



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., primero (1º) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 130012331000201200022 01 (57.897)
Actor: VIBRAN S.A.S.
Demandado: ECOPETROL S.A. – REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.
Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: CONTRATO DE MANDATO / efectos que se derivan en orden a determinar la legitimación en la causa por pasiva cuando el contrato génesis de la controversia se ha suscrito en el marco de un contrato de mandato – RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL / actividades mercantiles e industriales en materia petrolífera – EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / su ruptura puede alegarse en contratos sometidos a derecho privado – EFECTOS DERIVADOS DE LA PROLONGACIÓN DEL PLAZO POR SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES ANTE LA MANIFESTACIÓN DE CONFORMIDAD DEL CONTRATISTA / observancia de la buena fe contractual – imposibilidad de obrar contra los actos propios / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POR VARIACIÓN DE PRECIOS – falta de prueba del desbalance financiero.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la entidad demandada, Ecopetrol S.A., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 21 de agosto de 2015, mediante la cual se resolvió (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO. - LIQUIDAR JUDICIALMENTE el Contrato No. 4015469 celebrado entre ECOPETROL S.A. (mandatario de la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.) y VIBRAN S.A.S (antes VIBRAN CÍA LMITADA), cuyo objeto se definió como SERVICIOS DE MANTENIMIENTO TÉCNICO Y ACTUALIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO DE LOS CINCO (5) TURBOGENERADORES DE LA UNIDAD DE SERVICIOS INDUSTRIALES DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.

“SEGUNDO. - CONDENAR EN ABSTRACTO a ECOPETROL S.A. a pagar a favor de la demandante los valores que resulten actualizar los precios unitarios del citado contrato.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

“TERCERO. - ORDENAR que, a través de incidente de liquidación de condena, que deberá promoverse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, con arreglo a lo previsto en el art. 172 del C.C.A, se liquide la condena que aquí se impone, para lo cual deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

“Se tomará el precio que por cada ítem ofertó la sociedad demandante y fue aceptado por la demandada ECOPETROL S.A. al suscribir el Contrato No. 4015469.

“Se efectuará un comparativo, para establecer cuáles ítems fueron ejecutados por VIBRAN y pagados a su favor, con posterioridad al 4 de agosto de 2008.

“El valor de dichos ítems deberá ser actualizado utilizando la fórmula:

“(…).

“Los valores resultantes deberán ser actualizados a la fecha en que se produzca la liquidación de los mismos y sobre ellos, se recocerán los rendimientos de que trata el art. 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

“CUARTO: NEGAR las restantes pretensiones de la demanda formulada contra ECOPETROL S.A.

“QUINTO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.

“SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 17 de enero 2012 por la sociedad Vibran S.A.S., por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual contra Ecopetrol S.A. y la Refinería de Cartagena S.A., con el fin de que:

- i) Se declarara que en desarrollo del Contrato No. 4015469, celebrado entre Ecopetrol S.A., que actuó como mandataria de la Refinería de



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Cartagena S.A., y la sociedad Vibran Cía Ltda. (hoy Vibran S.A.S.) se produjo la ruptura del equilibrio económico, por causas no imputables al contratista.

ii) Como consecuencia de la anterior declaración, se condenara a Ecopetrol S.A. y a la Refinería de Cartagena S.A. a pagar en favor de la sociedad Vibran S.A.S, las siguientes sumas:

- \$26'238.676, por concepto de impacto económico causado por dejar de facturar en la fecha prevista en el plan de trabajo.
- \$303'218.603, a título de sobrecostos por gastos directos ocasionados por razón de la suspensión del contrato.
- \$455'915.511, por concepto de sobrecostos correspondientes a gastos de administración generados por la suspensión del contrato.
- \$146'149.808, a título de "*impacto económico por pérdida horas hombre en ejecución*".

iii) Se liquidara judicialmente el contrato incluyendo los anteriores reconocimientos.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos que la Sala considera relevantes para resolver el caso:

2.1. Que, el 19 de octubre de 2006, la Refinería de Cartagena S.A. y Ecopetrol S.A. celebraron un contrato de mandato en el que aquella concurrió como mandante y esta como mandataria, con el objeto de operar, mantener y administrar la refinería.

2.2. Que, en virtud de lo anterior, el 3 de octubre de 2007, Ecopetrol S.A., actuando como mandataria de la sociedad Refinería de Cartagena S.A., aceptó la



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

oferta formulada por la sociedad Vibran Cía. Ltda., hoy Vibran S.A.S., de conformidad con la cual esta última prestaría los servicios de mantenimiento técnico y actualización de los sistemas de gobierno de los cinco turbogeneradores de la unidad de servicios industriales de la Refinería de Cartagena S.A. Los términos de la oferta y la aceptación quedaron condensados en el Contrato No. 4015469, cuyo valor se convino en la suma de \$873'305.237.

2.2. Que, como producto de esta negociación, las partes pactaron como plazo de ejecución 300 días, contados a partir de la suscripción del acta de inicio de actividades, hecho que tuvo lugar el 9 de octubre de 2007.

2.3. Que, durante la ejecución del contrato y por causas no imputables a la sociedad Vibran S.A.S, se produjeron múltiples suspensiones que condujeron a que el plazo se extendiera por un período de 830 días, lo que llevó a que su fecha de terminación se cumpliera en noviembre de 2010.

2.4. Que la prolongación del plazo contractual desencadenada, entre otras razones, por el incumplimiento del plan de entrega de los turbogeneradores por parte de Ecopetrol S.A., generó sobrecostos al contratista que ocasionaron la fractura de la ecuación económica del contrato.

2.5. Que, a pesar de las reclamaciones elevadas por el demandante ante Ecopetrol S.A, en procura de que se reconociera en su favor el restablecimiento del equilibrio financiero del negocio, la contratante accedió únicamente a pagar \$48'190.966.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora sostuvo que durante la ejecución contractual, Ecopetrol S.A. transgredió los fines de la contratación estatal, los derechos y deberes de las entidades estatales y el principio de la ecuación económica regulados en los artículos 3, 4 y 27 de la Ley 80 de 1993, respectivamente; así como los principios de buena fe, equidad y planeación consagrados en el Manual de Contratación de esa entidad.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Adujo que las normas y principios en mención fueron vulnerados por cuanto Ecopetrol S.A.:

- No realizó el proceso de facturación en las fechas señaladas en el Plan de Trabajo, sino con posterioridad a su culminación, cuestión en mérito de la cual debían reconocerse en favor del contratista los intereses moratorios correspondientes y la respectiva actualización.
- No reconoció los sobrecostos en que debió incurrir el contratista por cuenta de las suspensiones de que fue objeto el contrato por razones imputables a la entidad pública.
- No pagó las horas laborales perdidas por el personal destinado para la ejecución de actividades, por razones atribuibles a la entidad.

Para el actor, la falta de reconocimiento de los perjuicios causados no podía escudarse en que en el texto de las actas de suspensión se hubiera indicado que las mismas no generaban sobrecostos, dado que tal afirmación era contraria a la buena fe contractual.

4. Actuación procesal

Por auto del 8 de febrero de 2012¹, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda, ordenó su notificación a las demandadas y al Ministerio Público.

Una vez trabada la litis, en providencia del 3 de marzo de 2014², el Tribunal de origen abrió la etapa probatoria.

Concluida la etapa probatoria, por decisión del 26 de mayo de 2015 se corrió traslado conjunto para alegar de conclusión, termino dentro del cual las partes allegaron sus respectivos escritos, así como el Ministerio Público el correspondiente concepto.

¹ Fls. 479-482 C3.

² Fls. 702-705 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

4.1. Contestación de la demanda

Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A. contestó la demanda dentro del término legal, oportunidad en la cual negó algunos hechos, aceptó otros como ciertos con las aclaraciones respectivas.

Como razones de la defensa expuso que la implementación y disponibilidad de la entrega de equipos estaba supeditada al cumplimiento de unas condiciones técnicas y operativas, circunstancia que fue de pleno conocimiento de Vibran S.A.S., al punto de que aceptó suscribir las actas de suspensión del contrato, de reinicio y de finalización de trabajos.

Así mismo, afirmó que las causas que llevaron a la suspensión del contrato igualmente resultaron atribuibles al contratista, cuestión que de suyo justificó el pacto de acuerdo, según el cual esa situación no generaba sobrecostos para la entidad.

Adicionalmente, propuso los medios exceptivos que denominó: *“pérdida de vigencia de ofertas”*, *“buena de fe de Ecopetrol S.A.”*, *“temeridad”*, *“imposibilidad de estructurar una revisión contractual por parte de la sociedad demandante”*, *“obligatoriedad del cumplimiento de las declaraciones de voluntad”*, *“principio de la confianza legítima”* y *“el daño debe ser cierto”*.

Refinería de Cartagena S.A.

La sociedad accionada presentó su escrito de réplica dentro del término legal previsto. En esa ocasión, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto, en su criterio, carecían de fundamentación.

En relación con los hechos en que se apoyó la reclamación, afirmó que unos eran ciertos y otros no le constaban, por lo que debían ser probados. Al respecto,



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

añadió que las suspensiones que tuvo el contrato fueron producto del mutuo acuerdo de las partes y varias de ellas se acordaron como resultado de circunstancias atribuibles al contratista.

Finalmente, formuló las excepciones que tituló: “*exceptio non adimpleti contractus*”, “*inexistencia de desequilibrio económico*”, “*imposibilidad de desconocer o ir en contra de sus propios actos*”, “*cosa juzgada y transacción*” e “*inexistencia del daño*”

4.2. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante fallo proferido el 21 de agosto de 2015, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes razonamientos:

En primer lugar, se refirió al régimen contractual de las sociedades de economía mixta, al cabo de lo cual abordó el análisis de los temas relacionados con el principio de la conmutatividad del contrato estatal, el equilibrio financiero, la obligación legal de liquidar el negocio jurídico y la naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A.

Atendiendo al marco conceptual y legal plasmado como producto del estudio emprendido, concluyó que el régimen jurídico que gobernó el Contrato No. 4015469 correspondió a las normas del derecho privado. Precisó además que, en atención a que en este asunto Ecopetrol S.A. actuó como mandatario de la Refinería de Cartagena S.A., al ser la empresa mandante una filial de Ecopetrol S.A., su régimen contractual seguía el de esta, es decir, se regía por normas del derecho común.

Luego de culminar la relación probatoria, consideró que en el caso debía darse aplicación a la revisión o ajuste de precios, en razón a que el contrato se celebró bajo la modalidad de precios unitarios. En ese sentido, advirtió que, en atención a que su plazo se alargó por causas no imputables al contratista, los valores de los



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Ítems ejecutados debían ser pagados de acuerdo con las reglas de actualización, las cuales, no obstante no ser pactadas en el contrato, en general su observancia debía ser acatada por Ecopetrol en procura de la conservación del equilibrio económico del contrato. Sobre el particular, sostuvo el *a quo* (se transcribe de forma literal):

“En este evento, el de reajuste de precios por vía de actualización no tiene cabida ninguna otra clase de reclamación, sino aquellas que tienen que ver con la afectación del precio del contrato por el paso del tiempo, que es el argumento principal esgrimida por la sociedad demandante.

“De esta manera no se detendrá la Sala en el análisis de los costos en que demandante afirma incurrió y cuyos soportes se allegaron al proceso, teniendo en cuenta que los precios unitarios presentados con la oferta incluyen la consideración de todas esas variables, puesto que lo contrario no ha sido objeto de discusión en este proceso, de manera que la simple actualización de precios unitarios permite obviar el estudio de los factores que los componen”.

Con base en lo anterior, señaló que las actividades desarrolladas por Vibran S.A.S. fueron reconocidas a partir de octubre de 2008, cuando ya se había finalizado el plazo inicialmente estipulado, sin que su valor se hubiera actualizado por Ecopetrol S.A. para efecto de su pago.

En ese orden indicó que, al no estar demostrados los pagos que por cada ítem le fueron efectuados, ni la época en que se desembolsaron, se encontraba procedente proferir una condena en abstracto, con el fin de que, a través del respectivo incidente, se liquidara el valor que por concepto de actualización debía reconocerse en favor del demandante.

4.3. El recurso de apelación

Parte demandante

La parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Como fundamento de la alzada, expuso que el *a quo* incurrió en una confusión al entender incluidos en los precios unitarios actualizados aquellos sobrecostos acaecidos como consecuencia de la ampliación del plazo contractual por un término de 830 días, los cuales, por demás, se hallaban demostrados en el plenario y su causación fue admitida por la parte demandada según se desprendía de la correspondencia cruzada entre las partes.

