

OMISION PROBATORIA DE LAS PARTES - Aplicación del principio de autorresponsabilidad de las partes / PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD - Omisión probatoria / PRUEBA - Carga de la prueba. Aplicación del principio de autorresponsabilidad de las partes

Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil, de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección, en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa exigible a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. (...) en el caso concreto resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende, de manera que es la parte actora la que debe soportar las consecuencias de su inobservancia o descuido, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones relacionadas con las obras e ítems extras y adicionales, pues ese es el efecto que se desprende del hecho de que no obre en el plenario el anexo n.º 1, el pliego de condiciones y la oferta presentada en el proceso de selección adelantado por Ecopetrol.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver, las sentencias: 17 de marzo de 2010, exp. 15682 y 16 de abril de 2007, exp. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01.

PRUEBAS - Carga de la prueba. Reglas que la informan

“Son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a saber: a) Onus probandi incumbit actori, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción; b) Reus, in excipiendo, fit actor, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y c) Actore non probante, reus absolvitur, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.”

LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Noción. Efectos y observaciones realizadas a la misma / CONTRATO ESTATAL - Liquidación. Efectos y observaciones a la liquidación

La liquidación es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico estatal celebrado. Tiene por objeto, como lo ha señalado de tiempo atrás la Sala, definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, precisar su estado económico y el de los derechos y obligaciones de las partes con ocasión a su ejecución; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas y finiquitar así el vínculo contractual. (...) Esta operación es posterior a la

terminación normal (culminación del plazo de ejecución o culminación del objeto) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), y procede y es necesaria en los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo y los demás que lo requieran.

LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Momento. Término / CONTRATO ESTATAL - Liquidación. Momento o término

Se debe practicar a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga, mediante la celebración de un negocio jurídico extintivo entre las partes (si es de mutuo acuerdo) o un acto administrativo expedido por la entidad contratante (si es unilateral).

LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Tipos o modalidades / CONTRATO ESTATAL - Liquidación. Tipos o modalidades / LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Bilateral / LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Unilateral

La liquidación puede ser: (i) bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes dentro del plazo contractual o el legal (4 meses); o (ii) unilateral, por acto administrativo que se profiere cuando: a) no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, b) no se logra la liquidación bilateral o c) se logra parcialmente y (iii) judicial, cuando se pide por esta vía a través de la acción de controversias contractuales y se demanda en tiempo, porque a) no se ha producido la liquidación; o b) respecto de puntos no liquidados.

LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Liquidación bilateral o de mutuo acuerdo. Requiere dejar salvedad para acudir posteriormente ante la jurisdicción por alguna diferencia / LIQUIDACION BILATERAL O DE MUTUO ACUERDO - Requiere dejar salvedad para acudir posteriormente ante la jurisdicción por alguna diferencia

Atendiendo la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, cuando se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de la autonomía privada que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato. (...) las observaciones o salvedades a la liquidación bilateral no se constituyen en un requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción, pero sí resultan ser un presupuesto de orden material en el marco de la legitimación en la causa por activa, en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones. (...) siguiendo el criterio jurisprudencial se tiene que: (i) si las partes quedaron a paz y salvo en el acta de liquidación, sin reparos ni salvedades, no tendrán prosperidad los reclamos en vía judicial; (ii) si en el acta de liquidación quedaron pagos pendientes, las partes pueden hacer efectivos los mismos a través de procesos ejecutivos; y (iii) se reconoce la posibilidad de que las partes hagan reservas y salvedades para reclamaciones futuras.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema, se pueden consultar los fallos: 25 de noviembre de 1999, exp. 10893; 6 de mayo de 1992, exp. 6661; 6 de diciembre de 1990, exp. 5165; 30 de mayo de 1991, exp. 6665; 19 de julio de 1995, exp. 7882; 22 de mayo de 1996, exp. 9208 y 20 de mayo 2009, exp. 16976.

EQUILIBRIO ECONOMICO O FINANCIERO DEL CONTRATO - Riesgo normal soportable y ruptura del equilibrio. Punto de no pérdida

Ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo hagan incurrir en pérdidas, que no habría sufrido si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. (...) Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. (...) la mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante o la ocurrencia de hechos externos a las partes configurativos de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, sea que impliquen o no mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acrediten y estén debidamente demostrados, o llevarlo a un punto de no pérdida, según el caso.

EQUILIBRIO ECONOMICO O FINANCIERO DEL CONTRATO - ius variandi o potestad de modificación unilateral del contrato

El ejercicio del *ius variandi*, en virtud del cual la administración tiene la posibilidad de modificar unilateralmente los términos del contrato, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular (supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios), también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales.

EQUILIBRIO ECONOMICO O FINANCIERO DEL CONTRATO - Carga de la prueba. Obligación de probar la causa generadora de desequilibrio

Cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo -que debe ser probado- por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema, se pueden consultar las providencias de 6 de septiembre de 1995, exp. 7625, C.P. y 18 de septiembre de 2003, exp. 15119.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429)

Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES LETY LTDA.

Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPETROL

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 6 de abril de 2001, dictada por la Sala de Descongestión para fallos administrativos de Barranquilla, mediante la cual se decidió declarar probada la excepción de pago propuesta por el demandado y no condenar en costas.

SÍNTESIS DEL CASO

Construcciones Lety Ltda., quien celebró el contrato de obra pública DIJ-A-404-89 y los contratos adicionales n° DIJ-P-160-AD-90 y n° DIJ-A-176-AD-90, con la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, para la ampliación de la refinería de Cartagena, alega haber sufrido un desequilibrio económico durante su ejecución como consecuencia de los costos en que incurrió, derivados de una mayor permanencia en obra, de unas mayores cantidades de obras, *ítems* no contemplados y obras adicionales, según su criterio, por circunstancias ajenas a su voluntad, como la huelga del sindicato de la USO (Unión Sindical Obrera) que impidió desarrollar sus labores y una serie de modificaciones unilaterales realizadas por la administración.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. El 11 de diciembre de 1992, la sociedad Construcciones Lety Ltda. (también en adelante Lety Co. Ltda.) presentó demanda en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 1-11 c. ppl.), en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de cuatro millones trescientos setenta y cinco mil ciento noventa y cuatro pesos con veintisiete centavos (\$4.375.194.27) por concepto de impedimento por parte del Sindicato de Base de Ecopetrol, denominado USO al área donde se desarrollaron las labores contractuales de acuerdo a los hechos y omisiones que se presentarán en adelante.

SEGUNDA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada Ecopetrol la suma de cinco millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos veintinueve pesos con treinta y cinco centavos (\$ 5.945.429.35), por concepto de mayor permanencia en obra de la cuadrilla de topografía provocada por los adicionales y modificaciones unilaterales de la parte demandada, en el contrato objeto de la presente demanda.

TERCERA: A) Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de cinco millones quinientos cinco mil ochocientos treinta y dos pesos con treinta y dos centavos (\$5.505.832.32) por concepto de la construcción de TIE-INS en varias líneas sin el respectivo ítem de pago. B) Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de un millón doscientos sesenta y tres mil setecientos dos pesos (\$1.263.702.00) por concepto de suministro e instalación de teja española para la caseta de control y facturación, así como para la caseta de los taxistas, sin el respectivo ítem de pago.

CUARTA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de ochocientos cuarenta mil seiscientos ochenta y cuatro pesos con veinticinco centavos (\$840.684.25) por concepto del tiempo adicional de instrumentistas no pagadas en la liquidación.

QUINTA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de novecientos sesenta y tres mil quinientos noventa y tres pesos con doce centavos (\$963.593.12) valor de los materiales eléctricos suministrados para la estructura de la 13.2 KV y que en el pliego de condiciones eran a cargo de la demandada.

SEXTA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de cuatrocientos quince mil cuarenta y cuatro pesos (\$415.044.00) por concepto de suministro de marquillas para identificación de circuitos no contemplados en el contrato y exigidas por la interventoría.

SEPTIMA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de cuatrocientos diez y ocho mil seiscientos once pesos con treinta y cinco centavos (\$ 418. 611.35) por concepto de adaptación de cañuelas de 6" no previstas en el contrato.

OCTAVA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de un

millón ciento setenta y tres mil trescientos ochenta pesos con dos centavos (\$1.173.380.02) por concepto de permanencia de obra de los señores Ramiro Rivera y José Cruz autorizado por la interventoría y no pagados por la demandada.

NOVENA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de dos millones quinientos sesenta y dos mil setenta y cuatro pesos con ocho centavos (\$2.562.074.08) por concepto de permanencia de obra de la cuadrilla para el desmantelamiento del tanque y no pagados por la demandada.

DÉCIMA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de setenta y dos millones setecientos cuarenta y nueve mil seiscientos noventa pesos con cincuenta y nueve centavos (\$72.749.690.59) por concepto de mayor permanencia de obra de personal calificado y de equipos por causas exclusivas y únicas de la parte demandada.

ÚNDECIMA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de veintiséis millones ciento nueve mil setecientos pesos (\$26.109.700.00) por concepto de errores de estimación en las cantidades de obra proyectadas por la demandada y realmente ejecutadas por la demandante, por negligencia técnica imputable exclusivamente a la demandada.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA y en contra de la demandada ECOPETROL la suma de setenta y cuatro millones seiscientos cinco mil setecientos noventa y dos pesos (\$74.605.792.00), por concepto de lucro cesante.

DÉCIMA TERCERA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA y en contra de la demandada ECOPETROL las sumas que se prueben por concepto de indexación monetaria desde cuando hubo de producirse el pago de los conceptos contenidos en las pretensiones primera a undécima, hasta tanto no se verifique realmente dicho pago.

DÉCIMA CUARTA: Que se ordene a pagar en dinero líquido a favor de la demandante LETYCO LTDA. y en contra de la demandada ECOPETROL las sumas de interés moratorio a la tasa del porcentaje que para tales efectos certifique la superbancaria desde la fecha en que hubo de producirse el pago de las pretensiones primera a undécima, hasta la fecha en que realmente se produzca dicho pago.

DÉCIMA QUINTA: Que se condene a pagar a la demandada ECOPETROL las sumas que se ocasione por el presente proceso, tales como agencias en derecho, costas y costos que se prueben.

2. En apoyo a sus pretensiones, la parte actora relató que celebró con Ecopetrol el contrato DIJ-A-404-89, que tenía como objeto las obras civiles y electromecánicas para la ampliación de la capacidad de almacenamiento, llenado y bombeo de asfalto de la refinería de Cartagena, el cual sufrió dos modificaciones mediante los contratos adicionales DIJ-(P)-160-AD-90 y DIJ-(A)-176-AD-90, para un total de

plazo de ejecución de 170 días, siendo entregadas las obras el día 20 de julio de 1990 y liquidados los precitados contratos el 13 de diciembre de ese mismo año. Afirmó la actora que, como consecuencia de la celebración, ejecución y terminación de los contratos se vio al borde de una crisis de tipo financiero, técnico y administrativo, que la situó al borde de su desaparición, en virtud de la imprevisión de la demandada en la cuantificación de la programación general de la obra y otras circunstancias no imputables a la contratista, que ocasionaron una mayor permanencia en obra y unos mayores costos que tuvo que asumir, con ruptura del equilibrio financiero del contrato, según se deduce de los siguientes hechos:

2.1. Adujo que los días 23 de marzo y 27 de abril de 1990, el sindicato de Ecopetrol, USO, esgrimiendo razones ajenas al contrato, prohibió el ingreso del personal que laboraba para la contratista en la ejecución de la obra, situación que fue informada oportunamente a la interventoría.

2.2. Señaló que Ecopetrol ordenó por medio de la interventoría ejecutar obras civiles y de control topográfico, que no estaban dentro del estricto marco contractual; además, pese a que entregó el 31 de marzo de 1990 las actividades de localización y replanteo, por expresa solicitud de la interventoría tuvo que permanecer hasta el 28 de julio de 1990, con el fin de ejecutar tales modificaciones.

2.3. Indicó que ejecutó *ítems* y labores no contempladas en el pliego de condiciones, por imprevisión de la entidad, pero que resultaban necesarias para la cabal ejecución de la obra, y que consistieron en la instalación de 12 unidades de tie-ins y 205.48 m² de teja.

2.4. Enfatizó que dispuso por solicitud de Ecopetrol de dos operarios calificados adicionales (un supervisor y un instrumentista), que permanecieron en la obra hasta el día 12 de julio de 1990, esto es, 20 días y no 7 como fueron los reconocidos por la entidad contratante.

2.5. Puntualizó que asumió materiales que según el pliego de condiciones (especificaciones 11 y 12.02 último párrafo y capítulo 12) correspondían a la entidad contratista.

2.6. Manifestó que la entidad le exigió para la instalación de las cañuelas la elaboración de unas ranuras, cuyo valor no le fue reconocido.

2.7. Esgrimió que por expresa determinación de la interventoría hubo la necesidad que dos ingenieros a su cargo prestaran asesoría a Ecopetrol para la revisión de los isométricos y el diseño de la caseta base de quemadores y planos de reforma, sin que Ecopetrol procediera a pagar el costo de sus servicios.

2.8. Agregó que para el desmantelamiento del tanque existente se requirió de operarios adicionales y especializados desde el 19 de junio hasta el 13 de julio de 1990, debido a la demora de Ecopetrol de dar entrada de labores al personal contratado para tal fin.

2.9. Sostuvo que desde el inicio de la ejecución del contrato informó a Ecopetrol sobre los efectos del porcentaje de variación de la obra y que por factores de poder y amenaza de que se le declarara la caducidad del contrato, se le obligó y constriñó a firmar los contratos adicionales a efectos de renunciar a reclamaciones de orden legal, a sabiendas que quien originaba los nuevos contratos era

Ecopetrol por su indebida planeación en los diseños y especificaciones técnicas de las obras contratadas.

3. Invocó en la demanda la actora como fundamentos de responsabilidad: (i) el desequilibrio financiero del contrato; (ii) el enriquecimiento sin causa; y (iii) la mayor permanencia en obra.

II. Trámite procesal

4. El Tribunal Administrativo de Atlántico **admitió** la demanda por auto de 10 de febrero de 1993 (f. 70 c. ppl.), el cual fue notificado a la entidad demandada (f. 71 *ídem*).

5. La entidad demandada **contestó la demanda** (f. 72-77 c. ppl.) y se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y en particular afirmó que no incurrió en improvisación al contratar, que los riesgos derivados de las suspensiones de trabajo fueron asumidos por la actora, que pagó las sumas que debía pagar a la contratista, y que esta renunció expresamente a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por causa o con ocasión de las prórrogas del contrato principal, según los adicionales suscritos entre las partes DIJ-(P)-160-AD-90 y DIJ-A-176-AD-90. También precisó que: (i) pagó a la demandante un valor de \$7.152.076,00, por concepto de mayor tiempo de algún personal (topógrafo, ayudante, cadenero, entre otros) por instalación de tubería de cobre, por suministro e instalación de lámina galvanizada, por sobrecosto del embeco 636 y por tiempo adicional de un supervisor y un instrumentista; (ii) la construcción de los tie-ins que reclama la demandante le fue pagada como montaje de tubería, la elaboración de ranuras de cañuelas fue pagada como instalación de 150 metros adicionales de aislamientos de tubería 6", y la teja española fue pagada como cubiertas; (iii) la interventoría no autorizó a ninguna persona para que participara en los diseños de la caseta de control, y los planos e información fueron ejecutados y suministrados por Ecopetrol.

6. Formuló las siguientes **excepciones de fondo**: (i) contrato cumplido, por cuanto Ecopetrol satisfizo a cabalidad todas las obligaciones que asumió; (ii) caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que los contratos adicionales que comportaron las renunciaciones a las reclamaciones que se impugnan tuvieron ocurrencia el 29 de mayo y 29 de junio de 1990, y la demanda se presentó el 11 de diciembre de 1992.

7. Mediante proveído de 16 de abril de 1997 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**. La demandada reiteró lo expresado en la contestación de la demanda en cuanto que existía caducidad de la acción, que hubo una transacción entre las partes contenida en los contratos adicionales DIJ-(P)-160-AD-90 de 29 de mayo y DIJ-A-176-AD-9029 de 29 junio de 1990, que la contratista se le pagó lo ejecutado y que las pérdidas alegadas por ella no son resultantes de los contratos suscritos con Ecopetrol (f. 276-279 c.ppl.).

8. La Procuraduría 21 Judicial Administrativa de Bolívar **rindió concepto**, en el que sostuvo que los hechos de la demanda no obedecen a la realidad o no fueron probados en el curso del proceso, amén de que en el *sub judice* operó la caducidad, dado que la reclamaciones por vía administrativa culminaron el 7 de noviembre de 1990, de manera que al 11 de diciembre de 1992, cuando se presentó la demanda, el plazo legal de dos años ya se había vencido (f. 281-284 c.ppl.).

9. La Sala de Descongestión para fallos administrativos de Barranquilla, el 6 de abril de 2001, profirió la **sentencia** objeto de impugnación (f. 290-305, c. ppl.), en la que resolvió declarar probada la excepción de pago y no condenar en costas, con fundamento en las siguientes reflexiones:

9.1. Respecto de la excepción de caducidad de la acción indicó que no estaba llamada a prosperar, porque entre el 13 de diciembre de 1990, fecha en la que se suscribió el acta de liquidación por las partes, y el 11 de diciembre de 1992, fecha en la que se presentó la demanda, no transcurrió el término legal de los dos años previstos por el artículo 136 del C.C.A. para el efecto.

9.2. En lo que hace relación con la excepción de contrato cumplido, observó que se asociaba con la excepción de pago y consideró que: (i) en el acta de liquidación del contrato la actora manifestó que estaba de acuerdo con su contenido, en cuanto a cantidades de obras ejecutadas y sumas de dinero pagadas (\$306.178.437) por Ecopetrol y recibidas por la contratista, no obstante lo cual pretende el reconocimiento de unas mayores cantidades de obra y costos por circunstancias ajenas a su voluntad; (ii) en el expediente no se encuentran los datos identificados como anexo número 1 en las cláusulas segunda y tercera del contrato DIJ-A-404-89 de 22 de diciembre de 1989, de tal forma que no es posible realizar el cotejo de las actas de obra, en especial, el acta final de obra frente a los *ítems* y cantidades de obra contratadas, prueba a cargo de la demandante; (iii) en consecuencia, ante la falta de la anterior prueba, no puede ponerse en duda el contenido del acta de liquidación, que goza de presunción de legalidad, por el simple dicho de la actora que pretendía probar con testimonios lo que se debía demostrar con documentos, esto es, el detalle de las obras a realizar según el contrato en confrontación con las efectivamente desarrolladas y recibidas a satisfacción por Ecopetrol; (iv) además, en los contratos adicionales n° DIJ-P-160-AD-90 y n° DIJ-A-176-AD-90, mediante los cuales se amplió el plazo contractual, las partes declararon expresamente que la demora en el desarrollo del contrato no era imputable a ninguna de las partes y, por tanto, si el contratista afirma haber sido presionado debía probarlo, lo que no sucedió en el proceso.

10. Contra la sentencia de primera instancia la demandante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** (f. 307-315-321, c. ppl.), con el fin de que se revocara, para lo cual afirmó que:

10.1. Los hechos que sustentan las pretensiones derivan de la exclusiva intervención de la demandada Ecopetrol en la iniciación de las obras, porque: (i) hubo demoras en la iniciación de obras, pues, pese a que firmó el 1 de febrero el acta de inicio, las mismas comenzaron hasta el 9 de febrero de 1990; (ii) se presentaron modificaciones unilaterales propias del proceso constructivo, que según Ecopetrol debía hacerse para el contrato, pero que no estaban contempladas en los *ítems* de la propuesta; (iii) existió demora en la entrega de materiales a cargo de Ecopetrol; (iv) se impuso la instalación de materiales no establecidos en el pliego; (v) el sindicato de la USO (Unión Sindical Obrera) impidió la entrada de personal de la demandante al sitio donde se desarrollaban las labores contractuales los días 23 de marzo y 27 de abril de 1990. Estas circunstancias generaron que la contratista permaneciera mayor tiempo en la obra, terminara ejecutando un proyecto diferente al contratado, asumiera las imprevisiones de Ecopetrol, incurriera en gastos por la huelga de la USO y que, en consecuencia, su balance económico en la ejecución del contrato fuera desfavorable.

10.2. El silencio de la contratista durante la ejecución del contrato y en la suscripción de los contratos adicionales no comporta aceptación de la voluntad de la administración o el estar de acuerdo con el acto con el cual se desprendan consecuencias jurídicas, ni tiene el alcance de cosa juzgada material; lo contrario sería premiar el carácter omnímodo de la unilateralidad de la administración, quien con las facultades que gozaba en el Decreto-Ley 222 de 1983 sometía al contratista, a diferencia de lo que ocurre con la Ley 80 de 1993 que le da la posibilidad de controvertir los actos que impliquen el desconocimiento de los principios rectores del estatuto de contratación.

10.3. La contratista expresó su disentimiento con el contenido del acta de liquidación y por el no reconocimiento de las cantidades superiores de obra y los mayores costos en la ejecución del contrato, razón por la cual se excedió el juez *a quo* en la interpretación de la misma en cuanto eleva a cosa juzgada material manifestaciones realizadas sin tener en cuenta dicho disenso en torno a los hechos materia de inconformidad y que suscitaron este proceso, de los cuales se desprende que no hubo pago total de la obligación a cargo de la demandada con su equivalente cumplimiento del contrato.

11. Mediante proveído de 8 de febrero de 2002 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 325, c. ppl.).

11.1. La demandada enfatizó, en síntesis, que las situaciones que crearon la controversia se rigen por el Decreto-Ley 222 de 1983 y no por la Ley 80 de 1993; que la demandante cuando celebró los contratos adicionales renunció válidamente a sus derechos y asumió todos los costos derivados del mayor tiempo de duración de la obras; que la fuerza alegada para la suscripción de los actos de prórroga debía ser probada en juicio y además por tratarse de un vicio del consentimiento, debió ser alegada la nulidad relativa de los mismos, lo que no ocurrió; que la liquidación del contrato fue realizada conjuntamente por las partes dejando a salvo Lety Co. Ltda. sus reparos y discrepancias; que la mayoría de los *ítems* y el personal puesto a disposición cuyo pago se reclama se encontraban contemplados en los pliegos de condiciones y fueron pagados, otros su valor fue reconocido y varios no fueron probados en el proceso (f. 326-339, c. ppl.).

11.2. La demandante señaló (f. 344-345, c. ppl.) que existen criterios jurisprudenciales aplicables a su caso en relación con el reconocimiento de mayores cantidades de obras o adicionales impuestas, así como respecto de los mayores costos que tuvo que soportar por causa del Sindicato de la USO (sentencias del Consejo de Estado dictadas dentro de los procesos con radicados 10.151 y 11.101).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

12. El Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

13. Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988 para que asuma el conocimiento de una acción contractual en segunda instancia. En 1992, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera conocido por esta corporación era de \$6 860 000 –artículos 129 y 132 del C.C.A, subrogados por el Decreto 597/88– y la mayor de las pretensiones fue estimada en la demanda en la suma de \$72 749 690,59.

II. Hechos probados

14. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

14.1. El 22 de diciembre de 1989, la sociedad Construcciones Lety Limitada-Lety Co. Ltda. y la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, celebraron el contrato de obras civiles y electromecánicas DIJ-A-404-89 (copias auténticas a f. 48-68 c. ppl. y en forma separada en el fólter n° 1), cuyo objeto es la ejecución por parte de la primera, con sus propios medios -materiales, equipos y personal- en forma independiente y con plena autonomía técnico-administrativa, hasta su total terminación y aceptación final, los trabajos correspondientes esencialmente a la construcción de: diques de contención para dos tanques de almacenamiento; bases para equipo rotativo, medición y llenado de carro-tanques; soportes de tubería; cubiertas en concreto y asfáltica para vías y parqueaderos; casetas para la subestación eléctrica, control, llenadero de carrotanques y cuarto de control; tuberías subterráneas para drenajes y contraincendio; equipos de bombeo, medición y llenado de carrotanques; subestación eléctrica de media y baja tensión, e interconexiones con los sistemas existentes en la planta de asfalto, trabajos que hacen parte del proyecto de ampliación de la capacidad de la planta de asfalto de la refinería de Cartagena, localizados en la jurisdicción del municipio de Cartagena, departamento de Bolívar, de acuerdo con los pliegos de condiciones de la licitación pública VJG-023-89, la nota de visita al sitio de los trabajos, la oferta del contratista del 14 de septiembre de 1989, la resolución de adjudicación del contrato y la carta LEG-519 de 5 de diciembre de 1989.

14.1.1. De acuerdo con la cláusula segunda del contrato el alcance de los trabajos quedó consignado en el anexo n.º 1 del mismo, y según la cláusula tercera, las cantidades consignadas en dicho anexo son aproximadas y representan un estimativo de los trabajos por hacer y, en consecuencia, podrían aumentar o disminuir durante la ejecución del contrato, sin que ello de lugar a modificación de los precios pactados, ni a reclamación alguna por parte del contratista.

14.1.2. El plazo de duración se pactó en 120 días calendario y su valor en la suma de \$ 306 178 466,00, que cubre la totalidad de los costos, gastos, administración, imprevistos y utilidades del contratista a causa de la ejecución de trabajos, por cuanto corresponde al estudio cuidadoso de los documentos del pliego de condiciones, del alcance de los trabajos a ejecutar, su naturaleza, localización, condiciones sociales, políticas, geográficas, geológicas, topográficas, meteorológicas, viales, temporales, servicios públicos, equipos, transportes, mano de obra, etc., factores considerados para formular la propuesta, *“razón por la cual el CONTRATISTA renuncia a cualquier tipo de reajuste, compensación, indemnización o reclamación, que por estas causas o dificultades ocasionada por estos factores, se produzcan durante el desarrollo de los trabajos”* (cláusula quinta).

14.1.3. Según las estipulaciones del contrato, cuando fuera indispensable efectuar un trabajo accesorio, conexo y necesario para la debida ejecución de las obligaciones, Ecopetrol podía contratarlos con terceros o acordar con el contratista su realización, previo convenio escrito que se sujetaría a las formalidades establecidas en los artículos 114 y 52 del Decreto-Ley 222 de 1983 (cláusula cuarta); igualmente, cuando por circunstancias especiales, a juicio de Ecopetrol, hubiera necesidad de modificar el plazo o alguno de los precios unitarios que conforman el valor convenido, se suscribiría un contrato adicional, siempre que el plazo del contrato no se hubiese vencido (cláusula décima primera); y procedería la suspensión del contrato cuando los trabajos contratados no se estuvieran ejecutando dentro de las especificaciones técnicas o alcance convenidos o cuando se estuviera infringiendo el manual de seguridad industrial, o cuando Ecopetrol así lo ordenase por razones de conveniencia, en todos los casos previa suscripción de un acta en donde se estipularían las causas de la suspensión y la fecha probable de reiniciación, sin que el tiempo transcurrido modificara el plazo contractual (cláusula vigésima sexta).

14.2. El 29 de mayo de 1990, las partes celebraron el contrato adicional n° DIJ-P-160-AD-90, mediante el cual prorrogaron el plazo para la ejecución de las obras objeto del contrato DIJ-A404-89, hasta el día 30 de junio de 1990 (copias auténticas a f. 45-47 c. ppl. y en forma separada en el fólter n° 1).

14.3. Posteriormente, el 29 de junio de 1990, las partes celebraron un segundo contrato adicional n° DIJ-A-176-AD-90, para prorrogar nuevamente el plazo de ejecución de las obras objeto del contrato DIJ-A404-89, hasta el día 20 de julio de 1990, fecha en la cual el contratista debía entregar las obras a satisfacción de Ecopetrol (copias auténticas a f. 50-52 c. ppl. y en forma separada en el fólter n° 1).

14.4. Los citados adicionales, según da cuenta la parte motiva de los mismos, se suscribieron por las partes *“en consideración de que en el desarrollo del contrato se presentaron hechos ajenos a su voluntad con carácter de imponderables que impidieron el cumplimiento del contrato en el plazo convenido”*; y que luego de que *“analizaron las circunstancias mencionadas en el numeral anterior, llegaron a la conclusión y así lo aceptaron expresamente, que tales hechos fueron absolutamente ajenos a ECOPETROL y al CONTRATISTA, razón por la cual EL CONTRATISTA correrá, a su riesgo y costo con todas las implicaciones económicas que se deriven de la ampliación del plazo contractual”* (f. 37-38 c. ppl.; 50-51 fólter n° 1); y en consecuencia, pactaron en la cláusula segunda de los mismos, lo siguiente:

EL CONTRATISTA renuncia a formular cualquier reclamación de carácter económico o de cualquier índole judicial o extrajudicialmente por causa o con ocasión de la prórroga del plazo que por este documento se conviene. Por tal virtud, EL CONTRATISTA asumirá por su exclusiva cuenta los mayores costos que se deriven de la prórroga del contrato, tales como administración y demás costos indirectos, aumento en los precios indirectos. Igualmente, EL CONTRATISTA asumirá todos los costos que se causen o pudieren causarse por la mayor permanencia en las obras, de las maquinarias, equipos, personal, etc. y correrá con los riesgos provenientes de hechos o circunstancias, incluídas la fuerza mayor o el caso fortuito. Conforme a lo anterior, ECOPETROL solo pagará al CONTRATISTA la obra ejecutada, con los precios previstos en el contrato DIJ-A-404-89 y en la forma allí prevista.

14.5. El contrato comenzó a ejecutarse a partir del 1 de febrero de 1990 (vid. copia auténtica del acta de iniciación a f. 7 del fólder n°2), y durante la ejecución del mismo se suscribieron por las partes siete actas parciales de obra (contenidas en copias auténticas en los fólderes 3 a 9, sin foliar), que dan cuenta del avance de las actividades e *ítems* de localización y replanteo; demoliciones de estructuras vigentes, excavaciones, descapote y demolición, rellenos y terraplenes, concretos, acero y refuerzo, estructuras metálicas, carpintería metálica, albañilería y acabados arquitectónicos, instalaciones hidráulicas y sanitarias, pinturas, pavimentos asfálticos, exteriores y complementarias, instalaciones eléctricas, suministro y montaje de aire acondicionado, instrumentación, mecánica y tubería, equipo mecánico y tuberías, así:

- Acta de obra n°. 1 de fecha 1 de marzo de 1990, por un valor ejecutado de \$ 32 811 444,00, correspondiente al período de 1 de febrero al 28 de febrero de ese año.
- Acta de obra n°. 2 de fecha 2 de abril de 1990, por un valor ejecutado de \$ 40 637 019,00, correspondiente al período de 1 de marzo al 31 de marzo de ese año.
- Acta de obra n°. 3 de fecha 2 de mayo de 1990, por un valor ejecutado de \$ 70 140 545,00, correspondiente al período de 1 de abril al 30 de abril de ese año.
- Acta de obra n°. 4 de fecha 1 de junio de 1990, por un valor ejecutado de \$ 71 954 905,00, correspondiente al período de 1 de mayo al 31 de mayo de ese año.
- Acta de obra n°. 5 de fecha 1 de julio de 1990, por un valor ejecutado de \$ 47 071 109,00, correspondiente al período de 1 de junio al 30 de junio de ese año.
- Acta de obra n°. 6 de fecha 29 de julio de 1990, por un valor ejecutado de \$ 30 659 294,00, correspondiente al período de 1 de julio al 28 de julio de ese año.
- Acta de obra n°. 7, final de obra, de fecha 29 de julio de 1990, por un valor ejecutado de \$ 31 734 396,00, correspondiente al período de 1 de julio al 28 de julio de ese año.

14.6. Igualmente, las partes suscribieron mensualmente actas de reajuste de precios (copia auténtica fólder n° 10, sin foliar), en desarrollo de la cláusula octava del contrato, con los siguientes valores:

- Sobre el acta de obra n°. 1 de fecha 1 de marzo de 1990, un reajuste por un valor de \$ 5 190 442,00.
- Sobre el acta de obra n°. 2 de fecha 2 de abril de 1990, un reajuste por un valor de \$ 6 552 030,00,
- Sobre el acta de obra n°. 3 de fecha 2 de mayo de 1990, un reajuste por un valor de \$ 11 571 479,00.
- Sobre el acta de obra n°. 4 de fecha 1 de junio de 1990, un reajuste por un valor de \$ 12 014 260,00.
- Sobre el acta de obra n°. 5 de fecha 1 de julio de 1990, un reajuste por valor de \$ 7 859 430,00.

- Sobre el acta de obra n°. 6 de fecha 29 de julio de 1990, un reajuste por valor de \$5 119 161,00.

- Sobre el acta de obra n°. 7, final de obra, de fecha 29 de julio de 1990, un reajuste por un valor de \$5 298 670,00.

14.7. Mediante comunicación 4-5000-171 de 7 de noviembre de 1990, Ecopetrol (copia auténtica fólder n° 10, sin foliar), da respuesta a una solicitud de reconocimientos económicos realizada por la contratista, en el sentido de que *"[e]scuchados los comentarios aclaratorios planteados (...) en la reunión llevada a cabo en nuestras oficinas el día 23 de octubre/90, la Empresa hizo un nuevo análisis de su solicitud y reconsiderando su posición inicial, ha decidido reconocer la suma de SIETE MILLONES CIENTO CICUENTA Y DOS MIL SETENTA Y SEIS PESOS (\$7.152.076.00) por los conceptos que hemos encontrado que existe justificación, razón por la cual pueden proceder a elaborar la respectiva facturación"*.

14.8. El 13 de diciembre de 1990, las partes firmaron el acta de liquidación final del contrato de obra principal DIJ-A-404-89 y los contratos adicionales n° DIJ-P-160-AD-90 y n° DIJ-A-176-AD-90 (copias a f. 15-21 c. ppal. y copia auténtica f. 1-14 fólder n° 2), en la que hicieron constar que su ejecución venció el 20 de julio de 1990, que Ecopetrol recibió a satisfacción las obras en el tiempo estipulado, que el contratista amortizó el anticipo entregado y que de acuerdo con el balance financiero, elaborado con base en las actas de obra y los reajustes realizados y los respectivos precios cancelados al contratista, se concluía:

<i>"Valor total de la obra ejecutada</i>	<i>\$ 386.960.437,00</i>
<i>Valor pagado al contratista</i>	<i>\$ 341.581.118,00</i>
<i>Saldo pendiente de pago</i>	<i>\$ 45.379.319,00</i>

<i>SUMAS IGUALES</i>	<i>\$ 386.960.437,00</i>
----------------------	--------------------------

<i>Saldo a pagar al Contratista:</i>	<i>45.379.319,00"</i>
--------------------------------------	-----------------------

14.9. La contratista Lety Co. Ltda. dejó la siguiente salvedad en la mencionada acta de liquidación:

LETYCO LTDA. está de acuerdo con el contenido de la presente Acta de Liquidación Final, en cuanto se refiere a cantidades de obras ejecutadas, sumas de dinero pagadas por ECOPETROL y recibidas por el Contratista, pero el Contratista se reserva el derecho a continuar con la reclamación que actualmente está tramitándose ante la Presidencia de la Empresa por concepto de mayores cantidades de obra y mayores costos en que incurrió el Contratista en la ejecución del contrato DIJ- (A)-404-89 por circunstancias o hechos ajenos al Contratista según nuestro criterio. En igual forma, en el presente caso LETYCO LTDA. se reserva el derecho de recurrir al contencioso administrativo en el evento de que así lo considere.

Se aclara que la reserva que se ha hecho anteriormente con relación a la reclamación presentada por la Empresa se refiere exclusivamente a aquellos costos o conceptos que no han sido reconocidos por Ecopetrol.

III. Problema jurídico

15. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de inconformidad de la parte apelante con el fallo de primera instancia, en el caso concreto se observa que el problema jurídico a resolver por la Sala estriba en establecer si en la ejecución del contrato de obra principal DIJ-A-404-89 y los contratos adicionales n° DIJ-P-160-AD-90 y n° DIJ-A-176-AD-90, se presentó una ruptura del equilibrio financiero del contrato debido a una mayor permanencia en obra por circunstancias ajenas a la contratista, y la exigencia de cantidades superiores y obras e *ítems* adicionales, no contemplados en el pliego de condiciones y en la propuesta.

16. Sin embargo, previo a resolver la cuestión anterior, la Sala tendrá que estudiar preliminarmente si la existencia del acta de liquidación del contrato fuente de controversia comporta en el presente caso los efectos liberatorios indicados por el tribunal *a quo*, de modo que se puedan abrir paso o no el análisis de las pretensiones de la demanda.

IV. Análisis de la Sala

Los efectos de la liquidación de los contratos y de las observaciones realizadas a la misma

17. La liquidación es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico estatal celebrado. Tiene por objeto, como lo ha señalado de tiempo atrás la Sala, definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, precisar su estado económico y el de los derechos y obligaciones de las partes con ocasión a su ejecución; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas y finiquitar así el vínculo contractual.

18. Esta operación es posterior a la terminación normal (culminación del plazo de ejecución o culminación del objeto) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), y procede y es necesaria en los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo y los demás que lo requieran. Se debe practicar a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga, mediante la celebración de un negocio jurídico extintivo entre las partes (si es de mutuo acuerdo) o un acto administrativo expedido por la entidad contratante (si es unilateral).

19. La liquidación puede ser: *(i)* bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes dentro del plazo contractual o el legal (4 meses); o *(ii)* unilateral, por acto administrativo que se profiere cuando: *a)* no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, *b)* no se logra la liquidación bilateral o *c)* se logra parcialmente y *(iii)* judicial, cuando se pide por esta vía a través de la acción de controversias contractuales y se demanda en tiempo, porque *a)* no se ha producido la liquidación; o *b)* respecto de puntos no liquidados.

20. Atendiendo la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, cuando se realiza la liquidación bilateral, esto

es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de la autonomía privada que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato¹. En efecto:

El hecho de que al momento de la liquidación final del contrato el contratista no haya reclamado, o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento. Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato (...)

La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo.

La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en que estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento².

21. Sobre los efectos que se desprenden del acta de liquidación de un contrato suscrita por acuerdo entre las partes, la Sala también se ha pronunciado en los siguientes términos:

El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él...³.

22. Igualmente, en similar sentido señaló:

[C]uando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: de 25 de noviembre de 1999, exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, exp. 6665, de 19 de julio de 1995, exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, exp. 9208.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de abril de 1997, exp. 10608; C.P. Daniel Suárez Hernández, pronunciamiento reiterado en la sentencia de marzo 9 de 1998, expediente 11.101, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio 22 de 1995; exp. 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández.

reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad⁴.

23. Así las cosas, la jurisprudencia ha señalado que una vez se ha liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, sin que se hayan consignado salvedades en el acta correspondiente, dado el carácter de negocio jurídico bilateral y, por ende, su fuerza vinculante resolutoria o liberatoria, no es posible entablar una reclamación judicial en relación con el contrato liquidado, pues cierra, en principio, el debate ante la Jurisdicción, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza, o dolo) o que dicha liquidación haya sido suscrita con salvedades o reparos por alguna de la partes en el mismo momento de su firma⁵.

24. De otra parte, en torno al significado, importancia y alcance de las salvedades en relación con el acta de liquidación bilateral, la Sala ha explicado que:

[E]n la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRÁ pretenderlas judicialmente [excepto por vicio en el consentimiento]. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer.⁶

25. Sin embargo, la anterior afirmación de la jurisprudencia fue aclarada en el sentido de señalar que “[l]a salvedad condiciona entonces, no el ejercicio de la acción porque no es un supuesto legal para su procedencia, sino la prosperidad de las pretensiones formuladas, siempre que se demuestren los otros supuestos fácticos y jurídicos de la responsabilidad contractual”⁷

26. Incluso, la Sección puntualizó que las observaciones o salvedades a la liquidación bilateral no se constituyen en un requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción, pero sí resultan ser un presupuesto de orden material en el marco de la legitimación en la causa por activa, en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones. Al respecto sostuvo:

Sin alterar la validez de la Jurisprudencia citada, es importante aclarar que la liquidación bilateral no se constituye en un requisito para acudir ante la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia de 9 de marzo de 1998, exp. 11.101, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia de 6 de mayo de 1992, exp. 6661, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia de 16 Febrero de 2001, exp. 11689, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia de 1 de febrero de 2009, exp. 15757, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; no se trata de una condición para el ejercicio del derecho de acción, por cuanto la Constitución Política garantiza el acceso a la Administración de Justicia en las condiciones establecidas por la ley y, en este caso, la ley no ha señalado las salvedades formuladas al acta de liquidación bilateral como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción; se trata entonces de un presupuesto de orden material, dentro del marco de la legitimación en la causa por activa, el cual incide de manera directa y puntual en la prosperidad de las pretensiones formuladas.

Así pues, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prosperen las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad para con el respectivo texto; en el evento en el cual sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, sin bien será posible formular la respectiva demanda, ora Contencioso Administrativa ora arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones.⁸

27. Por lo tanto, siguiendo el criterio jurisprudencial se tiene que: (i) si las partes quedaron a paz y salvo en el acta de liquidación, sin reparos ni salvedades, no tendrán prosperidad los reclamos en vía judicial; (ii) si en el acta de liquidación quedaron pagos pendientes, las partes pueden hacer efectivos los mismos a través de procesos ejecutivos; y (iii) se reconoce la posibilidad de que las partes hagan reservas y salvedades para reclamaciones futuras.

28. En el *sub lite*, quedó demostrado que las partes suscribieron de mutuo acuerdo la liquidación del contrato de obras por ellas celebrado y materia de controversia, pero también que la contratista, ahora demandante, en la respectiva acta dejó expresa salvedad en la misma en el sentido de que se reservaba el derecho a reclamar ante la empresa contratante o de recurrir ante el contencioso administrativo por concepto de las mayores cantidades de obra y los mayores costos no reconocidos en la ejecución del contrato DIJ- (A)-404-89 por circunstancias o hechos ajenos a ella, de suerte que cumplió con lo exigido en estos casos por la jurisprudencia y estaba, por lo mismo, legitimada para plantear las pretensiones formuladas en su demanda presentada ante esta jurisdicción.

El principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura

29. La sociedad actora reclama el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que dice haber incurrido por la mayor permanencia en obra que derivada de la suspensión de labores por los días 23 de marzo y 27 de abril de 1990 y las cantidades mayores y obras adicionales que dice le fueron impuestas y que se encontraban por fuera de las condiciones iniciales pactadas en el contrato, circunstancias todas ajenas a su voluntad e imputables a la entidad contratante, al no cumplir con su obligación de planeación del contrato. En consecuencia, alega la sociedad demandante a su favor la teoría del equilibrio económico del contrato, cuyos lineamientos conceptuales procede la Sala a estudiar con el fin de abordar posteriormente su incidencia en el presente asunto de acuerdo con lo que resultó probado.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo 2009, expediente 16976, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

30. Al respecto, sea lo primero precisar que con el contrato estatal se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.

31. El principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato surge, entonces, como garantía para preservar que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, se mantenga durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

32. El “equilibrio financiero del contrato” o a la “honesta equivalencia de prestaciones”, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático⁹, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo, implica que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entiendan como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca ese equilibrio en caso de que se pierda por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a la parte que resulte afectada, so pena de incurrir la otra en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

33. De ahí que, ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo hagan incurrir en pérdidas, que no habría sufrido si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Es decir, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que conmocione o altere de tal forma la economía del contrato situándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido, si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones originalmente pactadas.

34. Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.

35. Así las cosas, la mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones o

⁹ El artículo 1498 del Código Civil señala “[q]ue el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”.

deberes por la entidad pública contratante¹⁰ o la ocurrencia de hechos externos a las partes¹¹ configurativos de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, sea que impliquen o no mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acrediten y estén debidamente demostrados, o llevarlo a un punto de no pérdida, según el caso.

36. De otra parte, el ejercicio del *ius variandi*, en virtud del cual la administración tiene la posibilidad de modificar unilateralmente los términos del contrato, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular (supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios), también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales. Ha señalado esta Sección que “...el ejercicio del IUS VARIANDI hace nacer, en favor del contratista-colaborador de la administración, el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica, pagándole el mayor trabajo realizado. Esto se explica no sólo a la luz de la ley sino también del Derecho, y de los supremos valores que lo informan, entre los cuales el de justicia lo explica todo”¹².

37. Ahora bien, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas (como la de las demás¹³) de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba del hecho que la configura y de la pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato. Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo -que debe ser probado- por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato.

38. Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida *ab initio*, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar¹⁴. Igualmente, a este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato, pues como lo ha manifestado esta Corporación “en los

¹⁰ Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista.

¹¹ Como por ejemplo pueden ser los problemas de orden público.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 1995, exp. 7.625, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹³ Tales como el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y las sujeciones materiales imprevistas.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”¹⁵.

El caso concreto

39. La actora en la demanda endilgó responsabilidad a Ecopetrol porque, en su concepto, por virtud del contrato de obra principal DIJ-A-404-89 y los contratos adicionales n° DIJ-P-160-AD-90 y n° DIJ-A-176-AD-90¹⁶ permaneció un mayor tiempo en la obra, terminó ejecutando un proyecto diferente al contratado y asumió imprevisiones de la entidad contratante, debido a que el sindicato de la USO (Unión Sindical Obrera) impidió la entrada de su personal al sitio donde se desarrollaban las labores contractuales los días 23 de marzo y 27 de abril de 1990, y se hicieron por parte de la administración modificaciones unilaterales en el proceso constructivo que implicaron la ejecución de obras en cantidad mayor, el suministro de materiales no previstos y obras adicionales que no estaban contempladas en la propuesta ni fueron convenidas.

40. De acuerdo con el acervo probatorio allegado al plenario, observa la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, toda vez que los hechos en los que fundó sus pretensiones, no fueron debidamente acreditados en el plenario.

Las pretensiones por obras e ítems extras y adicionales

41. Advierte la Sala que ni los documentos allegados, ni los testimonios practicados en el proceso ni el dictamen pericial son suficientes para demostrar los hechos relacionados con obras e ítems extras y adicionales supuestamente ejecutados por la actora en desarrollo del contrato de obra.

42. En efecto, la demandante aportó sendos escritos denominados “notas de reunión” semanal de obra (f. 30-40 c. ppl.), documentos privados sin firmas y elaborados exclusivamente por ella durante el desarrollo del contrato, en los que además no consta que la entidad demandada contra quien se aducen haya intervenido en su producción, como tampoco que los hubiere aprobado o siquiera recibido para su conocimiento, de manera que, como los hechos y datos que contienen no son admitidos por ambas partes, lo consignado en estos o el contenido que se pretende hacer valer con estos no es susceptible de comprobación sino con los otros medios que obran en el expediente.

43. Igualmente, obran testimonios dentro del proceso que en nada aportan a la labor de dilucidar los puntos materia del debate, rendidos por las siguientes

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Como quiera que este contrato fue suscrito el 22 de diciembre de 1989, entre la Empresa Colombiana de Petróleos, empresa industrial y comercial del Estado, cuya creación fue promovida en virtud de la Ley 165 de 1948 y sus estatutos para esa fecha adoptados por el Acuerdo n.º 1 de 1969 y aprobados mediante Decreto 062 de 1970, así definían su naturaleza jurídica, y una sociedad particular (Lety Co. Ltda.), el régimen de derecho aplicable al mismo es el del Decreto-Ley 222 de 1983, toda vez que en su artículo 1 inciso tercero, dispuso que a las empresas industriales y comerciales del Estado le eran aplicables las normas de dicho estatuto sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refirieran a tales entidades.

personas: (i) Luis Fernando Ochoa Toloza, quien manifestó que no le constaban los hechos de la demanda, dado que su labor sólo consistió en asistir al ingeniero Manuel Amador en las actividades de interventoría por el período de un mes (f. 106-108 c. ppl.); (ii) Alberto Carrillo Barajas, a quien no le constan los hechos de la demanda, por cuanto participó en la ejecución del contrato en litigio únicamente como interventor de Ecopetrol en las actividades de montajes metalmecánico y, además, no tuvo relación con la parte administrativa y su vinculación no llegó hasta el final del contrato (f. 110-113 c. ppl.); (iii) Carlos Restrepo, quien manifestó que no le constaban los hechos de la demanda en lo atinente a los aspectos técnicos, teniendo en cuenta que su labor era la de atender los aspectos administrativos, esto es, los pagos de la obra previamente aprobados por el interventor (f. 114-115 c. ppl.); y (iv) Luis Alberto Valenzuela Suárez, quien expresó que efectuó la interventoría en la parte civil del contrato, esto es, el control de calidad de las obras civiles en el campo, hasta que se desarrolló un 80% de la obra, y señaló que en todo contrato surgen unas diferencias las cuales siempre se contemplan en el pliego de condiciones, pero que en la parte civil del contrato del *sub examine* no hubo ninguna diferencia entre lo contratado y lo ejecutado hasta el día en que estuvo a cargo (f. 117-118 c. ppl.).

44. También se aportaron con la demanda copias al carbón de las comunicaciones LCG-050-90 (f. 22-26 c. ppl.) y LCG-081-90 (f. 26-29 c. ppl.), de fechas 23 de marzo y 27 de abril de 1990, respectivamente, suscritas por el director del proyecto, mediante las cuales la contratista Lety Co Ltda. dice informar al interventor la suspensión de los trabajos en cada uno de esos días debido a que el Sindicato de Base de Ecopetrol, Uso, impidió el acceso de todo el personal de la compañía a las instalaciones de refinería; así mismo acompañó a estas copias al carbón el listado del personal que laboraba para el proyecto y de la maquinaria y equipos detenidos por tal motivo. Sin embargo, en el caso concreto no tienen la virtualidad de probar el hecho que se pretende demostrar con las mismas, esto es, el haber informado acerca de los motivos por los cuales se suspendieron en las fechas aludidas los trabajos en la obra contratada, dado que no tienen constancia de recibo por parte de su destinatario, radicado, sello u otro mecanismo que permita establecer que fue efectivamente entregado a la entidad contratante o al interventor del contrato.

45. Así mismo, dentro del proceso se practicó dictamen pericial a solicitud de la demandante (f. 189-196 c. ppl.), con el fin de demostrar la pérdida que habría sufrido con ocasión del contrato de obra del *sub lite*. En el informe los peritos, con base en la contabilidad, en particular el libro de mayor y balances, y el balance de estados de pérdidas y ganancias de la sociedad Lety Co. Ltda., señalaron que, teniendo en cuenta el total de ingresos (\$378 614 184,00) por concepto del contrato objeto del litigio frente a los costos del mismo (\$ 460 241 751,00), la pérdida ascendió a \$ 81 627 567,00. En la aclaración al dictamen (f. 244-245 c. ppl.), solicitada por la demandada, los peritos confirmaron el valor de las pérdidas que habría tenido Lety Co. Ltda. con la ejecución del contrato, explicaron que la pérdida del ejercicio de dicha sociedad en 1990 fue menor (\$68 375 786,00) porque tuvo utilidad en otros contratos y operaciones e indicaron que los gastos administrativos se aplicaron proporcionalmente al contrato *“por cuanto las labores contables, administrativas, operacionales, de ejecución y otras, forman parte de los costos totales de producción de una obra, de un producto, o de cualquier proceso, con el fin de que se obtengan los costos totales de producción (materiales, mano de obra, cargos indirectos y todos los necesarios para obtener el producto terminado.”*

45.1. No obstante, al contrastar el medio de prueba con el asunto u objeto del

proceso para puntualizar el mérito y eficacia que respecto de la demostración de los hechos le corresponda, en este caso, la supuesta desproporción grave de las prestaciones por circunstancias ajenas a la demandante y con ocasión de las cuales se le habrían generado pérdidas económicas, se colige que no es un medio idóneo para acreditar las situaciones fácticas sobre las cuales descansa el presente proceso.

45.2. En efecto, se recuerda que en la demanda se mencionan como hechos que alteraron las prestaciones económicas del contrato: el impedimento del acceso por parte del Sindicato de Base de Ecopetrol, denominado USO al área donde se desarrollaron las labores contractuales durante dos días; la mayor permanencia en obra de la cuadrilla de topografía provocada por los adicionales y modificaciones unilaterales de la parte demandada; la construcción de tie-ins en varias líneas sin el respectivo *ítem* de pago; el suministro e instalación de teja española para la caseta de control y facturación, así como para la caseta de los taxistas, sin el respectivo *ítem* de pago; el tiempo adicional de instrumentistas no pagadas en la liquidación; el valor de los materiales eléctricos suministrados para la estructura de la 13.2 KV y que en el pliego de condiciones eran supuestamente a cargo de la demandada; el suministro de marquillas para identificación de circuitos no contemplados en el contrato y exigidas por la interventoría, la adaptación de cañuelas de 6" no previstas en el contrato; la mayor permanencia de obra de los señores Ramiro Rivera y José Cruz autorizado por la interventoría; la destinación de la cuadrilla para el desmantelamiento del tanque, de personal calificado y de equipos por causas exclusivas y únicas de la parte demandada y en general por errores de estimación en las cantidades de obra proyectadas y realmente ejecutadas por la demandante.

45.3. Así las cosas, observa la Sala que el dictamen pericial presentado no tiene relación de causalidad entre las pérdidas que muestra haber sufrido Lety Co. Ltda. en 1990 y las situaciones fácticas en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, dado que se limita a indicar los costos de cada uno de los dos contratos que celebró la demandante durante ese año, pero sin especificar las causas de las pérdidas, que permita deducir que en caso de que haya tenido erogaciones superiores durante la ejecución del contrato estas sean debido a hechos imputables a Ecopetrol. Incluso, los peritos indicaron que los gastos administrativos de esa anualidad fueron aplicados proporcionalmente al contrato, sin tener en cuenta el origen de los mismos, con lo cual la experticia pierde la firmeza, precisión y calidad exigidas para la idoneidad de este medio de prueba (art. 241 C.P.C).

45.4. Además, según manifiestan los propios peritos el informe tiene origen en la información contable suministrada por la parte que la solicitó, de manera que no consultaron la propuesta u oferta presentada por la contratista, los pliegos de condiciones de la correspondiente licitación pública; el anexo n°. 1 del contrato, y las cuentas y demás soportes de los gastos en relación con el mismo, documentos estos que resultan fundamentales para comprobar la veracidad de la información, esto es, los cálculos y operaciones realizados, que, a su juicio, arrojan pérdidas en la ejecución del contrato. Así, simplemente los expertos se atuvieron a lo consignado en el libro de mayor y balances y el balance de estados de pérdidas y ganancias de la sociedad, sin siquiera acompañar a su dictamen los soportes correspondientes que permitan verificar que las pérdidas que habría reportado la actora fueron consecuencia de los hechos que se señalan en la demanda y en particular por mayores gastos en la ejecución del contrato celebrado entre las partes.

45.5. Por consiguiente, la Sala considera que el dictamen pericial no resulta útil ni es idóneo para demostrar los hechos en el que se soportaron las pretensiones de la demanda.

46. En este contexto, le asiste razón al Tribunal *a quo* cuando señaló que para poder verificar si efectivamente la contratista ejecutó obras adicionales o en mayor cantidad que desequilibraron las prestaciones en perjuicio de ésta, es necesario confrontar las actas de obra, en especial, el acta final de obra frente a las actividades, *ítems* y cantidades de obra contratadas; y más aún, cuando se percató de que tal labor de averiguación no era posible de realizar, toda vez que al revisar el acervo probatorio del proceso no se encontraron copias del anexo n.º 1 del contrato, que según las cláusulas segunda y tercera del mismo contenía el alcance del trabajo, esto es, las actividades, especificaciones, *ítems* y sus cantidades.

47. Pero además del documento que se echó de menos por el juez *a quo*, la Sala encuentra que la actora tampoco trajo al proceso copia de los pliegos de condiciones de la licitación pública VIG-023-89 que dio lugar a la adjudicación del contrato materia del litigio, documento indispensable para conocer con certeza las actividades, *ítems*, cantidades y demás especificaciones técnicas exigidas, razón adicional por la cual resulta imposible establecer la veracidad de sus afirmaciones en relación con mayores cantidades de obra y obras adicionales en que habría incurrido, en la ejecución del contrato. Cabe anotar que no se trata de la falta de cualquier documento público, pues, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, el pliego de condiciones rige tanto lo concerniente al procedimiento de selección contractual -requisitos de participación, descripción del objeto a contratar, criterios de evaluación y calificación, etc.-, como también las condiciones de celebración y ejecución del futuro contrato, por lo cual resulta indispensable su consulta en los eventos en que se requiere determinar mayores cantidades de obra u obras adicionales a las acordadas.

48. Igualmente, la actora omitió allegar al proceso copia de la propuesta de 14 de septiembre de 1989 presentada en el referido proceso de selección y que tantas veces invocó como parámetro para determinar que en el desarrollo del contrato se le habían pedido mayores cantidades de obra, *ítems* no contemplados y obras adicionales por parte de la entidad contratante.

49. De otra parte, tampoco se demostraron las circunstancias que al decir de la demandante le impidieron a su personal el ingreso por los días 23 de marzo y 27 de abril de 1990 al sitio de la obra, relacionadas con un paro o huelga de la Unión Sindical Obrera (Uso) y su incidencia en la economía del contrato.

50. En síntesis, advierte la Sala que en el presente proceso no se aportó la documentación relativa al anexo n.º 1 del contrato (alcance de los trabajos), el pliego de condiciones y la oferta presentada por la sociedad actora con el objeto de celebrar el contrato demandado y, por contera, no es posible determinar si en realidad la sociedad demandante ejecutó o no mayores prestaciones a las originalmente convenidas. Dicho de otro modo, considera la Sala que dada la ausencia de las aludidas pruebas en el proceso, las pretensiones no tienen vocación para prosperar, por cuanto su estudio exige la demostración de las actividades, *ítems* y cantidades contratadas.

51. Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil¹⁷, de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda o de la defensa, según el caso¹⁸. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección¹⁹, en el principio de *autoresponsabilidad*²⁰ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa exigible a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable²¹.

52. Sobre la carga de la prueba ha señalado la doctrina:

*La noción de la carga ha sido elaborada principalmente a base de su diferenciación del concepto de obligación; se ha observado acertadamente que mientras el incumplimiento de una obligación lleva consigo la aplicación de una sanción, el incumplimiento de una carga no origina nunca sanción alguna sino simplemente un perjuicio para la persona a quien la carga grava (...). Esto quiere decir que la carga es meramente la consideración del resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo, es el mismo derecho subjetivo sub specie de dicho resultado (...). [A]sí, en la prueba interesa, más que el derecho de la parte a probar, la carga de esta prueba, es decir, las consecuencias que produce la falta de ejercicio de tal derecho.*²²

53. Además, ha manifestado la doctrina que son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a saber:

a) Onus probandi incumbit actori, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción;

b) Reus, in excipiendo, fit actor, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y

*c) Actore non probante, reus absolvitur, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.*²³

¹⁷ Norma vigente y aplicable para la fecha del *sub lite*, teniendo en cuenta que en materia probatoria, en los procesos contencioso administrativos, por expresa disposición del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo (también vigente para la época de este proceso), se deben aplicar, en cuanto resulten compatibles, las normas del C. de P. C., en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 15.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004, p. 242.

²¹ Betancur Jaramillo, Carlos, *De la Prueba Judicial*, Ed. Dike, Medellín, 1982, p. 147.

²² Guasp, Jaime; *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Editorial Civitas S.A., Madrid-España, 1997, p. 38.

²³ Rocha Alvira, Antonio; *De la Prueba en el Derecho*, Clásicos Jurídicos Colombianos. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1990, p. 61 y 62.

54. En consideración a lo anterior, bien ha puntualizado esta Sección:

Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’²⁴, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’²⁵.

Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba’²⁶. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.’²⁷

55. Y en el caso concreto resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende, de manera que es la parte actora la que debe soportar las consecuencias de su inobservancia o descuido, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones relacionadas con las obras e ítems extras y adicionales, pues ese es el efecto que se desprende del hecho de que no obre en el plenario el anexo n.º 1, el pliego de condiciones y la oferta presentada en el proceso de selección adelantado por Ecopetrol.

Las pretensiones por mayor permanencia en obra frente a los efectos de los contratos adicionales

56. Las pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra por extensión del plazo contractual, carecen también de sustento, dado que en los contratos adicionales n.º DIJ-P-160-AD-90 y n.º DIJ-A-176-AD-90, se indicó que el plazo contractual se ampliaba por hechos ajenos a las partes y se convino que la contratista correría, a su riesgo y costo, con todas las implicaciones económicas que se derivaran de la ampliación del plazo contractual, razón por la cual Lety Co. Ltda. renunció a formular cualquier reclamación de carácter económico o de cualquier índole judicial o extrajudicialmente por causa o con ocasión de la prórroga del plazo, de conformidad con la cláusula segunda de los mismos.

²⁴ “López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, Dupre Editores, Bogotá D. C. 2001, p. 15.”

²⁵ “Ibídem.”

²⁶ “Op. Cit. Pág. 26.”

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de marzo de 2004, radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

57. Por manera que la ahora demandante, en ejercicio de su autonomía privada y sin contrariar las normas imperativas, renunció a cualquier reconocimiento con ocasión de la extensión del plazo hasta el 20 de julio de 1990, acto dispositivo que resulta congruente con el artículo 15 del Código Civil, según el cual *“podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”*.

58. Es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo Ecopetrol y Leyco Co. Ltda. hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurar, superar y subsanar los hechos ajenos a ellas e imponderables que implicaron el retardo de la obra, sin que al realizar las respectivas prórrogas al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial, de manera que no resultan procedentes reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

59. Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato²⁸:

No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas.

60. Igualmente, en sentencia de 22 de noviembre de 2001, utilizando este criterio como adicional a la falta de prueba de los mayores sobrecostos, indicó que cuando se suscribe un contrato modificatorio que cambia el plazo original dejando las demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir avante las pretensiones de la contratista²⁹:

No se probó procesalmente que Benhur, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en sobrecostos superiores a los reconocidos por Cedenar. Además la Sala destaca que Benhur en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de plazo, convino con Cedenar que las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes.

61. Y en sentencia de 31 de agosto de 2011³⁰, indicó:

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de julio de 1992, exp. 6032, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales, cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.

62. De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "*venire contra factum proprium non valet*", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

63. Por lo tanto, respecto a los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia en obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, la ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en negocios jurídicos adicionales que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato, máxime cuando en los mismos hizo expresa renuncia de reclamaciones por los hechos que dieron lugar a su celebración.

64. Ahora, si la actora consideraba que existía un vicio del consentimiento en la celebración de los contratos adicionales, como fuerza o violencia, debió formular en la demanda la pretensión de nulidad relativa de los mismos y probarlo, pero, como no lo hizo, no hay lugar a estimar el argumento según el cual fue presionado al momento de suscribirlos.

65. Como quiera que obró conforme a derecho el Tribunal *a quo*, cuando decidió declarar probada la excepción de pago propuesta por el demandado y no condenar en costas, la sentencia habrá de ser confirmada.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 6 de abril de 2001, por la Sala de Descongestión para fallos administrativos de Barranquilla.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO