no. 2 – expediente digital, mayúsculas, negrillas y subrayado del original).*

6) Durante la ejecución del contrato, el interventor reportó unos retrasos en el cronograma de obra, situación que motivó que el contratista propusiera un plan de choque; no obstante, la unión temporal no cumplió la carga de obra prometida por lo cual el 9 de septiembre de 2008 Ecopetrol, a través de la Resolución no. 1, impuso multa equivalente al 1% del valor del contrato hasta tanto el contratista se allanara al cumplimiento de las obligaciones, decisión que confirmó el 21 de noviembre de 2008 con la Resolución no. 2 (fls. 245 a 323 cdno. no. 2 – expediente digital).

7) El 13 de diciembre de 2008, Ecopetrol emitió el acta de terminación anticipada y unilateral del contrato no. 4018162 de 2008, por cuanto, para ese entonces, la unión temporal contratista ya había acumulado un retraso del 45,95% del cronograma de obra, sin que en modo alguno hubiera presentado argumentos que modificaran tales determinaciones (fls. 325 a 339 *ibidem*).

8) El 23 de junio de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto en el acta de terminación referida, Ecopetrol liquidó unilateralmente el contrato no. 4018162 de 2008, balance general que arrojó un valor en favor de Ecopetrol de \$117'502.228, luego de reconocer a la unión temporal contratista el valor por reajuste de salarios, gastos reembolsables, administración por gastos reembolsables y descontar lo correspondiente a la multa y penalización por la terminación anticipada del negocio jurídico (fls. 362 a 379 cdno. no. 2 – expediente digital).

En ese contexto, según lo acreditado en el expediente, procede la Sala a resolver el problema jurídico consistente en determinar si con ocasión de la ejecución del contrato no. 4018162 de 2008 Ecopetrol incurrió en incumplimiento contractual por el hecho de haber emitido, en forma unilateral, las decisiones consistentes en imposición de multa, terminación anticipada y liquidación del negocio jurídico, así como también por (i) la falta de reconocimiento de las mayores actividades y mano de obra por cuenta de la falta certificadores de andamios, falta de capacitación a los trabajadores del anterior contratista, falta de transporte al interior de la refinería y tardía concesión de permisos de trabajo; (ii) la tardanza en los cronogramas de

entrega por cuenta de hechos ajenos a la voluntad del contratista y, (iii) la falta de información veraz previa a la ejecución del contrato, situaciones todas estas que permiten la configuración del desequilibrio económico en contra de la unión temporal contratista.

2.1 El caso concreto

Para dar respuesta al problema jurídico planteado se procederá inicialmente con el análisis sobre la naturaleza de los actos emitidos por Ecopetrol mediante los cuales de impuso multa, terminó anticipadamente y liquidó el contrato, para luego proceder con la determinación del incumplimiento de Ecopetrol, y finalmente, analizar la configuración del desequilibrio económico solicitado con la demanda.

2.1.1 Naturaleza de los actos emitidos por Ecopetrol durante la ejecución del contrato no. 4018162 de 2008

1) En la misma línea con lo determinado por el tribunal de primera instancia, esta Corporación en casos anteriores ha determinado que *“los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad”*⁴.

2) En un caso similar al de la referencia, en el que se pretendió la nulidad de la decisión contentiva de la imposición de multa al contratista luego de evidenciar el incumplimiento de las obligaciones previamente asumidas, esta Corporación sostuvo que:

“[E]n épocas recientes la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado (en lo que comienza a identificarse como una tendencia mayoritaria) a favor de la posibilidad de que “las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de febrero de 2017, expediente no. 56562, MP Jaime Orlando Santofimio.

incurrir una de ellas”⁵. Esta misma Sección ha concluido que las cláusulas, como la de terminación unilateral por incumplimiento, “son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado

39. Lo anterior, bajo el convencimiento de la importancia capital de atender y respetar la autonomía dispositiva, propia de los contratos regidos por el derecho privado:

“El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual.

De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos.

(...).

(...) debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos como los expedidos por [una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios], en los que se terminó el contrato, no son, en realidad, actos administrativos, en otras palabras, no son actuaciones que concreten una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder.”⁶ (negrillas adicionales).