Alegó que esos sobrecostos no solo debían reconocerse durante los lapsos de suspensión en los que en las respectivas actas no incluían la frase “*sin sobrecostos para Ecopetrol*”, sino en todos aquellos casos en que así se hizo, toda vez que su inserción no contaba con respaldo jurídico alguno y, *contrario sensu*, transgredía los principios que regían la actividad contractual de la entidad.

Para finalizar, cuestionó la falta de condena en costas en contra de la entidad demandada, por cuanto la actuación temeraria de Ecopetrol S.A. se derivaba del hecho de haber incluido en las actas de suspensión la frase “*sin sobrecostos para Ecopetrol*”.

Ecopetrol S.A.

La entidad accionada basó su inconformidad en que el Tribunal no tuvo en consideración el hecho de que Ecopetrol S.A. actuó en virtud del mandato con representación otorgado por Reficar S.A. De ahí que no existían dos partes contratantes sino solo una, extremo que en este caso era ocupado por Reficar S.A., sociedad en relación con la cual el contrato celebrado en su nombre surtía plenos efectos frente a su patrimonio.

Soportándose en lo dicho, alegó que en el caso se presentaba una falta de legitimación material en la causa por pasiva respecto de Ecopetrol S.A., pues en el contrato objeto de controversia la parte contratante era Reficar S.A.

El segundo argumento de alzada estribó en censurar la decisión de primera instancia, por no haber tenido en cuenta la tesis jurisprudencial del Consejo de



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Estado frente a la oportunidad para elevar reclamaciones en materia contractual, línea que enseñaba que si las solicitudes o salvedades por incumplimiento o desequilibrio contractual no se realizan en el momento de suscribir las actas de suspensión, adiciones o prórrogas del plazo contractual o los contratos adicionales, una pretensión posterior en ese sentido resultaría extemporánea por vulnerar la buena fe contractual.

5. Actuación en segunda instancia

5.1. Mediante providencia del 5 de octubre de 2016, el Despacho conductor del proceso admitió los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la entidad demandada Ecopetrol S.A.

5.2. En proveído del 15 de noviembre de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, la parte actora y Ecopetrol S.A. presentaron sus escritos de alegaciones en los cuales, en esencia, reiteraron los argumentos en los que fundaron la causa y la contradicción. La demandada, sociedad Refinería de Cartagena S.A., y el Ministerio Público guardaron silencio.

6.- Impedimento de Magistrado

Mediante escrito del 22 de agosto de 2018, el Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, con fundamento en el artículo 141 numeral 1 del Código General del Proceso, en atención a que desde el 23 de octubre de 2000 y hasta el 31 de octubre de 2011 se desempeñó como Jefe de la Unidad de Asuntos Judiciales y Extrajudiciales de la Vicepresidencia Jurídica de Ecopetrol S.A.³.

En consideración a lo anterior, la Sala estima que se configura la causal invocada⁴, toda vez que el magistrado Zambrano Barrera manifiesta que, en

⁴ **Artículo 141 del C.G.P. Causales de Recusacion.** Son causales de recusación las siguientes:



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

ejercicio de su cargo, emitió conceptos y gestionó actuaciones judiciales para garantizar la defensa judicial de Ecopetrol S.A., entidad que integra el extremo pasivo dentro de esta causa.

Así pues, resulta del caso declarar fundado el impedimento y separar del conocimiento del presente asunto al Magistrado Zambrano Barrera, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa: **3.1)** por activa; **3.2)** de la legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Refinería de Cartagena Reficar S.A. – cargo de la apelación: **3.2.1)** del contrato de mandato suscrito entre Ecopetrol S.A. y de la Refinería de Cartagena S.A. y los efectos que de allí se derivan en orden a determinar la legitimación en la causa por pasiva; **3.3)** de la legitimación en la causa por pasiva de Ecopetrol S.A.; **4)** régimen jurídico aplicable al Contrato No. 4015469 en el que se concentra la litis; **5)** del equilibrio económico del contrato sometido al imperio del derecho privado; **6)** de los cargos de la apelación; **6.1)** de los efectos de la prolongación del plazo por la suspensión de actividades ante la manifestación de conformidad del contratista: **6.1.1)** el reconocimiento de los sobrecostos ocasionados por la prolongación del plazo contractual a causa de las reiteradas suspensiones de que fue objeto el contrato No. 4014469; **6.1.2)** la falta de actualización de precios y los sobrecostos desencadenados por esa omisión y **7)** costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas vigentes para la época de presentación de la demanda, consagraron que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

El vínculo obligacional en cuyo desarrollo se generó la controversia planteada en el presente proceso fue el Contrato No. 4015469 suscrito el 3 de octubre de 2007, entre Ecopetrol S.A., en calidad de mandataria de la sociedad Refinería de Cartagena S.A., y la sociedad Vibran Cía Ltda. hoy Vibran S.A.S.

A este asunto fueron vinculadas como demandadas, por una parte, Ecopetrol S.A., sociedad de economía mixta⁵, y por otra, la sociedad Refinería de Cartagena S.A.⁶, persona jurídica que comparte ese mismo calificativo. Así las cosas, al ostentar la naturaleza de entidades públicas con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998⁷, esta jurisdicción es competente para dirimir la controversia.

⁵Sociedad de economía mixta, de carácter comercial, del orden nacional, autorizada por la Ley 1118 de 2006 y vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

⁶Según se desprende del certificado de existencia y representación que obra a folios 486 a 493 del C3 en el plenario. La sociedad Refinería de Cartagena S.A. fue constituida por escritura pública No. 3.890 del 11 de octubre de 2006, como una sociedad comercial del tipo de las anónimas.

Posteriormente, el 24 de junio de 2009, Ecopetrol S.A. adquirió más del 50% de las acciones que Glencore AG poseía en la Refinería de Cartagena S.A. – Reficar, la que se convirtió en una sociedad de economía mixta, subsidiaria de Ecopetrol S.A., manteniendo su autonomía operativa, administrativa y financiera, cuyo control se ejercerá a través de los mecanismos establecidos en su Junta Directiva. Ver fl. 492 vto. C3.

Esta información fue corroborada en el certificado de existencia y representación de Ecopetrol S.A. en el que consta la situación de declaración de grupo empresarial y control de la matriz Ecopetrol S.A. respecto de la subordinada Refinería de Cartagena S.A. Reficar. Fls.-495-515 C3.

⁷ **Ley 489 de 1998.** “Artículo 38.- Integración de la Rama Ejecutiva en el orden nacional. La Rama Ejecutiva en el Orden Nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1) del sector central:



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

También le asiste competencia a la Sala para tramitar el asunto en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$455'915.511, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$283'350.000)⁸, exigida en la Ley 446, promulgada el 8 de julio de 1998, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

Observa la Sala que las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener la declaratoria de ruptura del equilibrio económico acaecido durante la ejecución del Contrato de prestación de servicios de mantenimiento No. 4015469, por circunstancias ajenas a la voluntad del contratista y a que se ordenara la condena correlativa a los perjuicios ocasionados, aspecto que, al tenor de lo prescrito en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción impetrada.

En orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual “c) *En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; (...)*”.

“(…)”.

“f) *Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;*

“(…)”.

“Parágrafo 1º *Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado”.*

⁸ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 17 de enero de 2012, correspondió a \$566.700.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Para emprender el análisis de la oportunidad de la acción, cabe destacar, previamente, que, como se profundizará más adelante, el contrato que ocupa la atención de la Sala, celebrado el 3 de octubre de 2007 entre Ecopetrol S.A., en calidad de mandataria de la sociedad Refinería de Cartagena S.A., y la sociedad Vibran Cía Ltda. hoy Vibran S.A.S., se rigió por las reglas del derecho privado.

Siguiendo la línea jurisprudencial de esta Corporación⁹ en torno al cómputo de caducidad en estos casos, la Sala reitera que, en principio, este negocio, por tratarse de un asunto regido por el derecho privado no estaría sujeto a una etapa liquidatoria, a menos que las partes pactaran realizarla de común acuerdo, como en efecto aconteció en el subexamine.

En ese sentido, se observa que las partes de consuno fijaron un plazo de liquidación bilateral de dos meses, contados a partir de la fecha de terminación del plazo contractual, hecho que, aunque se profundizará en acápite posterior, ocurrió el 12 de noviembre de 2010. De ahí que el plazo de liquidación habría de vencer el 12 de enero de 2011.

Sin embargo, mediante actas del 7 de enero de 2011 y 11 de febrero de 2011, las partes decidieron ampliar el plazo de liquidación bilateral, en suma, hasta el 25 de febrero de 2011¹⁰. En definitiva, el plazo expiró sin que dentro del mismo se hubiere logrado acuerdo alguno sobre el finiquito del balance económico final.

⁹ Conviene reiterar en esta oportunidad la posición jurisprudencial de esta Corporación en torno al tema del cómputo de caducidad en los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado:

“Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

“Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ Fls. 655-660 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

A partir de entonces -26 de febrero de 2011-, deberán contarse los dos años de caducidad de la acción, los cuales inicialmente vencían el 26 de febrero de 2013.

En este punto, es imperativo señalar que el 2 de septiembre de 2011, faltando un año, cinco meses y veinticuatro días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 130 Judicial II para Asuntos Administrativos¹¹, trámite que culminó el 25 de noviembre del mismo año¹², tras constatarse la ausencia de ánimo conciliatorio¹³.

A partir del día siguiente se reanudaron el año, cinco meses y veinticinco días restantes para completar los dos años, los cuales se cumplían el 19 de mayo de 2013.

Como consecuencia, al haberse presentado la demanda el 17 de enero de 2012, se concluye que su interposición fue oportuna.

3.- De la legitimación en la causa

¹¹ Fls. 77-79 C1.

¹² Fls. 35-36 C1.

¹³ A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 3 del Decreto 1719 de 2009, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación extrajudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

“Artículo 3°. *Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:*

“a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o

“b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o

“c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

“En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

“Parágrafo único. *Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción”.*



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de tal suerte que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria –aunque no suficiente– para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró o no la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

En línea con lo advertido, ocurre que la legitimación en la causa en el ejercicio de la acción contractual, a la luz de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A.¹⁴ se reservó a las partes co-contratantes de la relación obligacional, restricción que conlleva al entendimiento de que el daño o perjuicio por cuya indemnización se entabla el litigio tiene como fuente el negocio jurídico, del cual solo pueden desprender derechos y obligaciones, a través de este cauce procesal, quienes conforman uno de los extremos del mismo.

3.1. Por activa

¹⁴ C.C.A. “**Artículo 87. De las controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“(…)”.

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Con base en estos conceptos, le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad Vibran S.A.S. para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico No. 4015469, escenario en el que se produjo el supuesto desequilibrio económico materia de reclamación.

3.2. De la legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Refinería de Cartagena Reficar S.A. – cargo de la apelación

Sobre este aspecto cabe recordar que el primer argumento del recurso de apelación formulado por Ecopetrol S.A. estribó en su ausencia de legitimación en la causa, bajo la consideración de que su concurrencia a la suscripción del Contrato No. 4015469, en cuyo devenir se presentó la ruptura del equilibrio económico alegada, se llevó a cabo en calidad de mandataria con representación de la sociedad Refinería de Cartagena Reficar S.A. Siguiendo ese esquema, sostuvo que, en aplicación de las normas mercantiles que regulaban la tipología del mandato con representación, era esta última sociedad la parte contratante dentro del referido negocio jurídico y, como tal, la llamada a responder por las pretensiones derivadas de su ejecución.

En orden a resolver el argumento de inconformidad referente a la ausencia de legitimación en la causa por pasiva respecto de Ecopetrol S.A., se precisa lo siguiente:

Debe recordarse que la demanda se dirigió conjuntamente en contra de Ecopetrol S.A. y de la Refinería de Cartagena S.A., en atención a que, según se explicó en el escrito introductorio, el Contrato No. 4015469, en cuya ejecución se habría presentado el desbalance objeto de controversia, fue celebrado por Ecopetrol S.A., en condición de mandatario de la Refinería de Cartagena S.A.

