

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / ACTOS DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / DERECHO PRIVADO / FACULTADES DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / FUNCIONES DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / DERECHO PRIVADO / PRINCIPIO DE IGUALDAD / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DEL CONTATO ADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ECOPETROL / CONTRATOS DE ECOPETROL / FACULTADES DE ECOPETROL / FUNCIONES DE ECOPETROL / NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL / OBLIGACIONES DE ECOPETROL / REGULACIÓN DE ECOPETROL

Para la época de suscripción del contrato (...) la Empresa Colombiana de Petróleos era una empresa industrial y comercial del Estado y de acuerdo con el Decreto 1209 de 1994 se regía por el derecho privado, así las cosas, sus relaciones con los particulares se desarrollan normalmente en condiciones de igualdad por lo que carece de poderes para adoptar la liquidación del contrato unilateralmente mediante acto administrativo. El artículo 61 de la Ley 80 de 1993 permite que las entidades estatales liquiden unilateralmente los contratos mediante acto administrativo motivado, disposición que no es aplicable a los contratos que se rigen por el derecho privado; en este caso Ecopetrol no gozaba de prerrogativa legal para liquidar unilateralmente el contrato y esta tampoco se pactó lo que releva a la Sala de un análisis adicional al respecto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1209 DE 1994 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 61

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DECLARATORIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / NORMATIVIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / NORMATIVIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / OBSERVACIONES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBJECIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

[E]l demandante objetó en forma total el proyecto de liquidación presentado por Ecopetrol, el cargo prospera porque, tal como lo afirma la demandante, Ecopetrol no podía adoptar la liquidación unilateralmente e imponer un cruce de cuentas en contravía de las tratativas que se adelantaban con el contratista, razón suficiente para acceder a la pretensión de nulidad invocada. Como lo alegó la actora, Ecopetrol no podía válidamente la contratante variar lo discutido bilateralmente y adoptar mediante acto administrativo una liquidación que el contratista no consintió; de no lograrse acuerdo para la liquidación correspondía acudir al juez para lo pertinente; por lo tanto, se revocará la decisión de mantener la presunción de legalidad del acto de liquidación unilateral contenido en la Resolución (...) y, en su lugar, se dispondrá su nulidad.

ANTICIPO DEL CONTRATO / ANTICIPO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ECOPETROL / ENTREGA DEL ANTICIPO DEL CONTRATO / MORA EN EL PAGO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO / EFECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / VALOR DEL CONTRATO

[A] juicio de la Sala, la fecha de entrega del anticipo no fue relevante en los tiempos de ejecución porque, según lo reconoce la apelante, había pagado las láminas con recursos propios (...) antes de la radicación de la cuenta de cobro (...) y del vencimiento consecuencial del plazo con que contaba Ecopetrol para el efecto. Aunque el plan de inversión del anticipo presentado por la contratista preveía su utilización parcial en la compra de la lámina (...) lo cierto es que ella misma reconoció que la había comprado sin acudir a estos recursos; por consiguiente, aunque la factura de compraventa aportada al proceso fue emitida (...) el contratista aceptó que esa fue la fecha de remisión de la mercancía pero insiste en que la compra tuvo lugar. (...) No hay evidencia de que esa mora hubiera influido en los atrasos en la ejecución porque el contratista ya había pagado los materiales (láminas) y no alegó ni probó haberse visto impedido de ejecutar por ausencia de esos recursos económicos; empero, sí se incumplió la fecha pactada para la entrega del anticipo ya que las condiciones para que este fuera exigible se limitaban a que existiera acta de inicio, se hubiera expedido la garantía y se hubiera presentado la cuenta de cobro. (...) [E]l valor total del contrato no se alteró por la tardanza en la entrega del anticipo.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ANTICIPO DEL CONTRATO / ANTICIPO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ECOPETROL / ENTREGA DEL ANTICIPO DEL CONTRATO / MORA EN EL PAGO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DE LOS PERJUICIOS

[N]o hay prueba de algún perjuicio causalmente ligado con la demora de 6 días en la entrega del anticipo ni habría lugar a aplicar alguna presunción de lucro cesante que causara intereses sobre los dineros porque no se trataba de un capital que debiera generar réditos para el contratista sino de dineros que solo ingresaban al patrimonio del contratista cuando se amortizaran a través de la ejecución de la obra contratada. Así las cosas, aunque hay prueba de que Ecopetrol se tardó seis días en entregar el anticipo no se acreditaron los perjuicios causalmente ligados a esa situación por lo que no es constitutiva de incumplimiento contractual y se mantendrá la decisión de negar esa pretensión.

PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN / MATERIALES DE LA OBRA PÚBLICA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

Afirma la apelante que la revisión del espesor de las láminas por parte de Ecopetrol constituyó un incumplimiento que generó tardanzas en la ejecución del contrato y los correspondientes perjuicios que deben ser resarcidos. Contrario a ello se verifica que el pliego de condiciones imponía que los materiales estarían a cargo del contratista y que este debía entregar, a su costa y con la debida anticipación, una

muestra de los materiales que se requieran para que la interventoría verificara que cumplieran las exigencias del pliego (...). Conforme a lo expuesto resulta patente que la exigencia de pruebas de espesor no correspondió a una conducta antijurídica de ECOPETROL, por el contrario, el contratista conocía el deber que le asistía de suministrar oportunamente las muestras del material; (...) Por lo expuesto se concluye que ECOPETROL no incumplió por el hecho de exigir la prueba de espesor de las láminas.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ACTA DE INICIO DE LA OBRA PÚBLICA / FALSEDAD DE DOCUMENTO / PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / ECOPETROL / RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Para la Sala lo planteado en el recurso, más allá de insistir en la prueba de una falsedad material el acta de inicio de trabajos, está encaminado a sostener una interpretación del contratista según la cual, solo cuando tuviera a su disposición las láminas podía iniciar la ejecución, sin embargo, el pliego preveía las condiciones para el inicio de las obras (...). Así, el inicio de las obras no estaba sujeto al arribo físico de los materiales sino a unos requisitos objetivos cuyo cumplimiento no cuestionó la actora y, en consecuencia, el contrato inició cuando -según el pliego-interventor y contratista suscribieron el acta de inicio cuya falsedad no se demostró. En esas condiciones no hay prueba de incumplimiento de ECOPETROL respecto del plazo de ejecución. La apelante reclama que circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que incidieron en ejecución y generaron sobrecostos que alteraron su equilibrio financiero ante lo cual la demandada permaneció pasiva. Si lo pretendido era señalar que ECOPETROL incumplió su deber de reestablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato previsto en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 basta con señalar que el contrato era de derecho privado, como ya se analizó y, por tanto, está exceptuado de la aplicación de ese estatuto, por lo que no tenía dicho deber frente al contratista.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5

EJECUCIÓN DEL CONTRATO / PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / AMPLIACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL

[E]stá probado que esas circunstancias que dificultaban la ejecución sí fueron tratadas por las partes y se lograron acuerdos que fueron aceptados por ambas, sin reservas; estos incluyeron dos ampliaciones del plazo con pacto expreso sobre la forma en que ello incidiría en la remuneración. En efecto, consta que el plazo inicialmente pactado en el contrato era de 84 días (...); [L]as partes en atención a las circunstancias externas alegadas acordaron: que el contrato se ampliara, que el contratista asumiera los costos y que ECOPETROL reconociera un 20% adicional

del AIU para sufragar los sobrecostos de personal y pólizas; también consta que por el paro de trabajadores estatales las partes acordaron una suspensión de obra.

EJECUCIÓN DEL CONTRATO / PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / AMPLIACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL

[C]ontrario a lo alegado en la alzada, se verifica que los hechos que afectaron los tiempos de ejecución sí fueron discutidos y sobre ellos llegaron a acuerdo las partes; de igual manera, que ECOPETROL reconoció unas sumas que si bien no llegaban a la cuantía reclamada por el contratista pretendieron paliar los efectos económicos de las circunstancias no imputables a las partes que generaron demoras en la ejecución. Con todo, la apelante no alegó ni acreditó una excesiva onerosidad en la ejecución del contrato en los términos del artículo 868 del Código de Comercio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 868

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia con aclaración de voto del honorable consejero Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 54001-23-31-000-1998-00436-01(51108)

Actor: G.B. INGENIEROS ASOCIADOS LTDA

Demandado: ECOPETROL

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Tema: COMPETENCIA PARA ADOPTAR LIQUIDACIÓN UNILATERAL EN CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO - LA EXIGENCIA Y VERIFICACIÓN DE CONDICIONES TÉCNICAS PREVISTAS EN EL PLIEGO NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO.

Síntesis del caso: las partes suscribieron un contrato para la construcción de unos tanques para el almacenamiento de crudo; la contratista pretende que se declare la nulidad de actos contractuales (multas, declaratoria de incumplimiento y liquidación unilateral) y el incumplimiento de Ecopetrol que, por su parte, demandó en reconvencción el incumplimiento del contratista.

Decide la Sala la apelación formulada por la demandante contra de la sentencia de 28 de febrero de 2014 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander acogió parcialmente las pretensiones de la demanda principal y denegó las de la demanda de reconvencción:

“PRIMERO. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a. La Resolución 001 del 12 de marzo de 1997 “por la cual se impone una multa” y la Resolución No. 003 del 9 de abril de 1997, “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición, proferidas por el Jefe del Departamento de Producción y Refinación Tibú de la Empresa Ecopetrol.

b. La Resolución No. 002 del 19 de marzo de 1997 “por la cual se declara un incumplimiento y se termina un contrato, se dispone hacer efectiva la cláusula penal con cargo a la correspondiente garantía y se nombra liquidador del contrato”, proferida por el Superintendente de Operaciones Catatumbo de la Empresa Ecopetrol y la Resolución No. 004 del 24 de junio de 1997, “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición, proferida por el Superintendente (E) Catatumbo de la Empresa Ecopetrol.

SEGUNDO. Niéguese las demás pretensiones de la demanda de la referencia incoada por la sociedad GB INGENIEROS ASOCIADOS LTDA. en contra de la empresa Ecopetrol, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO. Niéguese las pretensiones de la demanda de reconvencción propuesta por la empresa ECOPETROL en contra de la sociedad GB INGENIEROS ASOCIADOS LTDA. (...). - mayúsculas sostenidas del original-.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 6 de mayo de 1998 (fl. 54 cdno. 1) la sociedad GB Ingenieros Asociados Ltda promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en

contra de Ecopetrol, con la finalidad de obtener que se declaren a su favor las siguientes pretensiones:

“PRIMERO. Son nulas: la Resolución 001 de marzo 12/97 “por la cual se impone una multa”; la Resolución 002 marzo 19/97, “por la cual se declara un incumplimiento y se termina un contrato, se dispone hacer efectiva la cláusula penal con cargo a la correspondiente garantía y se nombra liquidador del contrato”. La Resolución 003 de abril 09/97 “por la cual se resuelve un recurso de reposición”; la Resolución 004 de junio 24/97 “por la cual se resuelve un recurso de reposición”; El acta de audiencia en la que se liquida un contrato “DOT-SOT-0023-96. La Resolución 005 de agosto 21/97 “por la cual se aprueba la liquidación de un contrato” y la Resolución 006 de septiembre 23/97 “por la cual se resuelve un recurso de reposición”. Todos estos actos firmados por funcionarios adscritos a Ecopetrol.

SEGUNDO. Se declare el incumplimiento del contrato por parte de la Nación - Empresa Colombiana de Petróleos, como consecuencia de ello, se condene a indemnizar los perjuicios ocasionados al contratista, a restablecer la ecuación económica en el contrato DOR-SOT-0023-96 suscrito entre ECOPETROL y (...) GB Ingenieros Asociados Ltda., y a reconocer el lucro cesante y el daño emergente ocasionado por aquel incumplimiento.

TERCERO. Se condene a la Nación - Empresa Colombiana de Petróleos a reconocer y cancelarle a (...) GB Ingenieros Asociados Ltda. el valor del ajuste que resultare de los perjuicios ocasionados señalados atrás con los intereses ordenados en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

CUARTO. Que se condene a la Nación - Empresa Colombiana de Petróleos, a cumplir la sentencia en el término de 30 días contados a partir de la comunicación de la misma.

QUINTO. Se condene (...) a reconocer y pagar (...) intereses (...) sobre las sumas líquidas reconocidas (...) con el ajuste de valor señalado en el artículo 178 del Decreto 01 de 1984” (fl. 2 cdno 4).

2. Cargos

Los cargos de nulidad que planteó se resumen así: (i) contra la multa alegó violación del derecho de defensa y debido proceso porque no se le permitió cuestionarla ni se adelantó actuación administrativa dentro de la cual pudiera intervenir el afectado, (ii) frente a la declaratoria de incumplimiento formuló el mismo cargo y lo fundamentó además en que no se practicaron las pruebas que solicitó, también esgrimió el cargo de falsa motivación por considerar que la fecha tenida en cuenta por Ecopetrol para contabilizar el plazo de ejecución, 27 de septiembre de 1996, no fue la fecha cierta de inicio de los trabajos; indicó que la administración en lugar de

resolver sus peticiones sobre desequilibrio económico la sorprendió con la declaratoria de incumplimiento, (iii) respecto de la liquidación unilateral adujo que compareció a la primera citación para establecer el cruce de cuentas y que en esa reunión no se resolvieron sus objeciones por lo que el acta “*quedó notificada en estrados*” razón por la que Ecopetrol no podía válidamente adicionar la liquidación; agregó que recibió la citación para una nueva reunión en las últimas horas del día anterior al previsto para esta por lo cual no asistió por considerar que debía ser citado con una anticipación mínima de 72 horas. Pese a ello Ecopetrol adujo haberlo citado en legal forma y que no compareció; luego expidió el acto unilateral sin tener en cuenta sus objeciones y sin advertir que no podía válidamente modificar el proyecto de acta bilateral que las partes discutieron y que no se configuraban los supuestos del artículo 61 de la Ley 80 de 1993 para que procediera de esa forma.

3. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones narró lo siguiente:

1) El 12 de septiembre de 1996 suscribió con Ecopetrol el contrato DOR-SOT-0023-96 cuyo objeto fue la realización, diseño, planeación, administración, programación y ejecución de todas las obras civiles, mecánicas, metalmecánicas y demás necesarias para el diseño, prefabricación, construcción, montaje y pruebas de tanques para el almacenamiento de crudo en las baterías J-10 y Río de Oro 1 de la contratante; en ejecución del referido contrato se expidieron las decisiones demandadas.

2) Ecopetrol incumplió el contrato porque, aunque se reservó el derecho (cláusula octava del contrato) de efectuar auditorías de calidad para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, jamás las realizó y, pese a ello “*declaró la caducidad del contrato*” sin haber “*transmitido al contratista los resultados de las inexistentes visitas de auditoría efectuadas por Ecopetrol*”; otro incumplimiento alegado tuvo que ver con el hecho de que la contratante se obligó (cláusula décima primera) a entregar el anticipo antes de la suscripción del acta de inicio de los trabajos (27 de septiembre de 1996), empero, solo lo hizo el 18 de octubre de 1996 con la exigencia de un requisito consistente en el certificado de calidad y procedencia de la lámina comprada, prueba innecesaria que retrasó la ejecución. Por otra parte indicó que Ecopetrol incumplió el plazo de ejecución (cláusula 5.2 del pliego y sexta del contrato) porque inició a contabilizar el tiempo de ejecución antes

de haber pagado el anticipo y sin cumplir los requisitos previamente convenidos para que empezara a correr el plazo contractual; alegó que Ecopetrol incumplió el numeral 5.7 del pliego que preveía la posibilidad de suspender la ejecución del contrato pese a que las demoras en el inicio de la ejecución le son imputables.

3) Si bien reconoció que se presentaron demoras en el arribo de las láminas requeridas para la ejecución estas derivaron de un paro de transportadores de carga pesada y de daños en la vía por factores invernales que interrumpieron el tránsito durante 10 días en el trayecto Tibú - Río de Oro; la comunidad demoró el descargue de los materiales y en ocasiones impedía el ingreso a las bases del personal técnico, hecho no previsto en el contrato, así como tampoco lo fue el paro estatal de empleados nacionales del 11 de febrero de 1997 que paralizó las obras. Esos hechos generaron variación en los precios y alteraron la ecuación financiera del contrato, pese a ello Ecopetrol no reconoció reajuste de precios ni los intereses de mora previstos en la Ley 80 de 1993.

4) Se incumplió el numeral 4.4.1 del pliego de condiciones; pese a haberse pactado que el contratista respondería por la calidad de los materiales empleados impuso realizar una innecesaria medición de espesores a la lámina adquirida sin verificar que el contratista había proporcionado la descripción técnica de ese material; luego ordenó repetir la medición de los espesores con lo que ocasionó retraso en el inicio de las obras y gastos que no la demandada no asumió, además, Ecopetrol exigió que el personal de la contratista debía ser remunerado como mínimo en los niveles exigidos en la ley y la convención colectiva de trabajo Ecopetrol - USO, al liquidar los precios del contrato Ecopetrol utilizó valores diferentes.

5) No obstante los incumplimientos descritos Ecopetrol solo reconoció sobrecostos por \$11.587.866 y al día siguiente declaró el incumplimiento de la contratista, hizo efectiva la garantía única de cumplimiento y terminó el contrato, decisión que confirmó al desatar el recurso de reposición interpuesto por el contratista; luego, previa convocatoria al contratista se intentó realizar el cruce de cuentas entre la partes, este presentó objeciones que no fueron resueltas por Ecopetrol, fue citado luego a otra audiencia en la que la contratante presentó valores muy superiores a los inicialmente discutidos y, finalmente, liquidó unilateralmente el contrato mediante la Resolución 006 de 23 de septiembre de 1997.

4. Contestación de la demanda y demanda de reconvención

1) En el término legal Ecopetrol se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Defendió la legalidad de las decisiones demandadas en tanto las consideró ajustadas a la realidad de la ejecución contractual y al ordenamiento jurídico aplicable. Indicó que el retardo de 6 días en la entrega del anticipo no justifica el incumplimiento del contratista y que la prueba de medición de los espesores de las láminas tenía fundamento en la ley y en el pliego de condiciones; agregó que en atención a las circunstancias ajenas al contratista tales como las climáticas y el paro de transportadores el contrato fue adicionado en plazo en tres oportunidades

2) ECOPETROL demandó en reconvencción a su contratista con la pretensión de que se declare que incumplió el contrato DOR-SOT-0023-96 y que se le condene a pagar los mayores costos derivados de la terminación unilateral del contrato y los gastos en que incurrió, particularmente porque tuvo que celebrar dos contratos para terminar las obras inconclusas dejadas por el contratista, costos que considera debe asumir la actora porque con su incumplimiento dio lugar a ellos.

3) La actora se opuso las pretensiones de la demanda de reconvencción e insistió en que formuló tacha de falsedad contra los documentos correspondientes a los contratos que según Ecopetrol debió suscribir para paliar los efectos del incumplimiento, así como el acta de inicio de los trabajos, entre otros. Como prueba de la tacha se decretó un dictamen pericial a cargo del CTI que, concluyó que ninguno de los documentos tenía alteraciones de tipo aditivo o supresivo.

5. La sentencia apelada

El 28 de febrero de 2014 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dictó sentencia que acogió parcialmente las pretensiones de la demanda en tanto anuló las Resoluciones 001 y 0003 que impusieron multa al contratista y las Resoluciones 002 y 004 por las cuales se declaró el incumplimiento de la actora, la terminación del contrato y se hizo efectiva la garantía de cumplimiento, al tiempo que desestimó las demás pretensiones de la demanda principal, así como la totalidad de la demanda de reconvencción y se abstuvo de condenar en costas.

Antes de entrar en el fondo del asunto resolvió la tacha de falsedad contra algunos documentos que obran como pruebas y la declaró impróspera porque la actora no presentó objeción respecto del dictamen que estableció la ausencia de evidencia de posible alteración documental.

En cuanto al fondo del asunto indicó que: (i) los actos que impusieron multa al contratista son nulos porque fueron expedidos cuando había finalizado la ejecución del contrato y perdido competencia *ratione temporis*; estimó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado la multa tiene como finalidad apremiar al contratista para el cumplimiento y esta desaparece cuando ha culminado la ejecución. No decretó restablecimiento en favor de la demandante porque no lo pidió en la demanda ni probó el pago de la multa; (ii) La competencia para terminar unilateralmente el contrato está prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y las partes pactaron esa potestad excepcional, sin embargo, esta solo podía ejercitarse durante el plazo de ejecución, razón por la cual anuló las Resoluciones 002 y 004.

Seguidamente se pronunció sobre (iii) la legalidad del acto por el cual se aprobó la liquidación del contrato y concluyó que no incurrió en falsa motivación porque Ecopetrol soportó probatoriamente las afirmaciones allí contenidas; las partes se reunieron en sus oficinas de Cúcuta para discutir el cruce final de cuentas y el contratista dejó objeciones sin explicar las razones en las que se fundamentaron. La contratista fue citada a una nueva reunión para acordar el cruce final de cuentas pero no acudió por lo cual se adoptó en forma unilateral, como lo permitía la Ley 80 de 1993 y había sido pactado en el contrato. La actora debía probar cuáles eran sus objeciones concretas al proyecto de liquidación lo cual no hizo.

Estimó que las normas sobre ejecutoria de providencias judiciales no son aplicables a las actas de reuniones y no se probó que la inasistencia a la convocada para liquidar el contrato se hubiera justificado en oportunidad. La demandante se limitó a objetar las cuentas sin precisar cuáles fueron los presuntos "*pagos irreales*" y "*factores salariales adicionales reconocidos a los empleados*", por lo que no encontró fundamento para anular este acto.

Desestimó las pretensiones de incumplimiento formuladas por Ecopetrol porque la demandada no probó el día exacto en el que radicó la cuenta de cobro del anticipo. En el informe final de interventoría se señala que ello tuvo lugar el 1 de octubre de 1996 y el anticipo se pagó el 18 de los mismos mes y año por lo que, a lo sumo, la mora sería de 3 días, aunque Ecopetrol aceptó a lo largo del proceso que estuvo en mora de pagar el anticipo durante 6 días.

El contratista solo acreditó haber comprado las láminas el 29 de octubre de 1996 lo que indica que ese incumplimiento no tuvo la entidad suficiente para generar los daños reclamados y justificar el incumplimiento de la contratista, máxime porque Ecopetrol para remediar la situación accedió a ampliar el plazo de ejecución tal como fue probado. La prueba de espesor de la lámina que ordenó la interventoría encontraba fundamento en el pliego de condiciones ya que imponía la aprobación de los materiales por el interventor; en todo caso, la posible demora que ello generó fue remediada con las adiciones en plazo. Conforme a lo expuesto, consideró que no hubo incumplimiento de Ecopetrol.

Denegó las pretensiones de la demanda de reconvención porque el incumplimiento de la contratista obedeció a factores externos tales como el paro de transportadores a nivel nacional, la demora en la entrega del anticipo, la inclemencia del clima y el mal estado de la vía Tibú - Gabarra que dieron lugar a que se concedieran prórrogas, aunado a ello, Ecopetrol incumplió con la entrega del anticipo lo que impide la prosperidad de las pretensiones en aplicación de la excepción de contrato no cumplido.

6. La apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia la parte actora apeló con el siguiente razonamiento:

1) El dictamen practicado como fundamento de la tacha de falsedad sobre el acta de inicio de los trabajos se rindió sobre fotocopias y por ello no lo objetó ya que *“en ausencia del original del acta de inicio de trabajos, nada podía objetarse”*.

2) Debe valorarse como indicio la conducta de la demandada quien no remitió el original del documento por cuanto la imposibilidad de dictaminar sobre la autenticidad del documento original es imputable a la demandada en cuyo poder reposaba y se abstuvo de allegarlo.

3) No hubo pronunciamiento respecto de la nulidad de las Resoluciones 003 de abril 8 de 1997 y 004 de junio 24 de 1997, 005 de 21 de agosto de 1997 y 006 de septiembre 23 de 1997 y debe haber pronunciamiento expreso sobre estos ya que *“la nulidad de los actos primigenios implica también la anulación de aquellos que los confirmaron”*.

4) Ecopetrol falseó la fecha del acta de inicio de labores de 27 de septiembre de 1996 porque está probado que el día 28 del mismo mes y año dio la orden de no despachar las láminas hasta que se realizaran pruebas de medición de espesor, el 30 de septiembre se contrató dicho servicio, el 3 de octubre se certificó su conformidad y el 4 de octubre fueron despachadas pero su entrega tardó por el paro de transportes. La fecha real de inicio de las obras *“no puede ser sino la llegada de las láminas y no el hecho irreal de aparecer suscrita una fecha de inicio de labores sin que las láminas hubieran sido traídas a la ciudad”*.

5) Sobre esa consideración es cuestionable la conclusión del tribunal respecto de que las láminas se compraron el 29 de octubre de 1996 pues, la fecha de la factura es la del despacho de la mercancía y no la de cuando fueron efectivamente adquiridas, *“el hecho generador del daño”* fue la prueba de medición de espesores de la lámina, desde todo punto de vista innecesaria habida consideración de que dicho espesor constaba en los certificados de conformidad entregados por el proveedor. El inicio real de las obras fue el 2 de noviembre de 1996, cuando empezó efectivamente a fabricar los tanques.

6) El inicio tardío de las obras fue consecuencia del incumplimiento de la contratante y, por ende, está llamada a resarcir los perjuicios que generó. Ecopetrol no había terminado de desmontar los tanques viejos que serían reemplazados por los construidos por la contratista lo cual también retrasó la ejecución. Hubo factores externos que demoraron la ejecución tales como el paro de transportadores, la época invernal, el paro de trabajadores que impidieron cumplir estrictamente con el cronograma y generaron la necesidad de contratar personal y establecer jornadas dominicales y festivos y ello motivó una petición de reconocimiento de desequilibrio de la ecuación económica del contrato que Ecopetrol acogió parcialmente; pagó las láminas desde el 5 de septiembre de 1996 con recursos propios y la cuenta de cobro del anticipo se presentó el 27 de septiembre de 1996 y no el 1 de octubre como lo señala erróneamente la sentencia de primera instancia.

7) La multa sí le generó perjuicios porque su valor fue descontado en el acta de liquidación lo cual determinó que no recibiera nada al final de la ejecución, por lo que se cuestiona la decisión de no reconocerle nada a título de restablecimiento del derecho. La nulidad del acta de liquidación se configuró porque fue irregular la segunda citación para acordar el cruce de cuentas del contrato; las partes ya se

había reunido con anterioridad para ese fin y en esta reunión se dejaron las observaciones correspondientes y *“el acta quedó ejecutoriada cinco días después”*, pese a lo cual fue desconocida unilateralmente por Ecopetrol con el pretexto de la no comparecencia del contratista a la segunda reunión.

8) Dentro del término legal, la apelante adicionó el recurso para insistir en que la cuenta de cobro del anticipo la presentó el 27 de septiembre de 1996. Cuestionó la contabilización del plazo contractual realizada en el acta de liquidación e insistió en los días perdidos por causas imputables a Ecopetrol y a terceros, para concluir que solo pudo laborar durante 95 días.

7. Alegaciones finales

En la oportunidad correspondiente la actora insistió en los argumentos planteados a lo largo de la litis; la accionada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Objeto de la controversia

En primer lugar, se impone verificar los aspectos puntuales que son materia de apelación y particularmente cuáles fueron las decisiones de nulidad adoptadas por el *a quo* para determinar aquellas que serán analizadas en esta instancia y delimitar la competencia de la Sala.

Se demandaron los siguientes actos administrativos: Resolución 001 de 12 de marzo de 1997 por la cual se impuso una multa al contratista y Resolución 003 de abril 09 de 1997 *“por la cual se resuelve un recurso de reposición”* interpuesto contra la primera; el ordinal primero literal a) de la sentencia apelada anuló estos dos actos administrativos, por lo que se descarta el argumento del apelante consistente en que el tribunal dejó de resolver sobre la pretensión de anulación del acto que confirmó la multa en sede administrativa. Como la demandada no apeló esa determinación no hay lugar a pronunciarse en esta instancia sobre la legalidad de los actos contractuales demandados y se mantendrá lo resuelto por el *a quo*.

También se demandó la nulidad de la Resolución 002 de 19 de marzo de 1997 *“por la cual se declara un incumplimiento y se termina un contrato, se dispone hacer efectiva la cláusula penal con cargo a la correspondiente garantía de cumplimiento*

y se nombra el liquidador del contrato”, así como también la Resolución 004 que resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución 002. Contrario a lo afirmado en la apelación el ordinal primero liberal *b)* de la sentencia apelada sí decidió expresamente sobre la anulación del acto inicial y del que lo confirmó en sede administrativa; como la parte accionada no apeló y la apelación de la actora al respecto es contraevidente, debe mantenerse esta determinación.

El tribunal de primera instancia negó la pretensión de nulidad y mantuvo la presunción de legalidad respecto del acto de liquidación; la actora insistió en esta instancia en la anulación de la Resolución 005 por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato por lo cual procede pronunciarse de fondo sobre ello.

Así las cosas, para la decisión del recurso deberá analizarse si Ecopetrol podía liquidar el contrato, en tanto interpretada integralmente la demanda se verifica que lo reclamado tiene que ver con que, a juicio del apelante, no le era dable a la entidad modificar unilateralmente el proyecto de acta bilateral que habían discutido; para ello se debe determinar, en primer lugar, el régimen jurídico de liquidación de los contratos regidos por el derecho privado; seguidamente se deberá pronunciar la Sala sobre los presuntos incumplimientos de Ecopetrol en los que insistió la apelante y sobre las reclamaciones económicas derivadas del incumplimiento. La apelación también versa sobre los efectos económicos de la anulación del acto administrativo que impuso multa y que fue anulado mediante decisión que no fue cuestionada, pese a lo cual no se reconoció suma alguna a título de restablecimiento del derecho por lo cual se impone verificar si hay lugar a la prosperidad de esa pretensión.

La Sala revocará parcialmente la sentencia apelada y anulará el acto de liquidación porque la demandada no podía imponer unilateralmente los términos de la liquidación; se mantendrá la decisión de negar los incumplimientos porque no quedaron acreditados, así como la decisión de denegar las pretensiones de la demanda de reconvención porque Ecopetrol no apeló; para tal efecto el análisis se dividirá en dos partes: *(i)* el régimen jurídico del contrato y la competencia para liquidarlo unilateralmente y, *(ii)* el análisis sobre cada uno de los presuntos incumplimientos de Ecopetrol.

2. Decisión del recurso

La decisión del recurso se adelantará con los lineamientos que anteceden y con el siguiente derrotero: (i) régimen jurídico del contrato y liquidación unilateral, (ii) efecto económico de la nulidad de las Resoluciones 001 y 003 que imponían multa al contratista y, (iii) incumplimiento de Ecopetrol.

3. Régimen jurídico del contrato y liquidación unilateral

Para la época de suscripción del contrato DOR-SOT-0023-96 (12 de septiembre de 1996) la Empresa Colombiana de Petróleos era una empresa industrial y comercial del Estado y de acuerdo con el Decreto 1209 de 1994 se regía por el derecho privado¹, así las cosas, sus relaciones con los particulares se desarrollan normalmente en condiciones de igualdad por lo que carece de poderes para adoptar la liquidación del contrato unilateralmente mediante acto administrativo.

El artículo 61 de la Ley 80 de 1993² permite que las entidades estatales liquiden unilateralmente los contratos mediante acto administrativo motivado, disposición que no es aplicable a los contratos que se rigen por el derecho privado; en este caso Ecopetrol no gozaba de prerrogativa legal para liquidar unilateralmente el contrato y esta tampoco se pactó⁴, lo que releva a la Sala de un análisis adicional al respecto.

Aunque la Sala no comparte la tesis del demandante según la cual el acta de la reunión inicial “*quedó ejecutoriada por haber sido notificada en estrados*”, por no tratarse de una providencia sujeta a ser notificada sino de la constancia de una reunión en la que no se llegó a ningún acuerdo porque el demandante objetó en forma total el proyecto de liquidación presentado por Ecopetrol, el cargo prospera porque, tal como lo afirma la demandante, Ecopetrol no podía adoptar la liquidación unilateralmente e imponer un cruce de cuentas en contravía de las tratativas que se adelantaban con el contratista, razón suficiente para acceder a la pretensión de nulidad invocada.

¹ Decreto 1209 de 1994. “*Artículo 1º. La Empresa Colombiana de Petróleos es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, autonomía administrativa y dispositiva, y con patrimonio propio e independiente. En su organización interna y en sus relaciones con terceros continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos, salvo las excepciones consagradas en la ley*”. (Resalta la Sala).

² *Ibidem*, “*Artículo 61. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición*”.

Como lo alegó la actora, Ecopetrol no podía válidamente la contratante variar lo discutido bilateralmente y adoptar mediante acto administrativo una liquidación que el contratista no consintió; de no lograrse acuerdo para la liquidación correspondía acudir al juez para lo pertinente; por lo tanto, se revocará la decisión de mantener la presunción de legalidad del acto de liquidación unilateral contenido en la Resolución 005 de 1999 y, en su lugar, se dispondrá su nulidad.

4. Efecto económico de la nulidad de las Resoluciones 001 y 003 que imponían multa al contratista

El apelante considera que debió reconocerse el valor de las multas porque sí generaron afectación patrimonial al contratista porque se tuvo como una deuda del contratista frente a Ecopetrol al liquidar el contrato; si bien es cierto que el valor de la multa (\$1.996.397) se tuvo en cuenta como deuda del contratista al momento de adoptar la liquidación que se anulará, en la demanda no se reclamó restablecimiento del derecho derivado de la nulidad de las Resoluciones 001 y 003, no se pretendió su devolución. Los perjuicios reclamados en la pretensión segunda de la demanda son los derivados del incumplimiento como expresamente se reclamaron de modo que esta pretensión no habilita a la Sala para pronunciarse sobre el restablecimiento del derecho pretendido en la alzada.

5. Incumplimiento de Ecopetrol

5.1 Anticipo

La apelante sostiene que el incumplimiento de Ecopetrol fue la causa de las demoras en la ejecución del contrato porque (i) demoró la entrega del anticipo, (ii) dispuso efectuar pruebas innecesarias sobre el espesor de las láminas que se utilizarían para la construcción de los tanques, pese a que factores externos causaron la demora en la ejecución y generaron sobrecostos, (iii) no restableció el equilibrio económico del contrato en la cuantía solicitada.

El pliego preveía lo siguiente respecto del anticipo: “*Ecopetrol concederá al contratista, a título de anticipo, una suma igual al veinticinco por ciento 25% del valor fijo pactado, el cual será entregado antes de la suscripción del acta de iniciación de los trabajos, previa la presentación de la cuenta de cobro por su valor y la garantía correspondiente*”; por su parte, el contrato previó que el anticipo

consistía en “un anticipo, equivalente al 30% del valor estimado del contrato, que se pagará dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de presentación de la correspondiente cuenta de cobro, previo el perfeccionamiento del contrato” (fl. 38 cdno 17).

Sin embargo, a juicio de la Sala, la fecha de entrega del anticipo no fue relevante en los tiempos de ejecución porque, según lo reconoce la apelante, había pagado las láminas con recursos propios desde el 5 de septiembre de 1996³, antes de la radicación de la cuenta de cobro correspondiente (27 de septiembre de 1996, fl. 2 vto cdno. 7)⁴ y del vencimiento consecuencial del plazo con que contaba Ecopetrol para el efecto. Aunque el plan de inversión del anticipo presentado por la contratista preveía su utilización parcial en la compra de la lámina (fl. 116 cdno. 17) lo cierto es que ella misma reconoció que la había comprado sin acudir a estos recursos; por consiguiente, aunque la factura de compraventa aportada al proceso fue emitida el 29 de octubre de 1996 (fl. 160 y ss cdno. 4) el contratista aceptó que esa fue la fecha de remisión de la mercancía pero insiste en que la compra tuvo lugar desde el 5 de septiembre del mismo año.

Con todo, el plazo para entregar el anticipo venció el 12 de octubre de 1996 y solo se entregó efectivamente el día 18 de los mismos mes y año lo que equivale a una demora de 6 días que Ecopetrol también reconoció en el curso del proceso. No hay evidencia de que esa mora hubiera influido en los atrasos en la ejecución porque el contratista ya había pagado los materiales (láminas) y no alegó ni probó haberse visto impedido de ejecutar por ausencia de esos recursos económicos; empero, sí se incumplió la fecha pactada para la entrega del anticipo ya que las condiciones para que este fuera exigible se limitaban a que existiera acta de inicio, se hubiera expedido la garantía y se hubiera presentado la cuenta de cobro.

Para acreditar los perjuicios derivados del incumplimiento se practicó un dictamen pericial (fl. 217 cdno. 1). El perito concluyó que la mora ocurrió desde el 27 de septiembre de 1996, cuando se radicó la cuenta de cobro hasta el 18 de octubre

³ El testigo Jesús Enrique Fernández Santos (fl. 193 cdno. 1) dijo haber conocido “que el ingeniero Guillermo Bernal hizo un préstamo para comprar las láminas para hacer los tanques, porque el anticipo no le había salido, esto me lo contó él”.

⁴ En la minuta de la interventoría consta la fecha de radicación de la cuenta de cobro. Cosa diferente es que el informe de interventoría del 1 de octubre siguiente señala que la cuenta de cobro del anticipo había sido radicada, lo que no quiere decir que lo fue en la fecha del informe, por lo que en este punto la Sala no comparte la conclusión del *a quo*.

del mismo año, esto es, que tuvo una duración de 21 días. La Sala no acoge esa primera conclusión porque no tuvo en cuenta el plazo de 15 días pactado para el pago, descontados los cuales solo hubo mora por 6 días, según se precisó en el párrafo anterior.

Con el fin de establecer el valor del perjuicio el perito indicó que: el valor total del contrato era de \$199.639.967, divididos entre 90 días de plazo, para un total de “renta” diaria de \$2.218.219 que multiplicados por 21 días de mora arrojó un daño emergente de \$46.582.599, suma que actualizó multiplicándola por 1,48 (factor que dijo haber obtenido de la “*tabla relacionada con el daño emergente*”) para concluir que el perjuicio ascendió a \$68.942.246. Esta conclusión será desechada por la Sala porque la metodología utilizada para llegar a ella carece de fundamento; el perjuicio durante el período de la mora no equivale a privarse de un día de remuneración del contrato pues, no se trató de un contrato de prestación de servicios o similar que se remunerara en razón de los días laborados y, en todo caso, el valor total del contrato no se alteró por la tardanza en la entrega del anticipo, así que no hay razón para concluir que el contratista perdió \$2.218.219 por cada día; en consecuencia, tampoco se acoge la actualización propuesta porque trae a valor presente una cifra que no se tendrá en cuenta para la indemnización y, sobre todo, porque no se conoce la fuente del factor (1,48) utilizado para obtenerla.

En ese contexto, no hay prueba de algún perjuicio causalmente ligado con la demora de 6 días en la entrega del anticipo ni habría lugar a aplicar alguna presunción de lucro cesante que causara intereses sobre los dineros porque no se trataba de un capital que debiera generar réditos para el contratista sino de dineros que solo ingresaban al patrimonio del contratista cuando se amortizaran a través de la ejecución de la obra contratada. Así las cosas, aunque hay prueba de que Ecopetrol se tardó seis días en entregar el anticipo no se acreditaron los perjuicios causalmente ligados a esa situación por lo que no es constitutiva de incumplimiento contractual y se mantendrá la decisión de negar esa pretensión.

5.2 Revisión del espesor de las láminas

Afirma la apelante que la revisión del espesor de las láminas por parte de Ecopetrol constituyó un incumplimiento que generó tardanzas en la ejecución del contrato y los correspondientes perjuicios que deben ser resarcidos. Contrario a ello se

verifica que el pliego de condiciones imponía que los materiales estarían a cargo del contratista y que este debía entregar, a su costa y con la debida anticipación, una muestra de los materiales que se requieran para que la interventoría verificara que cumplieran las exigencias del pliego:

“Todos los materiales que sean necesarios para la construcción total de las obras, con excepción de los materiales y equipos que se especifican en los documentos que hacen parte del presente pliego y que serán suministrados por ECOPETROL, deberán ser aportados por el CONTRATISTA y colocados en el sitio de las obras. Así mismo, deberá considerar las diversas fuentes de materiales y tener en cuenta en su propuesta todos aquellos factores que incidan en su suministro. Todos los costos que demande la compra, exploración, explotación, procesamiento, transporte, manejo, vigilancia etc., de dichos materiales serán por cuenta del CONTRATISTA, quien además deberá asumir los riesgos de pérdida, deterioro y mala calidad de los mismos.

*EL CONTRATISTA deberá suministrar, **con la anticipación debida**, las muestras que se requieran y las pruebas o ensayos que estime pertinente efectuar LA INTERVENTORÍA para determinar que la calidad de los materiales cumple con lo estipulado en el pliego, todo lo cual será por cuenta del CONTRATISTA”. (fl. 25, cdno. 19 - Se resalta).*

Adicionalmente, el pliego reservaba la posibilidad de que la interventoría practicara ensayos diferentes a los previstos y los repitiera, en caso de dudas, así:

“Si fuere preciso, a juicio de la INTERVENTORÍA, se podrán practicar pruebas o ensayos diferentes a los previstos. Estas pruebas o ensayos serán bajo la responsabilidad del CONTRATISTA y se pagarán de acuerdo con los precios del contrato o a los precios previamente convenidos, si no estuvieren pactados. También se podrán repetir las pruebas o ensayos que se hubieren hecho, en caso de duda. Si dichas pruebas indican que la INTERVENTORÍA tenía razón en sus dudas, entonces el CONTRATISTA asumirá los costos de dichas pruebas y en caso contrario las asumirá ECOPETROL” (fl. 26 cdno 19).

En cuanto a las láminas para la construcción de los tanques el pliego preveía que debían cumplir la norma API650 y/o ASTM que, no podían tener signos de haber sido utilizadas previamente -esto es, debían ser nuevas- y que *“los costos que se generen por la realización de pruebas y ensayos que, a juicio de ECOPETROL sean necesarios, serán pagados por el CONTRATISTA”,* de igual manera disponía: *“antes de comenzar el proceso de fabricación y montaje, se deberá tener el conjunto de planos y listado de materiales requeridos para tal efecto, debidamente*

aprobados para construcción por parte de ECOPETROL o a quien le represente para tal fin” (fl. 101 cdno. 19).

Conforme a lo expuesto resulta patente que la exigencia de pruebas de espesor no correspondió a una conducta antijurídica de ECOPETROL, por el contrario, el contratista conocía el deber que le asistía de suministrar oportunamente las muestras del material; el laboratorio Ensayos no Destructivos de Colombia Ltda certificó con destino a este proceso que practicó las pruebas los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 1996, y que para el año 2002 cuando se expidió el certificado, la demandante no había pagado el valor de las pruebas (fl. 158 cdno. 4). Frente al argumento del contratista de que los materiales contaban con certificados de conformidad, el pliego preveía expresamente que también era su obligación aportarlos sin perjuicio de las pruebas correspondientes: *“todos los materiales deberán ser aprobados por la INTERVENTORÍA, de acuerdo con las normas y especificaciones presentadas. Adicionalmente, EL CONTRATISTA deberá presentar a la interventoría los certificados de calidad y procedencia de los materiales suministrados por él”* (fl. 129 cdno 19).

Por lo expuesto se concluye que ECOPETROL no incumplió por el hecho de exigir la prueba de espesor de las láminas.

5.3 Plazo contractual e inicio de los trabajos

Cuestiona la apelante que los plazos contractuales se trastocaron por causa del incumplimiento de Ecopetrol y otras externas lo cual le generó perjuicios; tachó de falsa el acta de inicio de los trabajos de 27 de septiembre de 1996 por considerar que no fue tal la época en que efectivamente empezaron y que esto incidió en la contabilización del plazo. La primera instancia desestimó la tacha porque el CTI no encontró rastros o signos de alteración en el documento. A juicio del apelante, ECOPETROL nunca aportó el original del documento y que el dictamen se rindió con base en un fotocopia -lo que impidió verificar si este había sido alterado- ; contrario a ello, en el proceso reposa el original del acta de inicio de 27 de septiembre de 1996 (fl. 67 cdno. 2) aportada por ECOPETROL como prueba en su demanda de reconvención y el dictamen pericial refiere que *“conocido el material objeto de estudio, se procedió a analizar cada uno de ellos originales y copias fotostáticas, con el fin de establecer si presentaban alguna alteración”* (fl. 29 cdno

3), lo cual desvirtúa la afirmación de que el análisis se hizo únicamente sobre fotocopias.

Para la Sala lo planteado en el recurso, más allá de insistir en la prueba de una falsedad material el acta de inicio de trabajos, está encaminado a sostener una interpretación del contratista según la cual, solo cuando tuviera a su disposición las láminas podía iniciar la ejecución, sin embargo, el pliego preveía las condiciones para el inicio de las obras:

“5.4. INICIACIÓN DE LAS OBRAS

EL CONTRATISTA deberá iniciar las obras dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato, una vez cumplidos los requisitos que adelante se mencionan. (...) De la iniciación de las obras quedará constancia, en acta que suscribirán la interventoría y el contratista. Para la iniciación de las obras se requiere el cumplimiento de:

*Perfeccionamiento del contrato
Pago de impuesto de timbre
Aprobación de la garantía única
Tener aprobado el programa detallado de trabajo (PDT) por parte de la INTERVENTORÍA de ECOPETROL
Acuerdo de procedimiento de coordinación del contrato entre las partes” (fl. 36 cdno. 19).*

Así, el inicio de las obras no estaba sujeto al arribo físico de los materiales sino a unos requisitos objetivos cuyo cumplimiento no cuestionó la actora y, en consecuencia, el contrato inició cuando -según el pliego- interventor y contratista suscribieron el acta de inicio cuya falsedad no se demostró. En esas condiciones no hay prueba de incumplimiento de ECOPETROL respecto del plazo de ejecución.

La apelante reclama que circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que incidieron en ejecución y generaron sobrecostos que alteraron su equilibrio financiero ante lo cual la demandada permaneció pasiva. Si lo pretendido era señalar que ECOPETROL incumplió su deber de reestablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato previsto en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 basta con señalar que el contrato era de derecho privado, como ya se analizó y, por tanto, está exceptuado de la aplicación de ese estatuto, por lo que no tenía dicho deber frente al contratista.

Adicionalmente, está probado que esas circunstancias que dificultaban la ejecución sí fueron tratadas por las partes y se lograron acuerdos que fueron aceptados por ambas, sin reservas; estos incluyeron dos ampliaciones del plazo con pacto expreso

sobre la forma en que ello incidiría en la remuneración. En efecto, consta que el plazo inicialmente pactado en el contrato era de 84 días (fl. 18 cdno. 2); el 13 de diciembre de 1996 el contratista solicitó una primera ampliación del plazo “principalmente por el paro que hubo en el transporte de carga” (fl. 8 cdno. 6); la Interventoría conceptuó que dicho paro afectó la ejecución durante 25 días (fl. 113 cdno. 20) y Ecopetrol concedió la ampliación del plazo por ese lapso (fl. 115 cdno. 20).

El 13 de diciembre de 1996 el contratista solicitó una nueva ampliación del plazo por 30 días “considerando que durante la ejecución del contrato se han presentado hechos constitutivos de fuerza mayor (...) principalmente el paro que hubo con el servicio de transporte de carga” (fl. 61 cdno. 6). Con fundamento en ello el 17 de enero de 1997 las partes de común acuerdo ampliaron el plazo contractual en 49 días. Pese a que la contratista solicitó ampliación por 30 días se acogió el concepto de la interventoría según el cual se requerían 49:

“ACTA DE ACUERDO

*Con el fin de preservar el equilibrio económico del contratista, resolvemos conceder mediante la presente acta una prórroga de 49 días calendario contados a partir del día 20 de enero de 1997, prórroga que consulta los intereses de las partes en la obtención del objetivo contratado. El motivo de la presente prórroga es un hecho constitutivo como fuerza mayor atribuible a la inclemencia del clima y al mal estado de la vía Tibú - La Gabarra. Será **responsabilidad del contratista el pago de salarios y prestaciones sociales así como la ampliación de las pólizas que se generen de la presente prórroga. Será responsabilidad del Ecopetrol reconocer un 20% de A.I.U. por los gastos adicionales por salarios, prestaciones y ampliación de pólizas en que incurra el contratista**” (fl. 7 cdno. 5 - negrillas adicionales).*

De lo expuesto se colige que las partes en atención a las circunstancias externas alegadas acordaron: que el contrato se ampliara, que el contratista asumiera los costos y que ECOPETROL reconociera un 20% adicional del AIU para sufragar los sobrecostos de personal y pólizas; también consta que por el paro de trabajadores estatales las partes acordaron una suspensión de obra entre el 11 y el 18 de febrero de 1997.

El 20 de marzo de 1997 ECOPETROL le reconoció al contratista unos sobrecostos por la suma de \$11.587.866 (fl. 161 cdno. 2) derivados de factores externos, así: Frente Río de Oro: problemas de transporte (5 días), lluvias que impidieron soldar

(5 días), parada de obra por la intervención de la comunidad (3 días), fuga de gas (1 día); frente J-10: problemas de transporte de la vía Cúcuta (2 días), parada de obras por la USO (5 días), seguridad industrial (1) día (fl. 162 cdno 2).

Así las cosas, contrario a lo alegado en la alzada, se verifica que los hechos que afectaron los tiempos de ejecución sí fueron discutidos y sobre ellos llegaron a acuerdo las partes; de igual manera, que ECOPETROL reconoció unas sumas que si bien no llegaban a la cuantía reclamada por el contratista pretendieron paliar los efectos económicos de las circunstancias no imputables a las partes que generaron demoras en la ejecución. Con todo, la apelante no alegó ni acreditó una excesiva onerosidad en la ejecución del contrato en los términos del artículo 868 del Código de Comercio.

5.4 Falta de remoción de los tanques a ser reemplazados

En el recurso la apelante cuestionó que la no remoción oportuna de los tanques “viejos” demoró los trabajos; no obstante, este incumplimiento no se alegó en la demanda por lo cual la Sala se abstiene de analizarlo.

6. Costas

No se evidencia alguna conducta temeraria o de mala fe de las partes que justifique la imposición de costas por lo que no se condenará por este concepto en aplicación del artículo 171 del Decreto - ley 01 de 1984, aunque la infundada tacha de falsedad promovida por la actora justificaría eventualmente condenarla, dicho incidente se resolvió en la primera instancia y no hubo apelación sobre la negativa de costas dispuesta por el *a quo*.

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

FALLA

PRIMERO: Modifícase la sentencia de 28 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander cuya parte resolutive queda así:

1º) Declárase la nulidad de los siguientes actos: (i) Resolución 001 de 12 de marzo de 1997, (ii) Resolución 002 de 18 de marzo de 1997, (iii) Resolución 003 de 8 de abril de 1997, (iv) Resolución 004 de 24 de junio de 1997, (v) Resolución 005 de 21 de agosto de 1997 y (vi) Resolución 006 de 23 de septiembre de 1997, expedidas por ECOPETROL dentro de la ejecución del contrato DOR-SOT-0023-96.

2º) Niéganse las demás pretensiones de la demanda principal y todas las de la demanda de reconvencción.

SEGUNDO: Cúmplase la presente sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO. En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las desanotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado (aclara voto)
(firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.