3) Para la Sala es claro que, actualmente, se cuenta con una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, pues, se trata de una decisión reiterada considerar que los actos de una entidad, en cuyo régimen contractual se aplican las reglas del derecho privado, no constituyen actos administrativos y, en ese sentido, no procede la revisión de legalidad por vía de

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente no. 41783, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de junio de 2019, expediente no. 39800, MP Alberto Montaña Plata.

nulidad, sino que, se trata de un análisis respecto de los incumplimientos de las obligaciones derivados de la aplicación del negocio jurídico⁷.

4) En esa línea de análisis, los actos cuya legalidad se cuestiona a través de la demanda de la referencia no pueden catalogarse como actos administrativos, toda vez que:

a) En el antecedente enlistado como vigésimo primero, Ecopetrol expresamente señaló que la *“multa fue pactada entre las partes, en la cláusula 10 del contrato 4018162”* (fl. 248 cdno. no. 2 – expediente digital).

b) En el considerando número 1.62 del acta de terminación anticipada y unilateral del contrato Ecopetrol expuso que la *“cláusula 24 de los DPS ‘CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO’ no. 4018162 sobre la terminación anticipada reza: que ECOPETROL podrá declarar la terminación anticipada del Contrato en los siguientes eventos: (...) 3. cuando el incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA se deriven consecuencias que hagan imposible o dificulten gravemente la ejecución del contrato”* (fl. 337 cdno. no. 2 – expediente digital – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

c) De otra parte, en el numeral 4.2 de los considerandos del acta de liquidación unilateral del contrato sostuvo que debido a los reiterados incumplimientos del contratista Ecopetrol decidió *“hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (...) y ordenó efectuar la liquidación final del contrato”* (fl. 368 *ibidem*), en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 32 de las condiciones generales del contrato (fl. 108 cdno. no. 2 – expediente digital).

5) A su turno, Ecopetrol en el escrito de contestación de demanda sostuvo que *“la imposición de las multas, la terminación y la liquidación unilateral del contrato se ejercieron con fundamento en las cláusulas contractuales debidamente pactadas en*

⁷ En relación con este preciso punto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: de la Subsección A la sentencia de 5 de julio de 2018, expediente no. 54688, MP Marta Nubia Velásquez Rico; de la Subsección B la sentencia de 19 de junio de 2019, expediente no. 39800, MP Alberto Montaña Plata y de la Subsección C las sentencias de 20 de febrero de 2017, expediente no. 56562, MP Jaime Orlando Santofimio, de 19 de julio de 2017, expediente no. 57394, MP Jaime Orlando Santofimio, de 19 de junio de 2018, expediente no. 61132, MP Jaime Orlando Santofimio y de 5 de julio de 2018, expediente no. 59530, MP Jaime Enrique Rodríguez Navas (E).

cumplimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, no puede sostenerse que estas determinaciones fueron imposiciones unilaterales en cumplimiento de funciones públicas, para inferir de allí que los actos contractuales fueron esencialmente actos administrativos.” (fl. 208 documento no. 3, cdno no. 2 – expediente digital).

6) Advierte la Sala que esta Corporación en otro caso con similar debate ahora suscitado, determinó que adelantar un análisis sobre la decisión contractual consistente en la aplicación de un descuento o multa por incumplimiento, terminación y liquidación *“implicaría que se deba cuestionar la legalidad del acto administrativo por la falta de competencia para su expedición, pero ello no ocurre cuando la administración, en un acto despojado de la presunción de legalidad y del carácter ejecutivo y ejecutorio, se limita a hacer efectivo el pacto contractual.”*⁸, análisis que implicaría un desconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes.

En esa perspectiva, si las partes pactaron hacer efectivas multas por incumplimiento, terminar en forma anticipada y unilateral, y liquidar en forma unilateral el contrato, lo que le corresponde al juez es observar el cumplimiento de los precisos términos del pacto negocial para efectos de su control y verificar que la parte habilitada contractualmente para ejercer tales facultades unilaterales lo haga en cumplimiento de los requisitos previstos en el texto del negocio jurídico y sin hacer un uso abusivo de su derecho, razón por la cual, procederá la Sala con el análisis de los presuntos incumplimientos endilgados a Ecopetrol.

2.1.2 Análisis sobre los supuestos incumplimientos de Ecopetrol

1) Según los precisos términos del recurso de apelación formulado por la unión temporal contratista, se denegaron indebidamente las pretensiones de la demanda consistentes en (i) la falta de reconocimiento de las mayores actividades y mano de obra por cuenta de la falta certificadores de andamios, falta de capacitación a los trabajadores del anterior contratista, falta de transporte al interior de la refinería y tardía concesión de permisos de trabajo; (ii) la tardanza en los cronogramas de entrega por cuenta de hechos ajenos a la voluntad del contratista y, (iii) la falta de

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de noviembre de 2022, expediente no. 66700, MP Alberto Montaña Plata.

información veraz previa a la ejecución del contrato, situaciones todas estas que permiten la configuración del desequilibrio económico en contra de la unión temporal contratista, por cuanto no se valoraron en debida forma las pruebas que conforman el expediente.

2) A su turno, la entidad demandada afirma que la parte actora no logró desvirtuar los supuestos de hechos con los que se fundamentó la decisión de imposición de multa, decisión que condujo a la terminación anticipada y a la liquidación unilateral del negocio jurídico.

3) Sostiene la parte actora que el tribunal de primera instancia no se pronunció en relación con los testimonios de los ingenieros residentes Antonio de Padua Meisel Juliao y Javier Santa Cruz Gámez en virtud de los cuales, en su criterio, se acreditó la mala calidad de los materiales suministrados por Ecopetrol, situación que fue reconocida por la interventoría en la bitácora de 25 de septiembre de 2008.

En relación con los referidos testigos está acreditado lo siguiente:

a) El 27 de octubre de 2017 se llevó a cabo la diligencia de recepción de testimonio del ingeniero Javier Santacruz Gámez en condición de ingeniero residente durante la ejecución del contrato no. 4018162 de 2008, diligencia que adelantó el Juzgado Noveno Administrativo de Pasto (Nariño) en cumplimiento del despacho comisorio no. 006 librado por el Tribunal Administrativo de Santander.

b) De la declaración del ingeniero Santacruz se extrae la siguiente información relacionada con la presunta mala calidad de los materiales suministrados por Ecopetrol:

[PREGUNTADO:] La adquisición del medidor de gas H2S que usted denomina pulsar trajo consigo algún tipo de parálisis a la obra?

[CONTESTÓ:] (...). Quiero anotar un aspecto que me parece de suma importancia que es el siguiente: los elementos como el fireproofing, la malla, la silicona, eran suministrados por Ecopetrol y en algunas ocasiones encontramos que eran de mala calidad, y porque decimos eso, porque al abrir los bultos nos encontrábamos que estaba fraguado, que presentaba grumos o pelotas, que no era de la calidad debida o requerida, lo mismo sucedía con la silicona que se la destapaba y la misma estaba seca, ya no tenía la viscosidad para ser aplicada. Estos aspectos los traigo a colación porque era importante tener

la calidad del material debida y por otro lado porque el encontrarnos con bultos o silicona mala implicaba desplazarnos a las bodegas de Ecopetrol que muchas veces estaban fuera de la planta y con ello parar la obra para volver a adquirir un producto que si garantizara la calidad de la obra.” (fl. 888 cdno. comisorio cinco – expediente digital – mayúsculas fijas y negrillas se adicionan).

c) El 16 de abril de 2016, se llevó a cabo la diligencia de recepción de testimonio del ingeniero Antonio de Padua Meisel Juliao en condición de ingeniero residente durante la ejecución del contrato no. 4018162 de 2008, diligencia que adelantó el Juzgado Octavo Administrativo de Ibagué en cumplimiento del despacho comisorio no. 3275 emitido por el Tribunal Administrativo de Santander.

d) De la declaración del ingeniero Meisel Juliao, se extrae la siguiente información relacionada con la presunta mala calidad de los materiales suministrados por Ecopetrol se extrae lo siguiente:

[PREGUNTADO:] Pero usted nos puede aclarar, los materiales a los que se refiere eran los que debía suministrar Ecopetrol y no los del contratista.

[CONTESTÓ:] No es que ninguno los suministraba el contratista

[PREGUNTADO:] solamente los suministraba Ecopetrol

[CONTESTÓ:] si señora

[PREGUNTADO:] Bien

[CONTESTÓ:] Los materiales, es decir, cemento, la malla y la ¿cómo es?, mm una parafina que se le echaba, que también era vieja. Lo que pasa es que hubo un contratista anterior, el cual también tuvo esos problemas y también suspendieron el contrato, no se por qué, cuando suspendieron ese contrato él tenía unos materiales depositados afuera en una bodega en Barranca, la cual, ya esos materiales tenían varios meses que él los había comprado. Ecopetrol le dijo al ingeniero Manolo Arteaga que debía comprarle esos materiales y se los reponía, tenían que ser esos. El cemento no puede durar, ya al mes ya está duro, la verdad es que no sé cuanto duro en bodegas, pero cuando yo llegué ya habían pasado más de cinco meses de haber recibido ese. La malla se partía. Había unos esquineros, unas cuestiones metálicas para apoyar la malla que también se partían. En general los materiales eran defectuosos. El cemento se endurecía. Si uno llegaba, como se necesita una mezcladora, ese cemento no servía porque estaba duro, entonces muchas veces debía mezclarse a mano porque no se podía. Eso en cuanto a los materiales.⁹

(...).

⁹ Minuto 34:17. Índice 2 SAMAI.

[PREGUNTADO:] *Don Antonio usted nos puede indicar si dejo constancia sobre todas esas circunstancias que nos acaba de exponer en algún libro, alguna bitácora en un informe.*

[CONTESTÓ:] *Todos esos problemas que se presentaban están consignados en esta bitácora. Yo hacía la bitácora todos los días para la firma de la interventoría.*

(...).

[AUTO:] *Agotado el interrogatorio del apoderado de la parte actora se le concede el uso de la palabra a la apoderada de Ecopetrol para que contrainterrogue al testigo¹⁰. (...).*

[ECOPETROL:] *Antes de dar inicio al contrainterrogatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 211 del CGP respetuosamente formulo tacha de sospecha contra el testimonio rendido por el señor Antonio de Padua Meisel en razón a la relación de dependencia y subordinación que tuvo con el demandante, pues el señor Meisel fue trabajador y prestó sus servicios a la empresa unión temporal Manolo Arteaga, adicionalmente, por cuanto el señor laboró para la ejecución del contrato objeto de la controversia cuando este ya estaba en su etapa de finalización, cualquier situación a la que se refiera que haya tenido lugar antes del 20 de octubre de 2008 y después del 30 de diciembre de 2008, se trata de un testigo de oídas (...).*

En ese orden de ideas su señoría, como el testigo hace una serie de relación sobre hechos y arranca y hace expresiones respecto a que el contrato arranco ciego que hubo demoras desde el inicio, pues es claro que al testigo no le constan estos hechos porque no trabajó durante ese tiempo entonces Ecopetrol no hará ningún interrogatorio al testigo. Gracias.

[AUTO:] *De la solicitud de tacha de testigo que formuló la apoderada de la parte accionada se le corre traslado en este estado de la diligencia a apoderado de la parte demandante.*

[DEMANDANTE:] *Creo que no resulta procedente la tacha de falsedad, toda vez que, como trabajador de la unión temporal, nadie más que él conoce la situación que acaeció durante la ejecución de la obra, por tanto, no se podría traer un testigo externo que sí sería de oídas porque no tendría conocimiento pleno sobre la ejecución de la obra. En cuanto a las labores de inicio, en función al cargo que desempeñaba el ingeniero, él tenía pleno conocimiento de lo que había sucedido, toda vez que cuando él llegó tenía que haber conocido toda la labor de ejecución de la obra, tal es el caso que las situaciones que él plantea, el incumplimiento siguió durante toda la ejecución de la obra. (...).*

[AUTO:] *En cuanto a la formulación que efectúa la apoderada de Ecopetrol, de tacha de testimonio no por sospechoso sino por falso y que se encuentra contenido en el artículo 211 del CGP. Las razones por las cuales se tilda de falsa la declaración deberán ser analizada por el funcionario competente al momento de resolver el asunto.” (índice 2 SAMAI – mayúsculas sostenidas se adicionan).*

¹⁰ Minuto 54:27. Índice 2 SAMAI.

e) En la oportunidad concedida para el contrainterrogatorio, la apoderada de Ecopetrol tachó como sospechosa la declaración rendida por el ingeniero Meisel Juliao, pues, consideró que la relación de dependencia laboral que tenía con la parte actora afectaba la credibilidad de sus afirmaciones, así como también el hecho de que su vinculación a la ejecución del contrato se dio en la etapa final, motivo por el cual no le consta directamente señalar aspectos que corresponden al inicio del contrato (minuto 56:26 de la declaración fl. 893 cdno. comisario no. 5 – expediente digital).

f) En atención de lo dispuesto en el artículo 211 del Código General del Proceso, la tacha *“deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*.

g) Advierte la Sala que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de los testimonios ni la valoración de estos, solo que impone al juez un análisis más profundo con respecto de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su obligatoriedad, imparcialidad, fundamento y eficacia probatoria¹¹.

h) Al respecto, es indispensable tener en cuenta que la insistencia del pronunciamiento sobre los testimonios rendidos en primera instancia se circunscribe en la intención de tener por acreditada la aparente mala calidad de los materiales suministrados por Ecopetrol durante la ejecución del contrato no. 4018162 de 2008, situaciones que *“repercutieron en los acabados de la obra. De hecho, esta situación fue reconocida por la propia interventoría en anotación de bitácora del 25 de septiembre de 2008 donde admite la entrega de rollos de malla de mala calidad”*. (fl. 7 documento 11 – índice SAMAI).

Sin embargo, las anotaciones realizadas en las bitácoras de la ejecución del contrato a las que hace referencia la parte actora no concluyen el preciso punto advertido en el recurso de apelación, como pasa a verificarse:

¹¹ Al respecto puede consultarse la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 17 de enero de 2012, expediente no. 11001-03-15-000-2011-00615-00 (PI), MP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

*“Para dar cumplimiento a las especificaciones técnicas del contrato la Interventoría exige que se lleve a cabo los controles y los procedimientos para garantizar el perfecto acabado de las estructuras, ya que de manera reiterada y frecuente **se viene presentando mala calidad en los trabajos de recubrimiento de las estructuras, no se sigue los procedimientos establecidos para esta actividad, no se está limpiando las estructuras antes de aplicar la pintura, tampoco se está amarrando los esquineros entre 15 y 20 cm, para garantizar la uniformidad y alineación de las columnas y estructuras**, estas deben quedar niveladas, a escuadra, con un excelente acabado estético y cumpliendo los espesores establecidos en los diseños presentados por Ecopetrol al Contratista. La Interventoría informa al contratista que toda estructura que no cumpla con las especificaciones técnicas no se aprobará y deberá repararse y entregarse a conformidad de Ecopetrol”* (negrillas de la Sala).

i) Nótese cómo la observación a la que se refiere la parte actora, esto es, la del 25 de septiembre de 2008, detalla la mala calidad de los trabajos de recubrimiento de las estructuras, actuación que en modo alguno hace referencia a la mala calidad de los materiales.

j) En ese sentido, independientemente de la relación de dependencia que existía entre la parte actora y el ingeniero Meisel Juliao en condición de ingeniero residente del contrato no. 4018162 de 2008, lo cierto es que, tanto la declaración rendida por el referido ingeniero, como la del ingeniero Santacruz Gámez, no coinciden con la observación realizada en la bitácora del contrato por parte de la interventoría, razón por la cual, la Sala valorará tales declaraciones en atención a las reglas de la sana crítica y en los términos de los artículos 176¹² y 225¹³ del Código General del Proceso, con aplicación para ello de las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda¹⁴.

¹² El texto del artículo 176 es como sigue: **“ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”

¹³ El artículo 225 señala expresamente lo siguiente: **“ARTÍCULO 225. LIMITACIÓN DE LA EFICACIA DEL TESTIMONIO.** La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.”

¹⁴ Al respecto, puede consultarse la sentencia del 19 de septiembre de 2018 del Consejo de Estado, Sección Primera, expediente no. 25000-23-42-000-2016-02966-01, MP Hernando Sánchez Sánchez.

4) De otra parte, está acreditado que durante la ejecución del contrato la interventoría llamó la atención de la unión temporal contratista en varias oportunidades, como se describe a continuación:

a) En relación con el acabado de las estructuras, tal como se extrae de la observación realizada en la bitácora del 25 de septiembre de 2008, en la cual se explicitó que *“de manera reiterada y frecuente se viene presentando mala calidad en los trabajos de recubrimiento de las estructuras, no se sigue los procedimientos establecidos para esta actividad, no se está limpiando las estructuras antes de aplicar pintura, tampoco se está amarrando los esquineros entre 15 y 20 cm, para garantizar uniformidad y alineación de las columnas y estructuras”* (fl. 1132 cdno. anexo no. 2 – expediente digital).

b) El 26 de septiembre de 2008, la interventoría consignó una observación en la bitácora en la que advirtió que se había encontrado *“a todo el personal de la UT. MAO-PZO de la planta U-200 sin trabajar, debido a la falta de materiales para la construcción de andamios (Grapas), el personal manifiesta que las grapas fueron pedidas hace (8) ocho días y no han llegado, y que este andamio normalmente se construye en (2) dos días y ya llevan (15) quince días y no se ha terminado por falta de logística del contratista”* (fl. 1133 *ibidem*).

c) El 2 de diciembre de 2008, la interventoría realizó auditoría de los elementos de trabajo y seguridad de todo el personal del contratista, ejercicio que le permitió advertir el deterioro en las *“camisas, pantalones, botas de seguridad, máscara de vapores, tapa oídos, guantes y gafas (...). Hoy martes 2 de diciembre de 2008 se hizo presente el sindicato de los trabajadores de la USO debido a la inconformidad de los trabajadores por tener que usar los EPP’s¹⁵ deteriorados”* (fl. 229 cdno. anexo no. 3 – expediente digital).

¹⁵ Las siglas EPP se refieren al Equipo de Protección Personal, que en términos de las condiciones específicas del proceso de selección se refiere un elemento cuyo cumplimiento le asiste al contratista para la ejecución de los trabajos, así: *“[e]l Constructor no podrá iniciar las actividades sin previa autorización del Interventor, una vez se cuente con el equipo mínimo de trabajo y la logística exigida en cada planta a intervenir, de igual manera el personal en campo deberá contar con todos sus elementos de protección personal (EPP) así como su seguridad social al día.”* (fl. 164 cdno. anexo no. 2).

5) Al expediente fueron allegados los documentos contractuales contentivos de las condiciones generales y específicas del proceso de selección, comunicaciones enviadas por la unión temporal contratista a Ecopetrol, las resoluciones mediante las cuales se impuso y confirmó la multa por incumplimiento atribuible a la contratista, documentación que acredita precisamente los inconvenientes debido a la tardanza de la unión temporal contratista en el cumplimiento de las obligaciones.

6) Asimismo, fueron aportadas las actas de terminación anticipada y unilateral, y de liquidación unilateral del contrato no. 4018162 de 2008, documentos en los que se incluyeron cuadros y análisis financieros de lo pagado, lo ejecutado a la fecha de terminación y lo pendiente por ejecutar.

Es especialmente relevante advertir que al expediente no fue aportada una sola acta de pago o de verificación de cantidades de obra, elementos estos indispensables para establecer que efectivamente las obras y servicios sobre los que sustenta la totalidad de los pedimentos el actor, y que en efecto fueron ejecutados, recibidos por Ecopetrol y a la fecha no han sido reconocidos por la referida entidad.

7) Al respecto, el tribunal de primera instancia sostuvo que *“la parte demandante se limitó a brindar exculpaciones frente a los incumplimientos detectados por ECOPETROL S.A., pero en forma alguna, logra desvirtuar que la UNIÓN TEMPORAL incurrió en los incumplimientos detectados por la entidad contratante y que imposibilitaron la continuidad de la relación contractual. (...). De otra parte, no se aportan elementos de juicio que permitan evidenciar, como lo invoca el demandante, que ECOPETROL S.A. incumplió con sus obligaciones contractuales. En efecto, según se advierte de la documentación arrojada al proceso, la UNIÓN TEMPORAL conoció de manera oportuna el alcance de los trabajos a ejecutar, puesto que los mismos hacen parte de las ESPECIFICACIONES TÉCNICAS del contrato, documento que manifestó conocer (...).”* (fls. 33 y 34 índice 2 SAMAI – mayúsculas sostenidas del original).

8) Sobre la mayor permanencia y mayor cantidad de obra como parte del objeto de la controversia, es necesario observar lo siguiente:

a) Sobre ese preciso punto, es relevante advertir que esta Corporación en otra decisión determinó que la mayor permanencia de la obra se presenta cuando por hechos no imputables al contratista su estimación de costos iniciales se aumenta por cuenta del mayor tiempo¹⁶, situaciones que le compete demostrar al actor pues el solo hecho del aumento en el plazo no constituye por sí misma una causal de indemnización¹⁷.

b) En esa misma línea de análisis, cuando se presente una mayor permanencia en la obra *“procede, en principio, el reajuste de precios, con el objeto de reparar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo, en consideración a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda (...)”*¹⁸, así como también los perjuicios acreditados por el mayor tiempo de personal, maquinaria y equipos.

c) Esta jurisdicción, adicionalmente, ha señalado que en relación con la acreditación de los perjuicios reclamados por motivo de una supuesta mayor permanencia en la obra ello constituye una carga del demandante, como se transcribe a continuación:

“(...) En efecto, era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en que cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos.” (resalta la Sala)¹⁹.

d) En ese entendimiento, en el asunto de la referencia la parte demandante se limitó a sostener que durante la ejecución del contrato se habían presentado fuertes lluvias, cese de actividades por presencia del sindicato de la USO y se habían acumulado varios días improductivos con ocasión de la tardanza en autorizaciones de Ecopetrol, entrega de material y transporte del personal de obra al interior de las instalaciones, todo lo cual había imposibilitado la normal ejecución de los trabajos, pero no aportó al expediente los medios de prueba con los que pudiera acreditar

¹⁶ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 20 de noviembre de 2008 en el expediente 17.031.

¹⁷ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 29 de enero de 2004 en el expediente 1.779, que reitera lo decidido en la Sentencia de 28 de octubre de 1994 en el expediente 8094.

¹⁸ *ibidem*

¹⁹ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2008 con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero en el expediente 1998-06856-01 (15.600).

que sus dichos eran reales y que tenían la fuerza necesaria para constituirse en perjuicios susceptibles de indemnización a favor de la unión temporal contratista; por el contrario, varias observaciones que dejó la interventoría en las bitácoras dan cuenta del cese de actividades por falta de cumplimiento de la contratista en el suministro al personal en obra de dotación y elementos de seguridad, así como también de la tardanza del contratista en el cumplimiento de entrega de los andamios.

e) De los documentos aportados al proceso, con los que se acreditan los costos adicionales, mano de obra y suministro de material en los que incurrió la contratista en la ejecución del contrato no. 4018162 de 2008 no se tiene claridad de cuáles tuvieron ocasión directa con la necesidad de requerir mayor plazo para culminar con el objeto contratado, pues, de la relación documental aportada, consistente las condiciones general y específicas del proceso de selección, contrato, resoluciones de multa, terminación, liquidación del contrato, extractos de las bitácoras y algunas comunicaciones de la propia unión temporal contratista, no es posible extraer que tales eventos se dieron como consecuencia de la imposibilidad de adelantar la ejecución contractual con el personal, equipos y maquinaria dispuesta desde el inicio del contrato, lo cual le generó los sobrecostos que ahora reclama.

Advierte la Sala que la parte actora no aportó al expediente los informes de interventoría, actas de pago y recibo de obra parciales y finales, así como tampoco las actas de las reuniones sostenidas con la interventoría durante la ejecución del contrato, elementos probatorios indispensables para establecer una línea de tiempo ajustada a la realidad del contrato.

En tales circunstancias, para la Sala es evidente que la parte actora no demostró que las actividades que dice haber adelantado por encima de las inicialmente contratadas o que permanecieran en ejecución mayor tiempo no hubieran sido reconocidas por la entidad contratante ni que tampoco hubieran surgido con ocasión de un evento ajeno ajena a la voluntad de las partes, razón por la cual el recurso de apelación no está llamado a prosperar.

2.1.3 La ruptura del equilibrio económico

1) En ese contexto, procede la Sala a pronunciarse sobre las condiciones acaecidas durante la ejecución del contrato dado que, en criterio de la parte actora, la entidad contratante generó el rompimiento del equilibrio económico del contrato por motivo de la falta de reconocimiento de las mayores actividades y mano de obra, la tardanza en los cronogramas de entrega por cuenta de hechos ajenos a la voluntad del contratista, la falta de información veraz previa a la ejecución del contrato.

2) Sobre ese punto de la controversia pone de presente la Sala que, como la entidad contratante es una sociedad de economía mixta, regida por sus propios estatutos y vinculada al Ministerio de Minas y Energía,²⁰ de acuerdo con lo estipulado en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 “[t]odos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”²¹.

3) En esa perspectiva, la norma aplicable para el caso de un eventual desequilibrio económico del contrato es la prevista en el Código de Comercio, como se transcribe a continuación:

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

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

²⁰ Artículo 33 del Decreto 1760 de 2003: “La Empresa Colombiana de Petróleos, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional creada por autorización de la Ley 165 de 1948, mediante el Decreto 0030 de 1951, y escindida mediante el presente decreto, quedará organizada como sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, se denominará Ecopetrol S.A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá D.C. y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior”.

²¹ Artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-722 del 11 de septiembre de 2007, MP Clara Inés Vargas Hernández.

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

En tales condiciones, para la Sala es claro que no procede el reconocimiento del desequilibrio económico solicitado por la parte actora, pues, según lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio antes citado, los supuestos de hecho sobre los cuales se fundamenta la petición son la ejecución de actividades ya ocurridas, sin que en modo alguno estas se refieran a obligaciones de futuro cumplimiento.

4) Por lo tanto, en las condiciones en las que la parte actora enmarca su pedimento no es posible arribar a un pronunciamiento positivo al respecto, motivo por el cual este preciso punto de la controversia debe resolverse desfavorablemente y, por ende, se impone confirmar la decisión objeto de apelación mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda, por cuanto, los presuntos incumplimientos en los que incurrió Ecopetrol no fueron acreditados en el expediente.

3. Conclusiones

1) En el presente asunto, la parte actora se opuso a la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia por cuanto, en su criterio, no se analizaron en debida forma las pruebas aportadas y practicadas en el proceso y, que supuestamente dan cuenta del incumplimiento de las obligaciones a cargo de Ecopetrol, por el hecho de haber emitido, en forma unilateral, las decisiones consistentes en imposición de multa, terminación anticipada y liquidación del negocio jurídico, así como también por (i) la falta de reconocimiento de las mayores actividades y mano de obra por cuenta de la falta certificadores de andamios, falta de capacitación a los trabajadores del anterior contratista, falta de transporte al interior de la refinería y tardía concesión de permisos de trabajo; (ii) la tardanza en los cronogramas de entrega por cuenta de hechos ajenos a la voluntad del contratista y, (iii) la falta de información veraz previa a la ejecución del contrato, situaciones todas estas que configuran el desequilibrio económico en contra de la unión temporal contratista.

2) Contrario a lo sostenido en el recurso de apelación, la unión temporal contratista actora no logró acreditar el desequilibrio económico del contrato, el incumplimiento de la entidad demandada, así como tampoco que la existencia de mayor permanencia en obra, mayor obra, y demás elementos susceptibles de

indemnización a favor de la parte actora, razón por la cual, la Sala confirmará la sentencia apelada.

4. Condena en costas y agencias en derecho

Por último, no habrá de condenarse en costas a la parte demandante porque no está probada en la actuación una conducta temeraria, situación cualificada exigida por la regulación procesal contenida al respecto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para tal decisión.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander del 14 de marzo de 2024.

2º) Sin condena en costas.

3º) Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

(firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.