Como consecuencia, el Tribunal de origen, mediante auto del 8 de marzo de 2012, admitió la demanda y ordenó su notificación a las dos sociedades accionadas, las cuales ejercieron su derecho de contradicción allegando sus respectivos escritos de contestación en la oportunidad legal correspondiente.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Surtidas las etapas procesales, el Tribunal Administrativo de Bolívar profirió sentencia en la cual, al abordar el fondo del asunto, negó las pretensiones incoadas frente a Reficar S.A. y estimó que la entidad llamada a responder por la condena que allí se profirió era Ecopetrol S.A., por haber suscrito, en calidad de contratante, el acuerdo comercial base de las pretensiones, sin que se hubiere efectuado alguna reflexión adicional respecto del contrato de mandato que precedió su celebración y en mérito del cual dicha entidad procedió a suscribirlo.

Sentado como está el panorama procesal en punto a la vinculación como demandadas de Ecopetrol S.A. y de la Refinería de Cartagena S.A., la Sala conviene la necesidad de pronunciarse en torno a la tipología del negocio jurídico de mandato celebrado entre aquellas y los efectos que de allí se derivan en lo que hace a la presente causa, para cuyo propósito iniciará por referirse a las normas que lo disciplinan, a su tratamiento doctrinal y jurisprudencial y a lo que sobre el particular se encuentra demostrado.

3.2.1. Del contrato de mandato suscrito entre Ecopetrol S.A. y la Refinería de Cartagena S.A. y los efectos que de allí se derivan en orden a determinar la legitimación en la causa por pasiva

Para desentrañar los elementos de la esencia del contrato de mandato, necesariamente debe acudir a las disposiciones que sobre su definición compendian el Código Civil y el Código de Comercio.

El Estatuto Civil, en su artículo 2142 define esta tipología como:

“...un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

Igualmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2158 del Código Civil, la existencia del mandato comporta la concesión al mandatario de las siguientes facultades:



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

“El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado”(destaca la Sala).

En relación con los efectos de la contratación realizada por el mandatario, el canon 2177 de la misma codificación establece que *“El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante”*.

Frente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandatario, el artículo 2186 de ese cuerpo normativo prescribe que *“El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato”*.

Por su parte, el Estatuto Mercantil, en su artículo 1262 describe el mandato comercial como:

“... un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra el mandato puede conllevar o no la representación del mandante” (subraya la Sala).

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1266 de ese mismo compendio, el mandatario no podrá exceder los límites de su encargo a prevención de que los actos cumplidos más allá de dichos confines sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.

La doctrina nacional se ha ocupado de reflexionar acerca de los efectos del mandato adelantado con representación o sin ella y al respecto ha convenido que no obstante su ausencia, la gestión, en todo caso, sigue realizándose por cuenta del mandante:

“De esa manera, normativamente es del todo incuestionable que el encargo propio del mandato puede implicar que el mandatario haya de obrar en nombre del mandato y que además tenga que decidir con mayor y menor



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

amplitud y hondura cómo obrar y los términos de su actuación, caso en el cual se tendría un mandato representativo; como también puede suceder que las atribuciones del agente se limiten a transmitir un mensaje del dominus, o que este determine que su apoderado obra en su propio nombre, casos en los cuales no habrá representación. De todos modos la relación entre las partes es la misma, (...).

“De ahí se sigue la índole contractual del mandato y su función de encargo de servicios personales para la atención o la gestión de asuntos concernientes al mandante, que el mandatario asume, independientemente de si es o no representativo (...).

“En tal sentido, valga insistir en ello, el mandato es un contrato de prestación de servicios, con caracteres específicos que lo diferencian del arrendamiento de servicios inmateriales (arts. 2063 ss. c.c.), como también del contrato de trabajo (art. 24 c.s.t.), entre otras razones porque, sobre todo en cuanto se proyecta sobre la realización de actos jurídicos, o solamente sobre ellos las obligaciones recíprocas de las partes se entremezclan con los efectos de aquellos sobre estos y sobre el tercero con quien contrata el mandatario, máxime si se tiene en cuenta que el mandato puede ser o no representativo”¹⁵.

Al explorar sobre la tipología del mandato, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que:

“...los contratos de mandato por su naturaleza comportan un alto grado de confianza entre las partes, toda vez que suponen la entrega de asuntos propios para que sean asumidos por un tercero, en este caso, a través del ejercicio de servicios profesionales”¹⁶.

A su turno, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha distinguido los alcances frente a terceros de los actos ejecutados en el marco de un contrato de mandato, acerca de lo cual ha concebido la posibilidad de que se configuren dos escenarios:

“Empero, y esto debe recalcarse firmemente, en una y otra hipótesis, es decir, sea que el mandato tenga por objeto la realización de actos

¹⁵ HINESTROSA Fernando. “LA REPRESENTACIÓN”. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, septiembre 2008. Págs. 65-66.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 9 de octubre de 2014, exp. 21.281, C.P. Ramiro Pazos Gurrero.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

mercantiles, o ya la ejecución de actos de cualquier otra especie, lo cierto es que conforme a los principios cardinales que gobiernan en nuestro ordenamiento la materia, bien puede acontecer que **el mandatario actúe en representación del mandante, esto es, haciendo explícita ante los terceros con quienes contrata la condición en que actúa, que no es otra que la de procurador del dominus, cuyo patrimonio, subsecuentemente, compromete directamente frente a dichos contratantes, o también puede acontecer que, por razones de disímil temperamento, les oculte esa situación, cual lo prevén los artículos 2177 y 1162 de los códigos Civil y Comercial respectivamente, y contrate con ellos como si el negocio fuese propio, hipótesis en la cual es incontestable que frente a dichos terceros, no implica derechamente al mandante, motivo por el cual a aquellos les está vedado accionar directamente contra éste, y viceversa.**

“En la primera hipótesis, esto es, cuando el mandatario actúa en nombre del mandante y por cuenta de éste, lo tienen definido la doctrina y la jurisprudencia patrias, el mandato es **representativo**, y se caracteriza, además de las particularidades ya anotadas, porque el mandatario obra en virtud de un poder que hace conocer a quienes con él contratan, dándoles a entender de manera indubitable que las operaciones que realiza se radicarán directamente en el patrimonio de otro, en cuyo nombre obra, y con quien deberán entenderse a efectos de ejercer los derechos y acciones derivados del contrato realizado.

“En cambio, el mandato es **no representativo**, según terminología ampliamente aceptada en nuestro medio, cuando, como ya ha quedado señalado, no exterioriza a los destinatarios de sus declaraciones que obra por cuenta y riesgo de otro, inadvertencia que, como es apenas obvio, y dado el carácter relativo de los contratos, apareja que entre mandante y terceros no surjan vínculos jurídicos y carezcan, por ende, de legitimación para emprender acciones judiciales entre sí. Es diáfano, por el contrario, que frente a esos terceros con quienes contrata, el mandatario aparece como titular de los derechos que agencia, así como de las acciones derivadas del contrato. No obstante, esto no quiere decir que el sustituido se mantenga totalmente al margen de la situación y que los resultados del negocio no lo alcancen: por supuesto que el intermediario, aunque obra frente a terceros en nombre propio, sigue haciéndolo por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto.

“Significa lo anterior, en resumen, tiene dicho la Corte, que el carácter del mandato no representativo estriba en que, interiormente, entre mandante y mandatario existe por hipótesis un contrato de mandato civil o mercantil llamado a gobernarse por sus propias reglas, mientras que en el plano exterior no se da esa percepción jurídica del mandato pues la representación –se repite– no existe ya que el mandatario obra en su propio nombre, no en



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

el de su mandante. Por lo tanto, forzoso es diferenciar la relación entre aquél y los terceros, de un lado, y del otro la relación entre el mandante y el mismo mandatario que fungió como gestor de sus intereses; no existe, pues, vínculo directo del mandante y los terceros como sí se presenta en el mandato común, lo que en materia de obligaciones lleva a sostener que, en tesis general, tratándose del mandato no representativo no hay un deber, espontáneo e inmediato, de prestación a favor del tercero contra el mandante o viceversa, postulado este cuya razón de ser se halla en que, dadas las particulares características de esta forma de contratación, los terceros y el propio mandante la usan porque abrigan confianza en el proceder del mandatario en cuanto hace con el cumplimiento de su cometido y por eso, enseñan autorizados expositores, lo hacen funcionar como una especie de ‘órgano conmutador’ en el sentido de que siendo dueño del negocio, en él está la titularidad de derechos y obligaciones, pero obviamente los riesgos que a éstas son inherentes y por cuanto desde un punto de vista preponderantemente económico ellas van a redundar en provecho del mandante, tendrán que gravitar –dichos riesgos– sobre el patrimonio de este último y no sobre el que quien fuera su mandatario, (...)”¹⁷ (destaca la Sala).

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de abril de 2007, exp. 0645, M.P, Pedro Octavio Munar Cadena.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Del recorrido legal, doctrinario y jurisprudencial que se acaba de plasmar, la Sala concluye que:

- Dos de los elementos descriptores que tanto la legislación civil como la mercantil comparten en torno al mandato aluden a i) que la gestión confiada se hace por cuenta y riesgo del mandante y ii) los actos ejercidos por el mandatario no obligan al mandante si han excedido los límites del encargo.
- Resulta inherente a la esencia del mandato que el mandatario actúe por cuenta del mandante, sin perjuicio de que exista la alternativa de que la actuación se ejerza con o sin representación de aquel por cuya cuenta se obra.
- Al ser la representación una opción de la que puede hacerse uso en las gestiones efectuadas en cumplimiento del mandato, se concluye que aquella no constituye un elemento de su esencia.
- La gestión de actos o negocios jurídicos por cuenta de otro constituye el elemento que justifica la vinculación del patrimonio del mandante frente a las obligaciones contraídas por el mandatario en su nombre frente a terceros, consecuencia que habrá de concretarse, incluso, sin revelar que actuaba en esa condición.
- La procedencia de ejercer por parte de un tercero una acción directa en contra del mandante se determinará en función de la circunstancia alusiva a si el acto o contrato realizado en el marco del mandato y en cuya virtud se afectan sus intereses fue ejercido en nombre y representación del mandante y así fue conocido por el tercero.

En defecto, tal proceder le estará vedado al tercero y será con el mandatario, quien manifestó actuar en nombre propio, con quien corresponderá enfrentarse en juicio.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Con todo, esta última posibilidad no excluye que el patrimonio del mandante por cuya cuenta se actuó, en todo caso, resulte afectado por la gestión que dio génesis a la controversia.

Despejado lo anterior y con el propósito de establecer la legitimación en la causa por pasiva que le asiste a los extremos del contrato de mandato en desarrollo del cual celebró y ejecutó el negocio jurídico debatido en este proceso, la Sala abordará el análisis probatorio pertinente:

Se encuentra acreditado en el plenario que el 19 de octubre de 2006, la Refinería de Cartagena S.A. y Ecopetrol S.A. celebraron un contrato de mandato en el que aquella concurrió como mandante y esta como mandataria, con el siguiente objeto¹⁸ (se transcribe de forma literal):

“Por medio del presente Contrato el Mandante le otorga al Mandatario el poder y las autorizaciones para que este actúe en nombre y representación del Mandante en la ejecución de la operación, mantenimiento y Administración de la Refinería actual, de conformidad con lo señalado en el presente contrato y en las instrucciones que de tiempo atrás reciba por escrito el Mandatario por parte del Mandante. Para efectos de oponibilidad ante terceros las partes suscribirán el Anexo 4 del presente contrato, el cual constituirá la prueba ante terceros de la autorización del mandante para actuar en su nombre y representación” (destacado fuero a texto).

En el literal f), relativo a “las consideraciones” expuestas como basamento de la celebración del contrato, se registró (se transcribe de forma literal):

“Que para poder llevar a cabo la operación, mantenimiento y administración de la refinería Actual, Ecopetrol S.A. y la sociedad consideran conveniente que ésta en su consideración de propietaria de la misma (...) otorgue a Ecopetrol las facultades y poderes para ésta, en su condición de mandatario con representación de la sociedad pueda llevar a cabo todos los actos, suscribir todos los documentos y en general pueda realizar todas las actividades para la adecuada operación, mantenimiento y administración de la Refinería Actual” (se realza).

¹⁸ Fls. 80-93 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Igualmente, dentro de las obligaciones del mandatario se incorporaron las siguientes (se transcribe de forma literal):

“i) *Celebrar en nombre y representación del mandante los contratos refinería.*

“(…)”.

Dentro del capítulo I, destinado a las definiciones del contrato se estableció (se transcribe de forma literal):

“Contratos Refinería: Significa todos y cada uno de los contratos distintos a los contratos laborales o de suministro de personal necesario para la operación y mantenimiento y administración de la refinería actual, incluidos pero sin limitarse, a los de suministro de crudo, comercialización de productos refinados, compra o suministro de repuestos, insumos, materias primas, prestación de servicios, consultorías que se detallan en el anexo 5, que serán cedidos por el Mandatario al Mandante antes de la fecha efectiva; o ii) serán suscritos por el Mandatario en nombre y representación de Mandante, caso en el cual serán costos adicionales”.

La duración del contrato de mandato se convino en 4 años.

En el marco de las obligaciones adquiridas con ocasión del referido contrato de mandato, con el fin de realizar una actualización tecnológica que garantizara la disponibilidad del suministro de potencia eléctrica para la refinería de Cartagena S.A.¹⁹, en octubre de 2007, Ecopetrol S.A., actuando en condición de mandataria de la Refinería de Cartagena S.A., adelantó el procedimiento de selección No. 511430 con el propósito de contratar los servicios de mantenimiento técnico y actualización de los sistemas de gobierno de los cinco (5) turbogeneradores de la Unidad de Servicios Industriales de la Refinería de Cartagena S.A.

En el contenido del documento precontractual que sirvió de base para la convocatoria, denominado “*Concurso - Condiciones Generales de la Contratación*”, textualmente se indicó que en esa gestión Ecopetrol S.A. concurría

¹⁹ Así se desprende de las especificaciones técnicas para contratar los trabajos de mantenimiento técnico y actualización de los sistemas de gobierno de los cinco (5) turbogeneradores de la unidad de servicios industriales. Fls. 665-685 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

en calidad de mandataria de la Refinería de Cartagena S.A., así (se transcribe de forma literal):

“El objeto del PS es elegir al CONTRATISTA que se encargue de ejecutar a favor de ECOPETROL S.A. que actúa en condición de Mandatario de la Sociedad Refinería de Cartagena S.A. y que en adelante se denomina ECOPETROL, el contrato integrado por el clausulado General de estas CGC y la Minuta que forma parte integrante de las CEC”.

Luego de que Ecopetrol S.A. aceptara la propuesta presentada por Vibran Cía. Ltda., el 3 de octubre de 2007, las sociedades mencionadas celebraron el Contrato No. 4015469, en cuyo texto expresamente se incorporó que Ecopetrol S.A. *“en este acto obra como mandatario de la sociedad Refinería de Cartagena”*²⁰.

De lo dicho se extraen las siguientes conclusiones:

- El Contrato No. 4015469 materia de controversia se celebró en cumplimiento del mandato

Para la Sala no cabe duda de que el Contrato No. 4015469 fue celebrado con fundamento en el mandato otorgado por la Refinería de Cartagena S.A. a Ecopetrol S.A., habida cuenta de que su objeto guardó correspondencia con aquellos agrupados dentro del concepto *“contratos refinería”*, incorporado en el literal g) del capítulo del texto contractual, en el que se delimitó el alcance del encargo encomendado, entre ellos, los de prestación de servicios necesarios para la operación, mantenimiento y administración de la Refinería.

En efecto, su objeto consistió en una prestación de servicios de mantenimiento técnico y de actualización de los sistemas de gobierno de los cinco turbogeneradores de servicios industriales de la Refinería de Cartagena S.A., por lo que es claro que su celebración se llevó a cabo dentro de los linderos del

²⁰ FI. 767 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

mandato concedido para operar, mantener y administrar ese establecimiento, en tanto dicha gestión se identificaba con un acto conexo o complementario, en todo caso, necesario para el cabal cumplimiento de la labor encargada.

A la misma inferencia se llega por el hecho de que los “*Contratos Refinería*” celebrados con base en ese compromiso, debían suscribirse por el mandatario en nombre y representación de la Refinería, tal cual sucedió en el negocio que ocupa la atención de la Sala.

- Al haberse celebrado dentro de los límites del mandato, se depende que el negocio se suscribió por cuenta del mandante

En consideración a que el contrato de prestación de servicios de mantenimiento No. 4015469 fue celebrado por Ecopetrol S.A. en cumplimiento y dentro de los límites del mandato otorgado por la Refinería de Cartagena S.A., se concluye que el mismo se suscribió por cuenta de esta; por oposición, solo en el caso de que el contrato hubiere excedido el objeto del mandato, aquel negocio se habría de entender celebrado por cuenta del mandatario.

La situación descrita, de suyo, trae como corolario que el patrimonio del mandante hubiera de resultar vinculado en relación con las consecuencias que pudieran derivarse de su ejecución frente a terceros.

Sobre el particular, cabe recordar que uno de los elementos de la esencia del contrato de mandato es que los actos ejecutados en cumplimiento del mismo, y dentro de sus límites, se entienden celebrados por cuenta de la sociedad mandante, al margen de que se haya obrado o no en su representación.

- Al haberse obrado en nombre y representación del mandante en la celebración del contrato, el tercero contratista cuenta con acción directa en su contra

Surge con claridad, por un lado, que en los términos del mandato celebrado entre la Refinería de Cartagena S.A. y Ecopetrol S.A. los “*Contratos Refinería*”, cuya



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

celebración se encargaba, debían hacerse en nombre y representación del mandante.

En acatamiento de esa estipulación, Ecopetrol S.A. celebró el Contrato No. 4015469 actuando en calidad de mandatario y, por contera, en representación del mandante y así lo hizo saber a la sociedad Vibran Cía Ltda. desde la etapa previa al nacimiento del acuerdo negocial, advertencia que fue exteriorizada igualmente al suscribir el acuerdo y se mantuvo presente durante todo el plazo de ejecución.

Lo dicho supone que, al ser de pleno conocimiento del contratista Vibran Cía Ltda., que en este proceso funge como demandante – hoy Vibran S.A.S.-, que el negocio jurídico del que hizo parte se suscribía por cuenta y en representación de la sociedad Refinería de Cartagena S.A., como lo supo de inicio, ese conocimiento sirvió de base para la formación de un vínculo jurídico entre los mencionados que facultaba al primero para ejercer las acciones judiciales directas en contra de la sociedad Refinería de Cartagena S.A., encaminadas a ventilar las controversias que surgieran en relación con la celebración, ejecución y liquidación del referido contrato y que legitimaban a esta última para ejercer la correlativa oposición en procura de su defensa.

Conclusión

La Sala encuentra de recibo el argumento del recurso de apelación formulado por Ecopetrol S.A, en cuanto sostuvo que la sociedad Refinería de Cartagena S.A., en calidad de mandante, era la legitimada en la causa por pasiva para responder con su patrimonio por la eventual condena derivada de la controversia originada en el Contrato No. 4015469, en consideración a que, según se evidenció, fue suscrito por su cuenta y en su representación para satisfacer las necesidades técnicas de la Refinería.

3.3. De la legitimación en la causa por pasiva de Ecopetrol S.A.

Lo expuesto hasta ahora no equivale a afirmar que el demandado Ecopetrol S.A. no se encuentra legitimado en la causa para integrar el extremo pasivo del



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

presente litigio, pues aun cuando concurió a la celebración del Contrato No. 4015469 en condición de mandataria de la refinería siendo esta última la entidad llamada a responder de manera directa por la eventual condena que aquí se adopte, en todo caso, la calidad de la gestión negocial de Ecopetrol S.A. ha de servir como base para establecer la posibilidad de despachar favorable o desfavorable las súplicas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato invocadas.

Acontece que, sin desconocer que, como se indicó en precedencia, según los dictados del artículo 87 del C.C.A.²¹, la legitimación en la causa en materia contractual cobija a las partes co-contratantes de la relación negocial de la que solo podrían extraer derechos y obligaciones quienes conforman uno de los extremos del mismo, no se puede soslayar el hecho de que existen algunos eventos en los cuales resulta viable que intervengan en el proceso sujetos que aunque no hagan parte de los extremos del contrato en desarrollo del cual se gesta la contienda, si se encuentran legitimados, ya fuese por activa o por pasiva, para comparecer al litigio en calidad de litisconsortes necesarios o facultativos o terceros interesados en el resultado del proceso, toda vez que en alguna medida pueden resultar afectados con lo que allí se resuelva.

Tal es el caso de las aseguradoras²² que garantizan el cumplimiento del contrato estatal, las que, no obstante no ser parte del mismo, tienen interés directo en tanto las decisiones que se profieran con ocasión del litigio tienen vocación de irradiar en el contrato de seguro que afianza el negocio que da origen a los hechos debatidos.

²¹ C.C.A. **“Artículo 87. De las controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“(...)”.

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Soluciones jurídicas en línea

contratación
en línea.co



Con base en esos planteamientos se ha reconocido su legitimación en la causa para comparecer al juicio que se cimienta en la discusión de una relación contractual en la que ellas no son parte.

Una situación similar se presenta en materia de fiducia, eventos en los que, a pesar de que la Fiduciaria actúa en representación del fideicomitente que se identifica en algunos casos con entidades estatales, la gestión adelantada y los actos expedidos en desarrollo de la misma legitiman su intervención por pasiva en el proceso.

Así lo ha considerado esta Subsección al sostener:

“De conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias antes citadas, para la Sala no existe duda de que la Fiduciaria La Previsora S.A. tiene legitimación pasiva en el presente proceso, sin perjuicio de que obre en representación, o por cuenta del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Calamidades

“(…).

“Por ello, teniendo en cuenta que la ley dispuso la administración y representación del patrimonio autónomo por parte de la citada fiduciaria, le correspondía a esa sociedad obrar en este proceso como demandada, como en efecto lo hizo, amén de que ella misma actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Calamidades expidió los actos acusados”²³.

Acogiendo la misma línea de pensamiento, en esta oportunidad la Sala considera que le asiste legitimación en la causa a Ecopetrol S.A. para integrar el extremo pasivo de la presente controversia, habida consideración de que, a pesar de haber obrado por cuenta y en representación de la sociedad Refinería de Cartagena S.A. aquella fue la entidad que suscribió el contrato de prestación de servicios de mantenimiento y realizó todas las gestiones asociadas a su ejecución, asumiendo el rol de directora del negocio en desarrollo del cual se presentó la ruptura de la ecuación económica que ahora es materia de reclamación.

²² Ver sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 15 de abril de 2010, exp. 18.292, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 22 de febrero 2017, exp. 50.254.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Es con fundamento en esas actuaciones de las cuales emana su interés directo en el resultado del proceso.

4.- Régimen jurídico aplicable al contrato No. 4015469 en el que se concentra la litis

En orden a aproximarse al examen de los cargos de la apelación, es necesario indagar acerca del marco normativo que rigió el negocio jurídico No. 4015469, sobre el cual versan las pretensiones, propósito para el cual resulta indispensable, *prima facie*, realizar las siguientes precisiones:

Se recuerda que el Contrato de Prestación de Servicios de Mantenimiento No. 4015469 fue celebrado en cumplimiento del contrato de mandato suscrito entre la Refinería de Cartagena S.A., en calidad de mandante y Ecopetrol S.A., como mandataria de aquella, circunstancia que obliga a referirse a la naturaleza de estas partes, con el fin de determinar el régimen jurídico que informo el contrato de mandato y aquel perfeccionado con fundamento en este.

- El de mandato

El contrato de mandato que sirvió de fuente para el de prestación de servicios fue celebrado el 19 de octubre de 2006.

Para ese momento, la parte que compareció en calidad de mandante, Refinería de Cartagena S.A., era una sociedad comercial del tipo de las anónimas, constituida mediante Escritura Pública No. 3.890 del 11 de octubre de 2006, sometida en sus actos y contratos al derecho privado.

A su turno, respecto de la mandataria Ecopetrol S.A. se tiene que mediante Decreto 1760 del 26 de junio de 2003, que surtía pleno vigor en el tiempo en que se suscribió el mandato, se modificó la estructura orgánica de la Empresa Colombiana de Petróleos y la convirtió en Ecopetrol S.A., sociedad pública por acciones, ciento por ciento estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

regida por sus estatutos protocolizados en la Escritura Pública número 4832 del 31 de octubre de 2005, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá D.C., y aclarada por la Escritura Pública número 5773 del 23 de diciembre de 2005.

Sobre las funciones de Ecopetrol S.A. bajo la regencia del Decreto 1760 de 2003, la Corte Constitucional en sentencia C-722 de 2007, se pronunció en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo anterior, a partir del Decreto 1760 de 2003 la administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado, así como la suscripción de los contratos de exploración y explotación del petróleo con los particulares interesados en realizar dichas actividades dejó de ser una función de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y se trasladó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos. También dejó de tener la administración de los recursos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades. Su objeto principal quedó centrando en la realización de actividades industriales y comerciales relacionadas con la actividad petrolífera.”

“(…).

“Sobre el particular conviene resaltar, tal como lo han advertido varios de los intervinientes, que la sujeción de la actividad de contratación propia de la exploración y explotación de hidrocarburos a las normas del derecho privado, no es una novedad introducida en el ordenamiento a través de la disposición acusada (artículo 6º de la Ley 1118 de 2006), sino que, por el contrario, aparece expresamente consagrada como régimen especial en el Estatuto General de la Contratación Pública, en el cual se dispone que tales actividades “continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable” y faculta a las entidades estatales dedicadas a dichas actividades para determinar en su reglamentos internos “el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse”. En la misma disposición se precisa que “los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva, y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

“En efecto, en materia de contratación, la Ley 80 de 1993, art. 2º, para los efectos de dicha ley, cataloga como entidades estatales a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%). Además, el artículo 76 idem., dispone que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables,



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deban sujetarse. Además dispone que Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley. En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los tribunales Administrativos²⁴ (destaca la Sala).

Igualmente, frente al régimen jurídico que informó la actividad de Ecopetrol S.A. durante la vigencia del Decreto 1760 de 2003, la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación, señaló:

“Posteriormente, la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol fue escindida mediante Decreto 1760 del 26 de junio de 2003, en cuyo efecto nacieron la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia. Aquí mismo, la empresa industrial y comercial del Estado – Ecopetrol quedó organizada como sociedad pública por acciones, denominada Ecopetrol S.A., con capital cien por ciento estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regida por sus propios estatutos” (destaca la Sala)²⁵.

Surge así que en vigencia del Decreto 1760 de 2003 Ecopetrol S.A. se encontraba sujeta al amparo de sus propios estatutos y por vía de la aplicación del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 su actividad contractual se habría de gobernar por la normativa especial aplicable a las actividades industriales y comerciales adelantadas en materia petrolífera, contempladas en las leyes y Códigos de Petróleos, de Minas y de Recursos Naturales, actividades que, por demás, eran las únicas que podía ejecutar luego de que fuera desprovista de la facultad de suscribir los contratos de exploración y explotación del petróleo con

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-722 del 12 de septiembre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 24 de agosto de 2016, exp. 41.783, C.P. (E) Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

terceros interesados y de aquellas concernientes a la administración de recursos hidrocarburíferos del Estado.

Al amparo de este escenario normativo, nutrido tanto por normas de derecho privado como por aquellas consagradas en materia petrolera que le resultaran aplicables²⁶, fue celebrado el contrato de mandato que sirvió de fuente al de prestación de servicios No. 4015469.

- El de prestación de servicios

Al año siguiente, el 3 octubre de 2007, Ecopetrol S.A., en calidad de mandatario de la sociedad Refinería de Cartagena S.A., y la sociedad Vibran Cía. Ltda. hoy Vibran S.A.S., celebraron el contrato de prestación de servicios de mantenimiento No. 4015469, como resultado del procedimiento de selección iniciado en ese mismo semestre.

En procura de determinar cuál era el régimen jurídico que habría de regir el contrato en cuestión, sin necesidad de ahondar en la discusión acerca de cuál conjunto normativo habría sido el de prevalente aplicación en el evento de que hubieran convergido disposiciones de diversas estirpes, basta con indicar al respecto que para la época en que fue celebrado el Contrato No. 4015469, todos los actores de la negociación en sus relaciones contractuales se hallaban sujetos a las reglas del derecho privado.

En efecto, en 2007, la sociedad Refinería de Cartagena S.A., en cuya representación y por cuya cuenta se suscribió el Contrato 4015469, conservaba su naturaleza de sociedad comercial del tipo de las anónimas, gobernada por el derecho privado, frente a lo cual cabe precisar que, si bien con posterioridad, en 2009, mutó su naturaleza a una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria de capital estatal, esta cuestión no enervó el sistema jurídico que habría de incorporarse al acuerdo, por ser el vigente al tiempo de su celebración.

²⁶ Ello se explica en la medida en que el objeto del contrato de mandato fue la celebración de contratos de refinería de hidrocarburos, gestión directamente ligada a la materia petrolífera.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Respecto de Ecopetrol S.A., vale advertir que el 27 de diciembre de 2006, antes de la celebración del contrato que ocupa la atención de la Sala, se expidió la Ley 1118, en mérito de la cual se modificó su naturaleza a una sociedad de economía mixta, bajo la prevención de que sus relaciones negociales encaminadas al desarrollo de su objeto no se regirían por las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal, en razón a que, de acuerdo con los dictados del artículo 6 de la Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006, en cuya vigencia se celebró el presente negocio jurídico, *“Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”*.

Con el fin de identificar si el contrato en estudio guardaba relación con el objeto social de Ecopetrol S.A., resulta necesario acudir a las prescripciones plasmadas en su certificado de existencia y representación legal obrante a en el plenario²⁷.

En su texto consta lo siguiente:

“EL OBJETO SOCIAL DE ECOPETROL S.A. ES (...). 5) REFINACIÓN, PROCESAMIENTO Y CUALQUIER OTRO PROCESO INDUSTRIAL O PETROQUÍMICO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, PRODUCTOS O AFINES EN INSTALACIONES PROPIAS O DE TERCEROS EN EL TERRITORIO NACIONAL O EN EL EXTERIOR. (...) 11) REALIZAR CUALQUIER ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA, CONEXA O ÚTIL PARA EL DESARROLLO DE LAS ANTERIORES. (...). CELEBRAR TODOS LOS ACTOS, CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS Y ACTIVIDADES QUE SEAN REQUERIDAS PARA EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO, Y EN ESPECIAL LAS QUE SE RELACIONAN A CONTINUACIÓN: 1) CONSTRUCCIÓN ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, ADMINISTRACIÓN, MANTENIMIENTO DISPOSICIÓN Y MANEJO EN EL TERRITORIO NACIONAL DE: (...) REFINERÍAS (...).”

El Contrato No. 4015469 fue celebrado el 3 de octubre de 2007 con el propósito de contratar los servicios de mantenimiento técnico y actualización de los sistemas de gobierno de los cinco (5) turbogeneradores de la Unidad de Servicios

²⁷ Fls. 999-1022 C3.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Industriales de la Refinería de Cartagena S.A., la cual, como se anotó, era operada, mantenida y administrada por Ecopetrol S.A.

En ese sentido, en atención a que sustancialmente el Contrato No. 4015469 tiene relación directa con el desarrollo del objeto social de Ecopetrol S.A, sociedad que compareció en calidad de mandataria, operadora y administradora de la Refinería, es dable concluir que igualmente, desde el enfoque de la mandataria gestora de su celebración, habría de regularse por las normas del derecho privado.

A la misma conclusión se habría de llegar desde el ángulo del régimen que impera en la actividad comercial del contratista, sociedad Vibran Cía. Ltda., en atención a que se trató de una persona jurídica sujeta al derecho privado.

Finalmente, en el texto del Contrato No. 4015469, al invocar la normativa aplicable al procedimiento de selección y al contrato producto del mismo, se indicó que se sometería a las siguientes disposiciones:

“El PS y las propuestas presentadas en desarrollo del mismo, se someten a la ley Colombiana y en especial, al Reglamento de Autorizaciones y Contratación Refinería de Cartagena S.A. y a las normas comerciales y civiles, en lo que estas fueran aplicables”.

Por lo que antecede, las etapas concernientes a la celebración, ejecución y terminación del Contrato No. 4015469 se rigieron por las normas del derecho privado, de tal suerte que será con apoyo en sus preceptos que corresponderá resolverse el asunto de fondo.

5.- Del equilibrio económico del contrato sometido al imperio del derecho privado

En atención a que la aspiración principal alrededor de la cual gravita la reclamación indemnizatoria alude al desequilibrio económico que se habría presentado durante la ejecución Contrato No. 4015469, la Sala se ve abocada a realizar las siguientes puntualizaciones:



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

No han sido pocos los pronunciamientos de esta Subsección en los cuales se ha enfatizado en que el principio del equilibrio económico del contrato, cuyos postulados se desarrollan ampliamente por los dictados del Estatuto de Contratación Estatal, propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada dependiendo de la entidad de la cual emane, ya fuere por factores externos a las partes, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*”.

Ahora bien, este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

Sumado a lo anterior, cabe destacar que el instituto del equilibrio económico del contrato no corresponde a una figura privativa de los negocios jurídicos gobernados por el derecho público, dado que, por vía de principio, que a su turno cristaliza las reglas de la conmutatividad y de la equidad, está llamado a imperar todas las relaciones negociales bilaterales, con independencia del régimen jurídico que las informe. Así lo explicó esta Sala al indicar:

“Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado²⁸, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales²⁹, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permearse las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares³⁰ en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público³¹.

²⁸ Cita original de la referencia. “ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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

“Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea” (Código de Comercio).

²⁹ Cita original de la referencia. BENITEZ CAORCI, Juan J. “La Revisión del Contrato”. Segunda Edición 2010. Editorial Temis Bogotá Pag. 71-72. “A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales. En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual”.

³⁰ Cita original de la jurisprudencia en referencia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas.

“A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.

“En torno a sus exigencias, delantadamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad.

“(…).

“El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Esta hermenéutica no ha sido ajena a la exégesis dispensada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el mismo tópico. Así se ha señalado:

“Dicho de otra manera, por medio los contratos celebrados por las entidades públicas, independientemente del régimen jurídico que a ellos resulte aplicable, se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del Estado, se itera, ya sea que esta se encuentre regulada por el régimen público o privado.

“Por esta razón, la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, entre tanto que se mantiene la conmutatividad del contrato, la cual “se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse”³².

exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

“Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es immanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.

³¹ Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 27 de noviembre de 2013, expediente: 31.431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 20 de febrero de 2017, exp. 56.562, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Derívese de lo anotado que, al margen de régimen jurídico que haya gobernado el contrato sobre el cual recaen las pretensiones, el equilibrio económico constituye un principio que opera de forma transversal y que en el supuesto en que se verifique su quebrantamiento deber ser protegido en aras de lograr la efectividad de la equivalencia entre derechos y prestaciones surgidos al momento de proponer o de contratar.

Se precisa además que el instituto del equilibrio económico del contrato tiene como propósito fundamental la conservación de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo negocial; de ahí que en caso de verificarse su ruptura procederá el restablecimiento de la ecuación a las condiciones inicialmente pactadas, cuestión que se diferencia de la indemnización de perjuicios cuya procedencia se encuentra ligada a que su ocurrencia, que al igual que el desbalance económico debe estar debidamente acreditada, haya surgido como consecuencia de la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes, lo que a su a turno invadirá el terreno de la responsabilidad contractual por cuenta del incumplimiento de las prestaciones acordadas.

6.- De los cargos de la apelación

Por un lado, la parte actora persigue la modificación del fallo de primera instancia para que en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones consistentes en el reconocimiento de los sobrecostos que se habrían generado como consecuencia de la prolongación del plazo contractual por un término de 830 días, los cuales, distinto a lo considerado por el *a quo*, constituían un concepto diferente a la simple actualización de precios y además se hallaban demostrados en el plenario al tiempo en que su causación fue admitida por la parte demandada, según se desprende de la correspondencia cruzada entre las partes.

Para el demandante, esos rubros debían reconocerse, a pesar de que en el acta de suspensiones se hubiera dejado la constancia de que la prolongación del plazo no causaba sobrecostos, pues aceptar la validez de la misma atentaba contra la buena fe contractual.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

En contraposición, para Ecopetrol S.A. el *a quo* erró al no haber tenido en cuenta la tesis jurisprudencial del Consejo Estado frente a la oportunidad para elevar reclamaciones en materia contractual, de conformidad con la cual si las solicitudes o salvedades por incumplimiento o desequilibrio contractual no se realizan en el momento de suscribir las actas de suspensión, adiciones o prórrogas del plazo contractual o los contratos adicionales, una pretensión posterior en ese sentido resultará extemporánea por vulnerar la buena fe contractual.

Como se aprecia, ambos cargos, aunque desde distintas ópticas guardan relación con la prosperidad de las pretensiones dirigidas a lograr el reconocimiento de los perjuicios derivados del desequilibrio económico presentado durante la ejecución del contrato No. 5206286, relacionados con la actualización de precios y los sobrecostos causados por prolongación del término contractual.

Este panorama argumentativo convoca a la Sala a emprender el análisis dirigido a establecer si en el caso se dio una ruptura del equilibrio económico del contrato y si, de ser así, resulta procedente la actualización de precios ordenada en primera instancia y, además el reconocimiento de sobrecostos adicionales o si, por el contrario, la condena merece ser revocada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda por no darse los supuestos para esa declaratoria.

Hechos probados:

Para retomar, se encuentra acreditado en el plenario que el 3 de octubre de 2007 Ecopetrol S.A., actuando como mandataria y en representación de la sociedad Refinería Cartagena S.A., y la sociedad Vibran Cía Ltda. (hoy Vibran S.A.S.), como resultado de la propuesta presentada por esta última dentro de la convocatoria adelantada con ese propósito, celebraron el Contrato No. 4015469, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios de mantenimiento técnico y actualización de los sistemas de gobierno de los cinco turbogeneradores de la unidad de servicios industriales de la Refinería de Cartagena S.A.



Expediente: 130012331000201200022 01
 Actor: Vibran CIA. Ltda.
 Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
 Referencia: 57.897

El valor del contrato, pactado bajo la modalidad de precios unitarios, se estimó en la suma de \$873'305.237, sin incluir IVA. Así mismo, el plazo de ejecución se estipuló en 300 días calendario, contados a partir de la firma del acta de inicio de los trabajos, hecho que ocurrió el 9 de octubre de 2007³³, por lo que, en principio, su fecha de terminación habría de vencer el 3 de agosto de 2008.

Sin embargo, durante el plazo de ejecución del contrato se suscribieron sendas actas de suspensión de actividades, lo que llevó a que el plazo finalmente se cumpliera el 12 de noviembre de 2010.

Las fechas en que se presentaron las referidas suspensiones, los motivos que llevaron a las mismas y las particularidades que las rodearon se condensan en el siguiente cuadro:

Fecha del acta	Naturaleza	Motivo	Período	Salvedades
10 de marzo de 2008.	Acta de suspensión ³⁴ .	<ul style="list-style-type: none"> Por razones operativas y de confiabilidad operacional se dificulta a ECOPETROL S.A. la entrega de dos turbogeneradores en forma simultánea como se indica en acta operativa que forma parte integral de esta acta. Atrasos en la elaboración y entrega de los documentos de la ingeniería detallada y en consecuencia de la gestación de compras de algunos materiales requeridos. 	Desde el 10 de marzo de 2008 al 16 de junio de 2008.	Ecopetrol y el contratista acuerdan que esta suspensión no generará sobrecostos para las partes.
13 de junio de 2008.	Acta de Acuerdo No. 1 ³⁵ .	<ul style="list-style-type: none"> Que de acuerdo con la planeación actualizada de los trabajos de mantenimiento de los turbogeneradores, ECOPETROL tendrá disponible el primer turbogenerador para su 	Desde el 16 de junio de 2008 hasta el 29 de octubre de 2008.	Ecopetrol y el contratista acuerdan que esta suspensión no generará sobrecostos para las partes.

³³ Fl. 622 C4.

³⁴ Fls. 623-624 C4.

³⁵ Fls. 625-626 C1.



Expediente: 130012331000201200022 01
 Actor: Vibran CIA. Ltda.
 Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
 Referencia: 57.897

		<p>intervención por EL CONTRATISTA a partir del 29 de octubre de 2008.</p> <ul style="list-style-type: none"> Que en atención a las anteriores consideraciones ECOJETROL S.A. mandatario Refinería de Cartagena S.A. ACUERDAN mantener la suspensión de los trabajos hasta la nueva fecha estimada de 29 de octubre de 2008. 		
14 de octubre de 2008.	Acta (1) de Reinicio de Trabajos ³⁶ .	<ul style="list-style-type: none"> Las partes se reunieron con el fin de declarar que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se reiniciarán a partir del 15 de octubre de 2008. 	Desde el 15 de octubre de 2008 hasta el 13 de diciembre de 2008.	
13 de diciembre de 2008.	Acta de suspensión (2) de Trabajos ³⁷ .	Las partes se reunieron con el fin de declarar los trabajos correspondientes al contrato en referencia se suspenderán a partir del 13 de diciembre de 2008 teniendo en cuenta que por razones de programación de mantenimiento la nueva fecha estimada en la entrega de siguiente turbogenerador para su intervención por el proyecto es de 20 de enero de 2009.	Desde el 13 de diciembre de 2008 al 20 de enero de 2009.	Ecopetrol y el Contratista acuerdan que esta suspensión no generará sobrecostos para las partes.
20 de enero de 2009.	Acta de prórroga de suspensión (2) de trabajos ³⁸ .	Las partes se reunieron con el fin de declarar que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se mantienen suspendidos en las mismas condiciones acordadas, teniendo en cuenta que a la fecha no han desaparecido las circunstancias que dieron lugar a la suspensión.	Desde el 20 de enero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2009	
31 de marzo de 2009	Acta de reinicio (2) de Trabajos ³⁹	Las partes declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se reiniciarían a partir del 31 de marzo de 2009 teniendo en cuenta que el turbogenerador TG-3 se encuentra en mantenimiento programado y se	Desde el 31 de marzo de 2009 hasta el 24 de abril de 2009.	

³⁶ Fls. 627-628 C4.

³⁷ Fls. 629-630 C4.

³⁸ Fls. 631-632 C4.

³⁹ Fls. 633-634 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
 Actor: Vibran CIA. Ltda.
 Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
 Referencia: 57.897

		dan las condiciones para realizar los trabajos del alcance del contrato 4015469 correspondiente a la implementación de su sistema de gobierno.		
24 de abril de 2009	Acta de suspensión (3) de Trabajos ⁴⁰	Los trabajos correspondientes al contrato en referencia se suspenderán a partir del 24 de abril de 2009 teniendo en cuenta que por razones de programación de mantenimiento la fecha estimada de entrega del siguiente turbogenerador TG-5 para su intervención en el proyecto es el 15 de julio de 2009.	Desde el 24 de abril de 2009 hasta el 15 de julio de 2009.	Ecopetrol y el Contratista acuerdan que esta suspensión no generará sobrecostos para las partes.
15 de julio de 2009	Acta de Prórroga Suspensión (3) de trabajo ⁴¹	Las partes acuerdan que el contrato No. 4015469 se mantiene suspendido hasta la nueva fecha estimada de reinicio (15 de febrero de 2010)	Desde el 15 de julio de 2009 hasta el 15 de febrero de 2010	Las partes están de acuerdo en que se mantienen las mismas condiciones que dieron origen a la suspensión pactada el 24 de abril de 2009.
9 de febrero de 2010	Acta de Reinicio (3) de Trabajos ⁴²	Declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se reiniciarían a partir del 15 de febrero de 2010 teniendo en cuenta que el Turbogenerador TG-2 se encuentra en mantenimiento programado y se dan las mismas condiciones para realizar los trabajos del alcance del contrato 4015469	Desde el 15 de febrero de 2010 hasta el 12 de marzo de 2010	
12 de marzo de 2010.	Acta de suspensión (4) de trabajos ⁴³ .	Declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se suspenderán a partir de hoy 12 de marzo de 2010 teniendo en cuenta que por razones de programación de mantenimiento la fecha estimada de entrega del siguiente turbogenerador TG-5 para su intervención por el proyecto es el 2 de agosto de 2010.	Desde el 12 de marzo de 2010 hasta el 2 de agosto de 2010.	
26 de julio de 2010.	Acta de reinicio (4) de trabajos ⁴⁴ .	Declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se reiniciarían a partir	Desde el 2 de agosto de 2010 hasta	

⁴⁰ Fls. 638-639 C4.

⁴¹ Fls. 637-638 C4.

⁴² Fls. 639-640 C4.

⁴³ Fls. 641-642 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
 Actor: Vibran CIA. Ltda.
 Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
 Referencia: 57.897

		del 2 de agosto de 2010 teniendo en cuenta que el Turbogenerador TG-5 será sacado de servicios por el contrato 4015469 correspondiente a la implementación de su sistema de Gobierno.	el 3 de agosto de 2010.	
3 de agosto de 2010.	Acta de suspensión (5) de trabajos ⁴⁵ .	Declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se suspenderán a partir de hoy 3 de agosto de 2010 teniendo en cuenta que por razones operativas de mantenimiento de los turbogeneradores se requiere desplazar la fecha inicialmente acordada de inicio de los trabajos de intervención del turbogenerador TG-5 hasta el 10 de agosto de 2010, como nueva fecha estimada.	Desde el 3 de agosto de 2010 hasta 10 de agosto de 2010.	
9 de agosto de 2010.	Acta de reinicio de trabajos (sin número) ⁴⁶ .	Declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se reinician a partir de 10 de agosto de 2010 teniendo en cuenta que se han superado las causas que dieron origen a la suspensión y que el contratista manifiesta estar preparado para iniciar los trabajos de intervención del Turbogenerador TG-5 dentro de los alcances del considerado en el contrato.	Desde el 10 de agosto de 2010 al 11 de septiembre de 2010.	
11 de septiembre de 2010.	Acta de suspensión. (6) de Trabajos ⁴⁷ .	Declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se suspenden a partir del 11 de septiembre de 2010 teniendo en cuenta que por razones de programación y operativas de la planta, el personal para recibir el curso de capacitación no se encuentra disponible.	Desde el 11 de septiembre de 2010 hasta el 8 de noviembre de 2010.	
4 de noviembre de 2010.	Acta de Reinicio de Trabajos ⁴⁸ .	Declaran que los trabajos correspondientes al contrato en referencia se reinician a partir del 8 de noviembre de 2010 teniendo en cuenta que se han superado las causas que dieron origen a la suspensión y que el contratista manifiesta estar preparado para iniciar los trabajos pendientes	Desde el 8 de noviembre de 2010 hasta el 12 de noviembre de 2010.	

⁴⁴ Fls. 643-644 C4.

⁴⁵ Fl. 646 C4.

⁴⁶ Fls. 647-648 C4

⁴⁷ Fls. 649-650 C4.

⁴⁸ Fls. 651-652 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

		relacionados con ajustes del software y capacitación.		
--	--	---	--	--

El 12 de noviembre de 2010, las partes signaron el acta de finalización de trabajos, de conformidad con la cual se hizo constar que “*los trabajos realizados y terminados dentro del alcance del contrato 4015469 fueron recibidos a satisfacción por ECOPETROL y en consecuencia se ha cumplido el plazo contractual vigente*”.

6.1. De los efectos derivados de la prolongación del plazo por la suspensión de actividades ante la manifestación de conformidad del contratista

En varias providencias de la Sección Tercera de esta Corporación se ha advertido que las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, para disponer la suspensión del mismo cuando las circunstancias existentes no hagan posible su ejecución en el término convenido, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse al tiempo de la celebración del contrato, al de su respectiva modificación o cuando se dispuso la suspensión del mismo⁴⁹.

A propósito de la suspensión del contrato y a los efectos que se desprenden del acuerdo que en ese sentido se suscribe sin que las partes hubieran previsto algún mecanismo para contener los percances económicos que pudieran desencadenarse por el paso del tiempo, se ha considerado:

“Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, exp. 47336. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 3 de agosto de 2016, exp. 56.513, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad. (...)

“Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente 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”⁵⁰.

De otro lado, el entendimiento dispensado por esta Subsección a las renunciaciones anticipadas frente a las consecuencias desencadenadas por el desequilibrio económico del contrato, esto es, realizadas antes de que ocurra el supuesto de fractura, apunta a señalar que las mismas no estarían llamadas a producir efectos vinculantes. Sobre el particular, esta Sala ha sostenido que:

“La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce;” (realza la Sala)⁵¹.

En el orden expuesto, acogiendo los parámetros jurisprudenciales trazados, la Sala considera que en el caso no se reúnen los supuestos para que prosperen las pretensiones dirigidas a:

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. No. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández. Esta postura fue reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 21 de septiembre de 2017, exp. 37.478, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, exp: 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

6.1.1) El reconocimiento de los sobrecostos ocasionados por la prolongación del plazo contractual a causa de las reiteradas suspensiones de que fue objeto del contrato No. 4014469

Del recuento fáctico que antecede surge con claridad que, en efecto, aun cuando, en principio, el plazo contractual se pactó en 300 días que habrían de iniciar el 9 de octubre de 2007, fecha en que se suscribió el acta de inicio de actividades, y culminar el 3 de agosto de 2008, lo cierto es que el término estipulado se extendió hasta el 12 de noviembre de 2010, esto es, dos años y tres meses después de lo previsto.

Igualmente, se advierte que el motivo principal que generó la prolongación del período inicialmente acordado estribó en las múltiples suspensiones acordadas por las partes a lo largo del plazo y que se produjeron en su inmensa mayoría por razones imputables a Ecopetrol S.A., debido a que constantemente manifestó su imposibilidad de poner a disposición del contratista los turbogeneradores que se habrían de intervenir.

La anterior circunstancia se desprende no solo del hecho de que así fue consignado textualmente en las actas de suspensión como también porque esos acontecimientos se encuentran respaldados en la correspondencia cruzada entre las partes⁵² y en la bitácora de actividades cuya copia reposa en el plenario⁵³.

Sin embargo, resulta de capital importancia advertir que así como se incorporaron textualmente las razones que llevaron a la distintas suspensiones que recayeron sobre el contrato, de manera simultánea, se registró en las actas que esa situación no generaba sobrecostos para Ecopetrol S.A. Así se evidenció en las actas de suspensión suscritas entre el 10 de marzo de 2008 y el 15 de febrero de 2010.

Frente a lo anterior, hay que señalar que, si bien el demandante expresó que esa manifestación no debía ser tomada en cuenta para convalidar la falta de

⁵² Fls. 225-223 C2.

⁵³ Fls. 431-4376 C3.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

reconocimiento de los sobrecostos generados por la ampliación del plazo, por considerar que ello iría en contra de la buena fe contractual, la Sala estima que, *contrario sensu*, sería la aceptación de tal planteamiento la que, en realidad, tendría una consecuencia transgresora de ese principio, que en estos eventos se halla sustentado en el respeto por los actos propios y en la inadmisibilidad de venir en contra de ellos por quien los suscribe.

Ese ha sido el entendimiento dispensado por la jurisprudencia de esta Sección respecto del posterior desconocimiento frente a una expresión de la autonomía libre y espontánea que vincula la voluntad del sujeto de donde emana:

“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”⁵⁴.

Dos consideraciones han de agregarse en punto a la inadmisibilidad de ese argumento:

Es preciso recordar, en primer lugar, que cuando se suscribieron todas las actas de suspensión de trabajos, la causa que dio lugar a la primera de ellas y, en lo sucesivo a las demás, fue la misma, aunque perpetuada a lo largo del plazo comercial, de tal suerte que, una vez verificada su ocurrencia, concernía al contratista establecer hacia al interior de su administración las implicaciones económicas derivadas de ese proceder en términos de los sobrecostos que podían presentarse con ocasión de esa parálisis, para alegar su ocurrencia y determinar las medidas dirigidas a salvaguardar su economía o, por el contrario, podría optar por asumir el paso del tiempo sin albergar aspiraciones adicionales, como en efecto lo hizo y lo indicó de manera explícita.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21.429, M.P. Danilo Rojas Betancourth.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Como segundo aspecto, y concatenado con el anterior, vale acotar que el recurrente se limitó a alegar, sin más, que la mención que hizo acerca de que la suspensión del contrato no generaba sobrecostos para Ecopetrol S.A era contraria a la buena fe; sin embargo en momento alguno invocó la configuración de alguna irregularidad que hubiere podido viciar el consentimiento prestado por el contratista al suscribir esos acuerdos, caso en el cual, para desestimar la eficacia y validez de la libre manifestación de su voluntad, era imperativo pretender la nulidad parcial de esos documentos con sustento en el hecho de que su suscripción adoleció de invalidez por no contener un consentimiento libre de vicios.

Siendo ello así y no habiéndose cuestionado la legalidad de los acuerdos en comento, debe concluirse que los mismos gozan de validez y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos. En ese orden, no resulta ajustado que en sede judicial se desconozca el libre consentimiento que en dicho acuerdo se depositó frente a la imposibilidad de generar sobrecostos para Ecopetrol S.A., por cuenta de la suspensión libremente acordada por las partes.

En este punto, resulta menester precisar que, aunque la Sala no desconoce que en las actas de suspensión suscritas con posterioridad al interregno analizado, esto es, entre el 15 de febrero de 2010 hasta el 11 de septiembre del mismo año, día en que se signó la última de las actas de suspensión, no se incorporó la frase "*no genera sobrecostos para Ecopetrol S.A.*", el silencio que guardó el contratista frente a las reclamaciones que en torno a esa extensión del plazo cabrían convalidó los términos en que se efectuó esa negociación y, por contera, saneó cualquier inconformidad que se presentara en adelante con ocasión de la misma.

Se reitera que durante la relación comercial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y que se materializan a través de



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

contratos adicionales, prórrogas, modificaciones o acuerdos que convengan su suspensión.

Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual⁵⁵ que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.

Se suma a lo dicho que las circunstancias anotadas no se alteran por el hecho de que el contrato bajo examen se hubiera regido por normas de derecho privado, pues lo dicho no es nada distinto a la forma en que debe materializarse y honrarse el principio de la buena fe contractual, el cual ha de estar presente en todas las relaciones negociales con independencia del conjunto normativo que lo fundamente.

Así las cosas, la Sala encuentra de recibo el cargo de la impugnación impetrada por la entidad demandada Ecopetrol S.A., en relación con los efectos de las actas de suspensión elevadas sin introducir en su contenido salvedad o reparo alguno frente a las consecuencias económicas que de allí se puedan derivar y que al haber versado sobre circunstancias plenamente conocidas al tiempo de su celebración impedían que en el futuro se alegara la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de las mismas circunstancias que condujeron a su suscripción.

Sin perjuicio de lo anotado, en caso de que lo dicho no resultara suficiente para despachar desfavorablemente las pretensiones de la demandante relativas al reconocimiento de sobre costos supuestamente ocasionados como consecuencia

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. *“No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de las reclamaciones 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 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 buen fe en materia negocia implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca*



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

de la ampliación del plazo contractual y que según el demandante consistieron en gastos directos e indirectos “*pérdidas horas hombre ejecución*”, la Sala considera que tampoco sería viable su reconocimiento por cuenta de su falta de acreditación.

En relación con ese aspecto se tiene que al expediente se allegaron diversos documentos correspondientes a recibos y facturas por compras de pasajes aéreos, estadía en hoteles tanto en Cartagena, lugar de ejecución del contrato como en Bogotá, pago de servicios de taxi, pago de servicio de transporte público de Transmilenio, pago de combustible, peajes, gastos de alimentación, exámenes y servicios médicos, pago de tarjetas y servicios telefónicos, todos los cuales reposan de manera desordenada e indiscriminada frente al rubro o concepto al cual se pretenden vincular y sin respaldo de la relación que guarda con el personal que hizo uso de esos servicios y la ejecución del presente contrato.

Se observa que la parte actora no solicitó el decreto y práctica de una prueba técnica desde el punto de vista financiero y contable, encaminada a determinar la asociación de esos gastos con la ejecución del contrato y el impacto que esas erogaciones causaron en el esquema económico del acuerdo de voluntades.

Ha de añadirse a lo dicho que no es posible establecer la manera en que los referidos gastos habrían de exceder la proyección económica de la oferta presentada por la Sociedad Vibran S.A.S., habida consideración de que esa pieza contractual no fue allegada al plenario, por manera que se desconocen los valores correspondientes a los costos directos e indirectos que tenía previsto asumir el contratista como resultado de la ejecución del Contrato No. 4015469.

Por otro lado, la Sala evidencia que reposan en el expediente unas certificaciones procedentes de varias sociedades en las cuales, por un lado, hacen constar que durante el plazo del Contrato No. 4015469 existieron relaciones comerciales entre la sociedad Vibran S.A.S. y, de otro, manifiestan no haber contratado sus servicios.

lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

En efecto, en la certificación expedida por la sociedad Termocandelaria SCA E.S.P se registró que durante el período comprendido entre el 9 de octubre de 2007 y el 12 de noviembre de 2012, dicha compañía no contrató los servicios ofrecidos por la compañía Vibran S.A.S.⁵⁶.

En el mismo sentido reposa la certificación expedida por la sociedad TermoBarranquilla S.A., en la cual se indicó que Vibran S.A.S. no prestó sus servicios a esa compañía en el lapso comprendido entre el 9 de octubre de 2007 y el 12 de noviembre de 2012⁵⁷.

En sentido opuesto, milita en el encuadernamiento la certificación expedida por la sociedad Monómeros, en la que da fe de que la sociedad Vibran S.A.S prestó a esa compañía el servicio de monitoreo de vibraciones al equipo K1101 en cumplimiento de la orden de compra No. 48000002516 del 28 de mayo de 2008⁵⁸.

En similar dirección obra la certificación expedida por la empresa Emgesa S.A. E.S.P. en la cual expresó que mantuvo relaciones comerciales con la empresa Vibran S.A.S entre el período comprendido entre agosto de 2002 hasta julio de 2014⁵⁹.

En síntesis, del contenido de tales comunicaciones para la Sala no se desprende de manera alguna que por virtud de la prolongación del Contrato No. 4015469, las personas jurídicas que manifestaron no haber celebrado contratos con la sociedad demandante se hubieran abstenido de hacerlo por su falta de disponibilidad emanada de la necesidad de atender la ejecución del aquel negocio por más tiempo del previsto. Al contrario, puesto de presente que existieron otras que sí lo hicieron durante el mismo interregno se desvirtúa el hecho de que la recurrente se hubiera visto impedida para continuar explotando

⁵⁶ Fls. 731-732 C4.

⁵⁷ Fl. 747 C4.

⁵⁸ Fls. 750-761 C4.

⁵⁹ Fl. 807 C4.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

su objeto mercantil durante todo el plazo en que estuvo vigente el Contrato No. 4015469.

La orfandad probatoria que se deja en evidencia frente a la efectiva ocurrencia de los perjuicios reclamados por la prolongación del plazo negocial, aunada a la anuencia que reiteradamente expresó el contratista para que así se procediera, hace nugatoria cualquier consideración adicional en relación con esa materia y llevan a desestimar las pretensiones formuladas en procura de su reconocimiento.

6.1.2) La falta de actualización de precios y los sobrecostos derivados de esa omisión

Se recuerda que el *a quo* consideró que la prolongación del plazo contractual generado por causas imputables a Ecopetrol S.A. daba lugar a condenar a esa entidad al pago de las sumas correspondientes a la actualización de precios, y agregó que, no obstante no haberse pactado una fórmula de reajuste de precios en el contrato subexamine, era deber de la entidad adoptar los mecanismos dirigidos a restablecer la ecuación financiera del contrato.

A su turno, la inconformidad de la entidad apelante se cimentó en que la extensión del plazo tuvo como génesis el libre acuerdo de las partes elevado en ese sentido, el cual no podía ser desconocido posteriormente por uno de los extremos negociales argumentando la ruptura del equilibrio económico del contrato con fundamento en ese mismo hecho.

Para resolver, la Sala advierte que le asiste razón a la entidad demandada apelante en la medida en que las mismas consideraciones expuestas en el punto anterior merecen hacerse extensivas a esta cuestión.

Resulta indiscutible que la causa que sirvió de fundamento para reclamar el pago de los valores resultantes de actualizar los precios unitarios del contrato a la fecha en que se desplazó la ocurrencia del supuesto para su reconocimiento, esto es, la ejecución de actividades, estribó en que, debido al paso del tiempo



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

marcado por la suspensión del término contractual, la variación de los precios convenidos generó un desbalance en la economía del convenio.

En esa medida emerge con claridad que al haber convenido la extensión del período negocial con el beneplácito del contratista en lo atinente a los sobrecostos que podían sobrevenir a ese acuerdo, tal aquiescencia cobijó además los eventuales desbalances que podrían presentarse con ocasión de la variación de precios que se pudiera presentar por los cambios de vigencia fiscal.

Esta afirmación cobra mayor vigor de cara a la circunstancia de que, de entrada, se tenía pleno conocimiento de que en el texto contractual no se había insertado fórmula de reajuste alguna.

Bajo esas condiciones, de albergar alguna expectativa relacionada con el pago de los mayores valores que supuestamente habría de asumir el contratista como consecuencia del posible aumento de los precios⁶⁰, determinada por el transcurso del tiempo sin que se ejecutaran los actividades acordadas en el plazo inicialmente pactado y se abriera de esta manera el supuesto para el pago previsto en el Plan de Trabajo⁶¹, era al momento de manifestar su consenso frente a la ampliación del término convenido que debía traerse a ese plano de negociación la discusión concerniente a los mecanismos de reajuste y no en otra oportunidad posterior.

⁶⁰ Se precisa que al tenor de la cláusula tercera del Contrato No. 4015469 el valor del negocio:

“se pacta por sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien), los cuales remunerar la totalidad de las actividades (trabajos, servicios) y/o suministros constitutivos de su objeto, de conformidad con lo pactado.

“El valor estimado del presente contrato es de Ochocientos setenta y tres Millones Trescientos Cinco Mil Doscientos Treinta y Siete Pesos Colombianos (\$873'305.237), sin incluir el valor del impuesto al Valor agregado (IVA).

“El valor real del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutados y/o entregadas por el CONTRATISTA a satisfacción de ECOPETROL, por los valores o precios unitarios pactados para el respectivo ítem”.

⁶¹ Según las cláusula 4 del Contrato 4015469 *“ECOPETROL pagará al CONTRATISTA el valor del Contrato a través de pagos mensuales vencidos, previa radicación de la factura correspondiente de conformidad con lo previsto en el clausulado general”.*



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

En armonía con lo anterior, para la Sala no resultan del todo claros los acontecimientos que rodearon lo concerniente a la actualización de precios, pues de las probanzas que militan en la causa se extrae que, a pesar del silencio guardado por el contratista, finalmente Ecopetrol S.A. accedió al reconocimiento de la actualización de precios.

Ciertamente, mediante oficio del 8 de junio de 2011, Ecopetrol S.A. se refirió a la reclamación presentada por el contratista por la alegada ruptura del equilibrio económico del contrato No. 4015469, informó⁶² (se transcribe de forma literal):

“El único aspecto que se encontró pertinente ajustar corresponde al punto 1 de la reclamación del contratista relacionado con impacto económico por dejar de factura en la fecha del PDT⁶³, en razón a que Asesoría Legal conceptuó plena justificación de ajustar todos los valores facturados durante los períodos de ejecución del contrato sin diferencias que correspondan a periodos de suspensión en los cuales se haya pactado o no la declaración del contratista “sin sobrecostos para ECOPETROL”. Lo anterior en razón a que la correcta correspondencia entre los sobrecostos ocasionados por la postergación en la ejecución de actividad versus los valores planeados pro el contratista en su propuesto independientemente de cualquier impacto propio de la suspensión a que hace referencia la declaración del contratista.

“De igual manera la diferencia resultante a favor del contratista por el desplazamiento de los valores facturados podía generar unos intereses corrientes al actualizar dicho valor hasta la fecha propuesta para la liquidación del contrato (mayo de 2011); los cuales fueron calculados con base en la tasa de interés bancario de consumo y ordinario establecida por la Superintendencia Financiera vigente a la fecha y correspondiente a 17, 69% la cual se convierte en un 26% al aplicar el factor de 1.5 por ser interés moratorio, tal y como lo establece el artículo 884 del Código de Comercio .

“En consonancia con lo anterior, los valores de las facturas fueron actualizados por el IPC acumulado en la fecha real de la ejecución de la actividad y a la diferencia resultante se le aplicó el interés moratorio de 26,54% para llevarla a valor futuro de mayo 30 de 2011.

“En el anexo 4 se presenta el resumen de los nuevos valores del reconocimiento por este aspecto para un valor de \$33'171.964 versus \$9'234.354, indicando anteriormente”.

⁶² Fls. 951-952 C4

⁶³ Plan de Trabajo.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Adicionalmente, se tiene que el pago del valor del contrato se encuentra acreditado con las constancias de pago y facturas expedidas en desarrollo del contrato No. 4015469, cuyos soportes y valores se condensa en el presente cuadro⁶⁴:

Número y fecha de la Factura	Recibo de caja expedido por el contratista	Fecha de pago	Valor
3630 del 29 de octubre de 2007	2551	30 de noviembre de 2007	\$321'726.823
3661 del 13 de diciembre de 2007	2562	28 de diciembre de 2007	\$69'015.082
3790 y 3792 del 28 de octubre de 2008 y 3796 del 30 de octubre de 2008	2681	26 de noviembre de 2008	\$155'029.641
3803 y 3805 del 11 de diciembre de 2008	2702	18 de enero de 2009	\$73'586.552
3046 del 24 de abril de 2009	2740	28 de mayo de 2009	\$51'784.429
3791 del 6 de abril de 2010	2856	20 de mayo de 2010	\$59'734.989
4045 del 11 de octubre de 2010	2915	8 de noviembre de 2010	\$46'611.724
4077 de 13 de diciembre de 2010	2941	30 de diciembre de 2010	\$39'913552
Total			\$817'402.792

Sin embargo, de la revisión de esos documentos no se extrae cuáles fueron los precios unitarios pagados o si los mismos se fueron actualizados previo su desembolso o si la actualización mencionada en el oficio en referencia se produjo y reconoció con posterioridad.

De cualquier manera, sin perjuicio de lo anotado, la Sala se aparta de la conclusión del *a quo* con arreglo a la cual era apenas natural que por el paso del tiempo los precios inicialmente consignados en la propuesta hubieran variado en detrimento del contratista y de esta manera se hubiera generado la ruptura de la ecuación económica del contrato.

La Sala estima que tal apreciación no deja de entrañar una presunción que no cuenta con algún respaldo fáctico, normativo o jurisprudencial que la dote de sustento. A diferencia de lo afirmado por el Tribunal de origen, esta Corporación

⁶⁴ Fls. 191-200 C1 y 201-208 C2.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

reiteradamente ha sostenido que el simple transcurso del tiempo entre la fecha de presentación de las propuestas y la fecha en que efectivamente se ejecutan los trabajos contratados no lleva de manera automática a tener por acreditado que sobrevino un desbalance económico por cuenta del posible aumento de precios:

Con referencia a esta cuestión, se ha considerado que:

“Ahora bien, en relación con los mayores costos en los que – según el actor - tuvo que incurrir el contratista, habida cuenta que en la propuesta se presentaron precios de 1993 y el contrato se ejecutó años después, ha de señalarse que al efectuarse una revisión detallada de las pruebas que obran en el expediente encuentra la Sala que si bien es cierto entre el lapso comprendido entre la fecha de suscripción del contrato y la fecha de ejecución de la obra podrían haber variado los diversos ítems o rubros que conformaron los precios unitarios que arrojaba la propuesta, era necesario demostrar, en el curso del proceso de la referencia, la real variación negativa de los precios (hecho objetivo), la incidencia de esta variación en su contra (hecho subjetivo) y los demás perjuicios que la asunción de la misma variación hubiere producido, sin embargo, se observa que en el presente caso el demandante no probó una variación real de los precios ni los sobrecostos que habría tenido que asumir. Así mismo, nótese que el contratista durante la ejecución del contrato no hizo ningún tipo de reclamo ante la Administración en el sentido de que se hiciera el correspondiente ajuste en los precios unitarios relacionados en su propuesta, no obstante lo cual pretende ahora que se realice el correspondiente ajuste, sin siquiera aportar los elementos necesarios a los que se hizo referencia para efectos de comprobar si en realidad existió alguna variación negativa de los precios y en qué medida incidió dicha variación en su contra. Adicional a lo anterior, advierte la Sala que tampoco resulta posible ajustar dichos precios, habida cuenta que en el expediente no obra la propuesta contentiva de los ítems que conformaban los precios unitarios acordados inicialmente, circunstancia que imposibilita entrar a examinar si en realidad se presentó una variación negativa en dichos precios entre la fecha de presentación de la oferta y la fecha de ejecución del contrato. Por tal motivo, se negarán las pretensiones atinentes a la declaratoria del reconocimiento reclamado por este concepto”⁶⁵.

En pronunciamiento posterior, esta Subsección reiteró esa línea de pensamiento en los siguientes términos:

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 13 de noviembre de 2013, exp. 23.829, C.P. Hernán Andrade Rincón.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

“Al respecto, la Sala no evidencia elemento tendiente a demostrar que entre la fecha en la que se suscribió el contrato y la fecha en la que terminaron las actividades hubiera ocurrido un aumento de costos de insumos y materiales por cuenta del cual se hubiera impactado nocivamente la economía del contrato, toda vez que no existe prueba de los costos directos en que, de manera efectiva, debió incurrir el contratista para ejecutar la obra encomendada.

“Para ese propósito no bastaba con sostener que el simple paso del tiempo comportó un incremento de precios de construcción superior al proyectado en la propuesta. Resultaba indispensable demostrar el costo real de su ejecución y que éste excedió de manera considerable el precio formulado en la propuesta, actividad probatoria que en el caso no se llevó a cabo, habida cuenta de que no se aportó ni la oferta contentiva de los respectivos valores como tampoco prueba documental alguna dirigida a demostrar cuál fue su costo real en el año 2007”⁶⁶.

Similar a lo acontecido en los casos analizados por la citada jurisprudencia, en este evento no reposan elementos acreditativos encaminados a establecer que en el período comprendido entre la época de celebración del contrato No. 4015469 y la fecha en que realizaron los pagos correspondientes a las actividades contratadas se hubiera presentado un aumento de precios con la virtualidad de afectar la ecuación financiera del contrato, en tanto, por un lado, se desconoce el valor de los precios ofrecidos y, por otro, la cuantía de los costos directos efectivamente asumidos por el demandante.

Adicionalmente, esta Sala⁶⁷ también ha sostenido que la prueba de la ruptura de la ecuación financiera del contrato impone el análisis consolidado del resultado económico y no solo el de la cuenta o ítem que se alega como causa o fuente del desequilibrio.

Lo dicho comporta la necesidad de realizar un análisis global, conjunto y contrastado de las cuentas, ingresos y egresos producidos con ocasión de la ejecución contractual con el fin de verificar el verdadero daño padecido en el esquema negocial; no basta simplemente con revelar la diferencia entre algunas

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 26 de abril de 2017, exp. 50.762, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección >Tercera, Subsección A, 23 de octubre de 2017, exp. 53875.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

cifras que no obstante haber excedido las proyecciones no habrían tenido la virtualidad de impactar el sistema económico del acuerdo.

Así las cosas, la Sala revocará el reconocimiento de los valores pretendidos por concepto de desequilibrio económico derivado del aumento de precios.

Todo cuanto viene de exponerse impacta de manera frontal los argumentos en que se estructura la impugnación impetrada por la parte actora y conduce a su desestimación.

Ello se explica en la medida en que, al no haberse constatado la configuración de los supuestos para que prosperara el reconocimiento de los perjuicios que habría padecido el contratista por cuenta de la prolongación del Contrato No. 4015469, tal acontecer, además de oponerse al reconocimiento de su aumento, lleva a que desaparezca el fundamento en que se cimentó la condena proferida en primera instancia, la que se suyo merece ser revocada.

7.- Costas

Finalmente, la parte actora, en su recurso, solicitó que se condenara en costas a la parte demandada Ecopetrol S.A por haber obrado en contra de la buena fe contractual, conculcada, según afirmó, por introducir en las actas de suspensión la frase “*sin sobre costos para Ecopetrol S.A.*”.

El examen de esta cuestión ya fue abordado por la Sala en oportunidad precedente, ocasión en la cual se puso de presente el alcance del principio de la buena fe en materia de acuerdos negociales en los que se depositan manifestaciones expresas de conformidad por las partes con la correlativa imposibilidad de venir contra los actos propios, so pena den ahí sí, vulnerar esa máxima legal.

Así pues, atendiendo al contexto fáctico analizado anteriormente, no queda más que concluir que los argumentos de la actora en que apoya la supuesta temeridad que endilga a su contraparte no son de recibo.



Expediente: 130012331000201200022 01
Actor: Vibran CIA. Ltda.
Demandado: Ecopetrol S.A. y otra
Referencia: 57.897

Por lo demás, de conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera, por lo que, como consecuencia, queda separado del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el 21 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

1.- *NEGAR las pretensiones de la demanda.*

TERCERO.- Sin costas en la segunda instancia.

CUARTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO