



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

AC796-2023

Radicación n.º 11001-31-03-039-2016-00010-01

(Aprobado en sesión de dos de marzo de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Se decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la convocante frente a la sentencia de 6 de abril de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal promovido por Termotécnica Coindustrial S.A.S., contra Occidental Andina LLC.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

A través de demanda reformada, la convocante Termotécnica Coindustrial S.A.S. pidió declarar:

- (i) «que en la ejecución del contrato No. CLCI 0287 del 06 de agosto de 2012, de “Ingeniería de detalle y construcción de sistemas contraincendios en el campo La Cira- Infantas”,

suscrito entre OXYANDINA y TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A., la empresa TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. sufrió un desequilibrio contractual producto de las circunstancias en que debió ejecutar el contrato para OCCIDENTAL ANDINA LLC y/o el acaecimiento de situaciones imprevisibles presentadas durante la ejecución del contrato»;

- (ii) «que en consecuencia de lo anterior se declare la responsabilidad contractual de OXYANDINA, en su calidad de contratante frente al reconocimiento y pago de los mayores costos en que tuvo que incurrir TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A., para el cabal cumplimiento de las obligaciones del Contrato No. CLCI 0287 del 06 de agosto de 2012, cuyo objeto principal era “la ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexión y despacho e ingeniería de detalle y construcción de sistemas contraincendios en el campo La Cira – Infantas»;*
- (iii) «que (...) se declare que la parte demandada debe asumir, reconocer y pagar los perjuicios económicos sufridos por la parte demandante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso»;*
- (iv) «que se declare la nulidad del numeral 3.4 de la cláusula tercera del contrato¹ (...), por ser manifiestamente abusiva para el contratista»; y*
- (v) «que se declare a la parte DEMANDANTE a paz y salvo por todo concepto respecto de sus obligaciones contractuales»;*

Asimismo, solicitó la condena al pago de «el valor de los sobrecostos en que tuvo que incurrir para el cabal cumplimiento de las obligaciones del contrato (...), los cuales inicialmente se han estimado en una suma no inferior a NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS

¹ La referida cláusula establece: «*TERCERA. PRECIOS, CANTIDADES ESTIMADAS Y VALOR DEL CONTRATO U ORDEN. 3.4. Las Partes dejan expresa constancia de que la(s) tarifa(s) será(n) la única retribución que le corresponderá al CONTRATISTA por los servicios prestados a OXY en cumplimiento del presente CONTRATO U ORDEN y se mantendrá fija e invariable mientras dure la vigencia del mismo En consecuencia, el CONTRATISTA expresamente renuncia a cualquier derecho sobre reajustes, compensaciones o indemnizaciones y reclamos que se produzcan durante el desarrollo del CONTRATO por este concepto*».

CINCUENTA PESOS (\$9.468.564.550) MONEDA CORRIENTE. Lo anterior, sin perjuicio [de] que en este proceso se pruebe un mayor valor y haya lugar a este para la reparación de los perjuicios económicos sufridos por la DEMANDANTE, como consecuencia de las condiciones y circunstancias excepcionales bajo las cuales debió ejecutar el contrato motivo de la presente litis»; así como los respectivos intereses, costas y agencias en derecho.

2. Fundamento fáctico.

2.1. En virtud del proceso de selección de la contratista encargada de la «ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexiones y despacho y diseño e instalación del sistema contraincendios en el campo La Cira - Infantas, en el departamento de Santander», las sociedades Termotécnica Coindustrial S.A.S. y Occidental Andina LLC -Oxyandina- suscribieron el contrato n.º CLCI-0287, en el que se estipuló como plazo inicial el término de 9 meses desde la fecha de inicio de la ejecución.

2.2. Durante el desarrollo del objeto contractual se firmaron siete (7) otrosíes en los que se modificó, entre otros temas, el plazo, razón por la cual se acordó la terminación para el 31 de diciembre de 2013, extendiéndose la ejecución del contrato a un total de 16 meses y 26 días.

2.3. En vigencia del convenio, se presentaron «situaciones imputables a la empresa contratante o circunstancias imprevistas e imprevisibles» que ocasionaron una mayor permanencia de la contratista en la obra, y, en general, la alteración de los gastos y costos del proyecto; consecuencias económicas que únicamente soportó aquella.

2.4. Dentro de las situaciones que alteraron los costos del proyecto está la variación de la jornada de trabajo en virtud de los acuerdos que en forma unilateral suscribió Oxyandina con la Unión Sindical Obrera (USO), en virtud de los cuales se otorgaron beneficios a los trabajadores de la contratista, consistentes, *v. gr.*, en que la hora del almuerzo estuviera incluida dentro de la jornada como hora laborada, lo que implicó que se alteraran tanto el plan de trabajo como el costo del proyecto.

2.5. También censuró la emisión tardía de los permisos diarios de trabajo por parte de Oxyandina, quien de manera negligente e injustificada retrasó la expedición de permisos, impactando negativamente el cronograma de actividades de la contratista.

2.6. La ejecución del contrato sufrió serias afectaciones en virtud de las *vías de hecho* adelantadas por la comunidad aledaña al campo petrolero y por la Unión Sindical Obrera, las cuales no fueron provocadas por los trabajadores de Termotécnica ni revestían las características de conflictos laborales, sino que se relacionaban enteramente con la gestión social del proyecto a cargo de Oxyandina.

2.7. Asimismo, refirió que se presentaron emergencias ambientales por fuga de sulfuro de hidrógeno, acontecidas los días 6, 11 y 26 de febrero de 2013 y que provocaron que se evacuara el personal y no se pudiera laborar, generando además costos imprevistos surgidos de la necesidad de dotar a los trabajadores de máscaras ante la fuga del gas tóxico.

2.8. De igual forma, la requerida generó retrasos en el plan de trabajo y mayor permanencia en la obra debido a la tardanza en la definición «*de la ingeniería básica de las plataformas zona de tanques del sistema contra incendios, de CCM y de la caseta de bombas, así como también (...) los planos certificados por los proveedores contratados por OXY, la definición de la ingeniería básica y la entrega de algunos equipos*».

2.9. Así mismo, Oxyandina señaló cuál era el personal que debía vincularse a la obra, desplazando a la contratista en la autonomía e independencia que contractualmente tenía en la selección y vinculación de sus trabajadores. El personal impuesto unilateralmente por la contratante en ocasiones no cumplía con los requerimientos de formación y experiencia, y generó ineficiencia e improductividad en la mano de obra, que se tradujo en la mayor duración del proyecto.

2.10. A ello agregó que se dio una evidente demora en la aprobación de las actas de obra y en la facturación, y no se efectuaron los reembolsos por el suministro de transporte del personal; circunstancias que, en su conjunto, generaron altísimos sobrecostos generados por la mayor permanencia en el sitio de labores.

3. Actuación procesal.

3.1. Occidental Andina LLC compareció oportunamente al proceso y formuló las excepciones denominadas «*venire contra factum proprium non valet. No es posible para la parte demandante ir en contra de su propia voluntad, pactada a*

través de contrato CLCI 0287 y de siete (7) otrosíes»; «no hay lugar a la declaración de la teoría de la imprevisión puesto que el contrato ya no se encontraba en ejecución al momento de la demanda»; «Oxyandina y Termotécnica acordaron prórrogas de los plazos y modificación de las tarifas»; «Oxyandina pagó todo lo que debía a Termotécnica. No es posible hacer un doble pago a título de daño emergente y lucro cesante», y la genérica.

Sostuvo, en síntesis, que Termotécnica presentó retrasos e incumplimientos a lo largo de la ejecución del contrato, que se celebraron siete otrosíes en los que se modificaron tanto los plazos de ejecución para facilitar el cumplimiento contractual como las tarifas, que se aumentaron en favor de la demandante, ya que la forma de pago del contrato era por precios unitarios, y si bien el valor inicial del contrato se pactó en \$11.761.496.999, el finalmente pagado ascendió a la suma de \$16.787.840.023. Sostuvo que, si bien es cierto que existen actas de terminación del contrato, incluso al momento de su firma se incluyeron asuntos pendientes a cargo de la contratista, quien no había terminado de cumplir a cabalidad y satisfactoriamente todas las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato.

Sumado a lo anterior, expuso que la teoría de la imprevisión en este caso es improcedente porque al estar el contrato terminado, ya no es posible declarar su reajuste ni su terminación, de manera que no hay lugar al restablecimiento solicitado a la luz de dicha teoría.

3.2. Luego de que, con proveído de 10 de mayo de 2019, el *ad quem* decretara la nulidad de la sentencia desestimatoria expedida por el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá en aplicación del canon 121 del estatuto adjetivo, las diligencias ingresaron al homólogo Cuarenta de esa localidad, quien, con providencia de 28 de junio de 2021, desestimó el *petitum*.

A juicio del *a quo*, la reclamación se debía estudiar a la luz de la teoría de la imprevisión, pues la demandante delimitó los hechos alegando la presencia de causas imprevisibles e imprevistas sobrevenidas con posterioridad a la firma del contrato, que configuran dicha acción. Consideró que *«el contrato del que se deriva el supuesto desequilibrio económico se encuentra terminado desde el 31 de enero de 2014, con la suscripción del acta de entrega de las obras a satisfacción, es decir, con antelación a la fecha de la presentación de la demanda –18 de diciembre de 2015–, incumpléndose así una de las exigencias ineludibles para la buena andanza de las pretensiones de la demanda»*.

Respecto de las cláusulas abusivas, concluyó que no es cierto que la demandante no haya tenido la oportunidad de discutir la estipulación tildada como abusiva o que la contratante haya impuesto las condiciones contractuales sin mediar acuerdo, por el contrario, las adiciones al contrato evidencian que *«los términos, alcances y la ejecución de lo pactado fue objeto de un debate previo hasta el punto de aceptarse modificaciones al valor de la oferta inicial»*.

3.3. La convocante interpuso recurso de apelación, concedido ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 6 de abril de 2022, el *ad quem* confirmó el fallo de primera instancia, tras colegir:

(i) La apelante reclama que el Tribunal declare responsable a la demandada por los mayores costos en que tuvo que incurrir por situaciones imprevisibles que generaron una mayor permanencia en la obra y la alteración de los costos durante la ejecución del contrato, entre los cuales refirió la reducción de la jornada de trabajo, los problemas de orden público, la demora en la suscripción de permisos de labores y la fuga de sulfuro de hidrógeno.

(ii) La impugnante acusa al *a quo* de desatender el principio de congruencia al desatar el asunto como si se tratara de una acción de revisión contractual en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, y no bajo los derroteros de la responsabilidad contractual y la buena fe negocial, que fue sobre lo que, según sostiene, versó la demanda. Sobre dicho reparo, el colegiado relievó que, «*si se miran bien las cosas, y contrario a lo que en forma reiterada sostiene la parte actora, los hechos y pretensiones puestos a consideración de la jurisdicción se enmarcan plenamente en el supuesto de hecho que prevé el artículo 868 del Código de Comercio, norma sobre a la que a espacio se ilustró en el acápite de “fundamentos de derecho”*».

(iii) También explicó que, de los hechos de la demanda y, en especial, de su pretensión primera se desprende que «*el querer de la parte actora sí era la de exponer circunstancias “imprevistas o imprevisibles” que condujeron a la causación de unos mayores costos que alteraron las prestaciones a cargo de la contratista*»; en efecto, dentro de los fundamentos fácticos del escrito inicial se narró que el desequilibrio contractual estaría dado por las circunstancias imprevisibles antes referidas, las cuales se presentaron durante la ejecución del contrato y antes de su terminación.

(iv) Como refuerzo de ese argumento, apuntaló que no es posible tildar de incongruente el fallo de primer grado, máxime cuando «*en los fundamentos de derecho del escrito inicial se invocó específicamente el artículo 868 del Código de Comercio, oportunidad en la cual la demandante ilustró de manera prolija sobre las razones por las por las cuales había lugar a compensar el desequilibrio, e incluso trajo a cuento la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que fue la que apalancó el fallo de primer grado –sentencia de casación de 23 de mayo de 1938–*».

(v) Para el *ad quem*, vistos en conjunto los hechos, las pretensiones y los fundamentos de derecho, se encuentra que ciertamente propendían por los efectos de la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias que ameritaban los ajustes económicos del caso, todo lo cual encaja con el supuesto de hecho del artículo 868 del Código de Comercio y por lo mismo, el caso debía juzgarse con soporte en dicho mandato. Así las cosas, habiéndose enmarcado la demanda en dicho supuesto de hecho, la revisión contractual era

improcedente en la medida en que el contrato de obra había terminado con anterioridad a la formulación de la demanda.

(vi) En lo atinente a la pretensión de nulidad del numeral 3.4. de la cláusula tercera del citado convenio, el Tribunal sostuvo que las pruebas obrantes no permiten afirmar que *«a partir de las tratativas negociales que antecedieron al contrato de obra, la contratista se hubiere adherido sin más, a las cláusulas impuestas por su contraparte»* y por el contrario, lo que evidencian es que ella ejerció un papel activo en la confección de los términos en los que finalmente se celebró el contrato, hipótesis que respalda la versión del representante legal de la demandante, quien refirió que *«Termotécnica Industrial S.A. participó en una licitación pública compleja, cuya consolidación no se verificó de la noche a la mañana, en la que se discutieron con amplitud y de manera seria las pautas contractuales que finalmente, y sin salvedades aceptaron las partes»*.

(vii) Ciertamente, los medios de convicción dan cuenta de una relación bilateral simétrica entre los contratantes, quienes suscribieron siete otrosíes con el propósito de modificar las tarifas como consecuencia del mayor tiempo que duró la ejecución de la obra, y de la participación libre de la actora en el proceso licitatorio, todo lo cual luce compatible con el principio de buena fe. Así, concluyó que *«a falta de prueba en contrario -la cual, sin duda, incumbía a la parte actora- que los términos vertidos en el clausulado son el reflejo de la voluntad así expresada por sus otorgantes, tal y como por lo regular ocurre en tratándose de negocios jurídicos anteceditos por un proceso de libre negociación, en el que, en línea de principio, ninguno de los*

interesados está forzado a celebrar negocio jurídico alguno, ni a aceptar los términos que unilateralmente le quisiera imponer su contraparte».

(viii) En conclusión, lo que se evidencia de la foliatura es que las estipulaciones contractuales «obedecieron -como es frecuente en este tipo de negociaciones que involucran la ejecución de prestaciones de altas exigencias técnicas, y que en este caso alcanzan una muy significativa incidencia económica-, a un proceso de deliberación (además, medió licitación) en el que las partes tuvieron la oportunidad, y así lo hicieron, de defender de forma anticipada y consistente sus intereses económicos tal y como consignó en el clausulado de la contratación, modificada con los otrosíes a que se ha hecho referencia».

(ix) Finalmente, la colegiatura relievó que en este caso no se probó que la parte demandada hubiera desatendido sus débitos contractuales y, por el contrario, con la suscripción de los otrosíes se facilitó el camino para que la contratista pudiera cumplir con los suyos, sin que sea factible atribuirle a la convocada la desatención de sus deberes de buena fe y corrección.

DEMANDA DE CASACIÓN

Termotécnica Coindustrial S.A.S. presentó la demanda de sustentación del remedio extraordinario, formulando un único cargo, al amparo de la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO ÚNICO

Con fundamento en el segundo motivo de casación, la sociedad recurrente acusó al fallo del *ad quem* por la vulneración indirecta de la ley sustancial contenida en los artículos 1602, 1603, 1613 y 1546 del Código Civil, así como el precepto 871 mercantil y los cánones 164, 176 y 280 del Código General del Proceso, por haber incurrido en errores de hecho manifiestos y trascendentes en la apreciación de la demanda y de los medios de prueba, toda vez que se abordó el estudio de la teoría de la imprevisión para resolver el caso, «cuando en realidad, y ello devenía del estado mismo del negocio jurídico, se debía resolver el presente asunto bajo los postulados del incumplimiento contractual proveniente del demandado»; y, de igual forma, «pretermitió el estudio y valoración del material probatorio (...) que habría evidenciado el grave, sistemático y culpable alejamiento de sus deberes contractuales».

Con ese planteamiento, centró el embate en tres yerros que, a su juicio, fueron cometidos por el juzgador de segundo grado, a saber, la indebida interpretación de la demanda, la inexistente apreciación de las pruebas respecto del incumplimiento contractual y la inexistente apreciación de las pruebas tendientes a la nulidad del numeral 3.4 de la cláusula tercera del contrato.

(i) Al sustentar el alegado error de hecho por indebida interpretación de la demanda, indicó que el libelo tuvo su origen en los daños sufridos por la actora como consecuencia de los incumplimientos de la contratante, los cuales tuvieron un gran impacto económico para la contratista. Dichos incumplimientos fueron detalladamente descritos en la

demanda, como mayores costos y mayor permanencia generados por (i) la decisión unilateral de modificar la jornada diaria laboral, (ii) la emisión tardía de los permisos diarios de trabajo, (iii) las vías de hecho iniciadas por los trabajadores sindicalizados y la comunidad aledaña, (iv) la fuga de sulfuro de hidrógeno, (v) la entrega tardía de la definición de la ingeniería de base, planos y algunos equipos, (vi) el señalamiento del personal que debía contratarse para la ejecución del contrato, (vii) “*otros hechos*” y (viii) el no pago de los gastos reembolsables de transporte.

Pese al enunciado marco fáctico y aun cuando quedó demostrado el acaecimiento de las situaciones antes referidas, los falladores de instancia no avocaron el análisis del *sub-lite* con dichos derroteros, sino que «*obviaron*» ese laborío, lo que se patentizó, entre otros aspectos, en que no se tuvo en cuenta que cada uno de esos escenarios correspondía a actuaciones que se encontraban bajo el control y dominio de la convocada.

Después de reiterar los argumentos planteados en la instancia respecto de cada una de las circunstancias que generaron los sobrecostos reclamados, afirmó que en la demanda se desarrollaron cada uno de los alegados motivos de incumplimiento con los correspondientes soportes probatorios –documentales y testimoniales–, pero aquellos no fueron apreciados en su integridad por el *ad quem*, quien de haberlo hecho habría concluido que «*en el escrito de demanda [se] manifestó la existencia de un sistemático incumplimiento de la entidad contratante por ello sin importar la específica denominación que*

pudiere darse a la institución es claro que en la demanda se denunciaba un perjuicio causado por el incumplimiento del contrato del cual se solicitaba un resarcimiento, incumplimiento que por demás estaba plenamente acreditado y cuantificado».

Pese a lo anterior, el Tribunal prefirió seguir la senda de la teoría de la imprevisión, cuando de la realidad del contrato y de lo plasmado en la demanda se desprendía un completo juicio de responsabilidad contractual.

En tal virtud, el juzgador erró en la interpretación de la demanda, pues en ella se dijo -en varias ocasiones y con distintas expresiones- que se estaba ante un incumplimiento contractual, línea argumentativa que fue desatendida por el colegiado y que se plasma en (i) el juramento estimatorio y el acápite de pretensiones, donde se habló de «indemnización» y se hizo referencia a los componentes de «*lucro cesante*» y «*daño emergente*», instituciones que no se acompañan con la teoría de la imprevisión; (ii) en el ordinal 4.3. de la demanda se aludió a la procedencia de «*la acción de responsabilidad civil contractual, de conformidad con lo establecido en los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil colombiano*»; (iii) en el acápite de hechos se indicó que se abordarían las circunstancias configurativas de responsabilidad de la empresa requerida; y (iv) en los fundamentos jurídicos se citaron normas atinentes a la materia.

No obstante, censuró que, si para el juzgador de segunda instancia la demanda era ambigua en cuanto a la fijación de las instituciones aplicables al caso concreto, debió

haberla interpretado «*sistemáticamente*», actividad cognitiva que le habría permitido establecer con certeza que «*lo que lesionaba los inter[eses] de [la] demandante en el caso concreto era la conducta infractora de su contraparte*».

El yerro es trascendente, aduce, porque llevó al juzgador a la conclusión equivocada de que la actora promovió la demanda bajo la égida de la teoría de la imprevisión y fuera de la oportunidad pertinente, lo que la deja sin posibilidad de reclamación de los perjuicios sufridos por la vía de la responsabilidad contractual.

En conclusión, sostuvo la casacionista que el Tribunal desconoció las normas que regulan la responsabilidad contractual y prefirió aplicar una institución *ajena a la realidad del contrato*, apreciando indebidamente lo realmente descrito y pretendido por el promotor de la acción y prefiriendo una interpretación que no correspondía, insiste, con la realidad del negocio jurídico.

(ii) Seguidamente, la recurrente enfiló su ataque hacia el error de hecho por inexistente apreciación de las pruebas sobre el incumplimiento contractual y los perjuicios sufridos, afirmando que la providencia del colegiado se limitó a apoyar la tesis del *a quo* en punto de la aplicación de la teoría de la imprevisión, por lo que, al estar finalizado el contrato y ser improcedente la revisión, no era necesario efectuar «*el estudio del amplio caudal probatorio que fue debidamente practicado al interior del proceso*».

En ese sentido, el yerro cometido llevó aparejada la omisión de verificación de los siguientes medios de prueba: (i) documentales, como las copias simples de las actas de acuerdo suscritas en relación con los beneficios laborales, las inconformidades expuestas frente a Oxyandina, *et. al.*; (ii) testimoniales, en especial, de la administradora de obra de la casacionista, del coordinador del proyecto ejecutado, así como de otros colaboradores; y (iii) las concernientes a la acreditación de la nulidad del numeral 3.4. de la cláusula tercera del mencionado convenio.

En este punto, enlistó 25 pruebas documentales y 4 testimoniales que en su decir no fueron apreciadas de ninguna manera, con lo que se vulneran además las normas procesales que imponen la obligación de valorar todo el acervo probatorio y fundar la sentencia en tales medios de convicción, pues ello es garantía del debido proceso.

(iii) Finalmente, la censora dirigió su embate hacia la inexistente apreciación de las pruebas relacionadas con la nulidad del numeral 3.4 de la cláusula tercera del contrato. Para ello, sostuvo que el juzgador dejó de valorar los medios de convicción tendientes a demostrar que la contratante imponía las condiciones más favorables, señalando para ello el documento del 22 de mayo de 2012, por medio del cual Oxyandina resolvió aclaraciones y complementaciones al pliego licitatorio enviado a los posibles oferentes.

Señaló que la sentencia impugnada desconoció las pautas normativas que consagran la lealtad y la buena fe

contractual, «al no valorar la existencia en el caso concreto de una posición abusiva por parte del demandado que lo llevó a imponer cláusulas abiertamente leoninas, y en ese mismo sentido, al no valorar las pruebas allegadas y que darían cuenta de aquella conducta lesiva».

CONSIDERACIONES

1. Régimen del recurso extraordinario.

Es apropiado advertir que el remedio en estudio se interpuso en vigencia del Código General del Proceso, de manera que todo lo concerniente al mismo se ha de regir por esa normativa.

2. Fundamentación de la demanda de casación.

La fundamentación técnica de las causales de casación exige que el impugnante extraordinario demuestre la presencia de yerros que comprometan la legalidad de la decisión cuestionada, tanto en la aplicación de las normas de derecho sustancial (yerros *in iudicando*), como en la actividad procesal connatural al juicio (errores *in procedendo*).

Para atender ese cometido, el inconforme deberá observar, invariablemente, los requerimientos señalados por la ley procesal y por la jurisprudencia para la apropiada sustentación del remedio extraordinario, dentro de los cuales cabe destacar:

(i) La formulación, por separado, de los respectivos cargos, con la especificación, de forma clara, precisa y

completa, de los fundamentos de cada acusación, que deben armonizar con alguno de los cinco motivos de casación previstos en el precepto 336 del estatuto adjetivo.

(ii) En caso de censurar la infracción de normas de derecho sustancial regulatorias del litigio, como consecuencia de errores jurídicos (vía directa), o yerros fácticos o de derecho (senda indirecta), es necesario incluir la disposición legal que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, haya sido infringida².

(iii) Si se elige la vía directa para atacar el fallo de segunda instancia, *«el cargo se circunscribirá a la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria»*.

(iv) Ahora, si se afirma que la violación ocurrió por la vía indirecta, por desaciertos de hecho y de derecho, es decir, los comprendidos en los supuestos de la causal segunda del precepto 336 del estatuto procesal, no es admisible referirse a aspectos fácticos no debatidos en las instancias.

(v) En lo que tiene que ver con el *«error de derecho»* (que se materializa cuando, en la actividad de valoración jurídica de los medios de convicción –aducción, incorporación y apreciación– se contrarían las reglas legales que gobiernan el régimen probatorio³), es menester señalar las normas

² Conforme al párrafo 1º del artículo 344, *«[c]uando se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, será suficiente señalar cualquiera disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa»*.

³ Cfr. CSJ AC8716-2017, 18 dic., entre otros.

probatorias que se consideran quebrantadas y hacer una explicación sucinta de la manera en que lo fueron.

(vi) A su turno, si se denuncia un «*error de hecho*» (esto es, el que se exterioriza en la valoración del contenido material de las pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio⁴), deberá manifestarse en qué consiste y cuáles son, en concreto, las pruebas o piezas procesales sobre las que recayó el desacierto en la actividad de apreciación.

Asimismo, a fin de probar la pifia fáctica, habrá de evidenciarse que, respecto del escrito introductorio del proceso, su contestación o los medios de prueba, hubo pretermisión o suposición total o parcial de tales elementos de juicio, o alteración de su contenido material, ya por adición o cercenamiento de expresiones o frases, o tergiversación arbitraria o ilógica de su texto. Igualmente se debe especificar lo inferido por el juzgador de cada medio de conocimiento, y señalar su tenor material, con el fin de exteriorizar en qué consistió la alteración de la prueba.

(vii) El cargo por error de hecho debe comprender la totalidad de las deducciones probatorias sobre las cuales se apoyó la providencia discutida (*completitud*), enfilarse con precisión absoluta hacia dichas conclusiones (*enfoque*), y demostrar la dimensión del error, de modo que se muestre tan grave y notorio que su sola exhibición sugiera que las tesis del Tribunal son contrarias a toda evidencia⁵.

⁴ *Cfr.* CSJ SC8702-2017, 20 jun., entre otras.

⁵ *Cfr.* CSJ SC, 9 ago. 2010, rad. 2004-00524-01, entre otras.

Igualmente, en el evento de soportarse la acusación en la preterición u omisión de apreciación de pruebas incorporadas al plenario, se requiere identificar esos medios de convicción, así como su texto en aquello que guarde relación con los hechos referidos como no acreditados en el fallo impugnado, y que tengan incidencia en la resolución adoptada.

(viii) Los cargos por incongruencia de la sentencia con los hechos o las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio (causal tercera), y por transgresión a la prohibición de la *reformatio in pejus* (causal cuarta), no pueden girar alrededor de apreciaciones probatorias.

(ix) Si se fustiga la decisión por ser proferida en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, ha de tenerse en cuenta que el motivo de invalidación no puede haberse saneado, en los términos que prevén los artículos 135 y 136 del estatuto procesal civil actualmente vigente.

(x) El censor además tiene la carga de evidenciar el alcance del desacierto en el sentido decisorio de la sentencia recurrida (*trascendencia*), para lo cual, demostrada alguna de las modalidades de errores aducidos como sustento de los reproches, debe explicar por qué ese fallo habría de ser distinto del cuestionado, además de favorable a sus intereses.

En resumen, como lo ha sostenido la Sala:

*«[P]ara que la casación pueda alcanzar sus fines propios, para que sea dado a la Corte entrar a estudiar el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente una demanda a manera de alegato de conclusión, ya que se trata de un recurso eminentemente extraordinario y no de una tercera instancia del proceso, sino que es menester que esa demanda llene todos los requisitos formales exigidos por la ley para ella, **cuya omisión total o parcial conduce, por mandato expreso de la misma ley, a la inadmisión de la que ha sido defectuosamente aducida**» (CSJ AC, 28 nov. 2012, rad. 2010-00089-01).*

3. Análisis del cargo.

Analizada la demanda a la luz de las exigencias formales antes señaladas, se advierte que el único cargo formulado no las cumple, lo que conlleva la inadmisión de la demanda de casación por los motivos que pasan a explicarse.

3.1. Naturaleza de las normas cuya vulneración se denuncia.

La alegación de la causal segunda de casación exige al censor demostrar que el Tribunal incurrió en un yerro del que surja patente la transgresión de, al menos, un precepto de naturaleza sustancial. El ataque enfilado por esta vía requiere de la individualización de las normas sustantivas presuntamente quebrantadas por el *ad quem*, estando vedado para la Corte suplir eventuales deficiencias en la formulación del cargo, dado el carácter excepcional y dispositivo del recurso extraordinario.

Conforme a la técnica de casación, no basta con invocar genéricamente la violación de la ley sustancial, pues es carga del recurrente señalar específicamente las normas de ese tipo infringidas por el colegiado y demostrar cómo aquellas fueron -o debieron ser- base esencial de la sentencia; así mismo, se exige explicar cómo se habrían transgredido esos preceptos y la relevancia que esa vulneración tuvo en la parte resolutive del fallo atacado.

Tratándose las causales primera y segunda de casación de la violación de la ley sustancial, son tales disposiciones las que determinan el reconocimiento del derecho reclamado o de las defensas planteadas, de modo que sin la singularización de las normas de ese linaje presuntamente vulneradas se hace imposible la confrontación entre aquellas y la sentencia impugnada.

Aplicando esas premisas al presente asunto, refulge su traspié, porque el casacionista no señaló ninguna norma sustantiva *«que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada»*, conforme lo exige el parágrafo 1º del artículo 344 del Código General del Proceso. Tampoco se ocupó de explicar de qué forma dichas normas habrían sido infringidas, limitándose a elevar una denuncia genérica de dicha transgresión.

Debe recordarse que *«(...) una norma es de estirpe sustancial cuando contiene una prescripción enderezada a declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas»* (G.J. CLI, pág.254) y por ende carecen de tal connotación *“los preceptos materiales que se*

limitan a definir fenómenos jurídicos, o a precisar los elementos estructurales de los mismos, o los puramente enunciativos o enumerativos, o los procesales, entre ellos, los de disciplina probatoria” (auto 5 de agosto de 2009, exp. 1999 00453 01; reiterado el 12 de abril de 2011, exp. 11001-3103-026-2000-24058-01)» (CSJ AC4591-2018, 19 oct.).

La casacionista anunció como trasgredidos los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil, el canon 871 del estatuto mercantil y los artículos 164, 176 y 280 del Código General del Proceso. Sin embargo, estos cánones no son de naturaleza sustancial, pues el precedente de la Corte ha sostenido que no tienen tal linaje las disposiciones que consagran principios generales o definen conceptos, cual es el caso de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio; preceptos que, lejos de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, lo que hacen es consagrar directivas generales en materia de contratos, con alto grado de abstracción, que son, en su orden, el *pacta sunt servada* y el principio de buena fe que debe regir la actividad contractual.

Respecto al artículo 1602, se ha dicho de antaño que *«es el hontanar mismo de toda la teoría contractual, consagratoria quizá de la más grande metáfora de tal ordenamiento, en cuanto que para vivificar la fuerza de lo que se pacta se equipara nada menos que con el concepto de ley, es norma que por el mismo grado de abstracción no consagra en principio derechos subjetivos concretos»*⁶.

⁶ Cfr. CSJ SC de SC de 14 dic. 2011, exp. 11001-3103-007-2005-00533-01, reiterada en AC7520-2017, 10 nov., AC1738-2019 13 may., AC280-2021, 8 feb., entre otros.

Sobre el canon civil 1603, la Sala ha señalado que es un precepto meramente descriptivo de la forma cómo deben cumplirse los contratos⁷, esto es, de buena fe, postulado que recoge el artículo 871 del estatuto mercantil, cuyo carácter no sustancial también se ha sostenido en la medida en que se limita a imponer de forma genérica la observancia de dicho principio⁸.

El artículo 1613 del Código Civil, por su parte, se limita a clasificar los daños indemnizables⁹. Sobre su naturaleza no sustancial ha dicho la Sala:

«los artículos 1613 a 1615 son definidores de la causa por la que se debe la indemnización de perjuicios y de lo que esta comprende, así como del momento en que ella se debe; o sea que ninguno ostenta la categoría de norma sustancial» (Sent. 216 de 16 de junio de 1989), doctrina que ha venido siendo reiterada por la Sala, al precisar que ello es así, habida cuenta que «el primero de tales preceptos –refiriéndose al art. 1613 del C.C.–, sin atribuirle nada a nadie, se limita a señalar qué es lo que comprende la indemnización de perjuicios, y la causa de donde estos puedan provenir (...) (Sent. 004 de 25 de enero de 1994)» (CSJ, SC de 29 abr. 2005. Rad. n.º 0829.2506-2016).

En el mismo sentido, se alegan como vulnerados los artículos 164, 176 y 280 del estatuto adjetivo, preceptos que son estrictamente procesales y que establecen la necesidad de la prueba, sus reglas de apreciación y el contenido de la sentencia, respectivamente. Estas disposiciones tampoco son de linaje material puesto que las dos primeras regulan algunos aspectos probatorios del juicio, mientras que la

⁷ Cfr. CSJ AC de 23 de noviembre de 2005, Rad. 1999-03531-00, AC de 9 de diciembre de 2003, Rad. 1801-01, AC7520-2017, nov 10., AC280-2021, 8 feb., entre otros.

⁸ Cfr. CSJ AC4034-2021, 13 sep., AC4703-2022, 9 nov., AC5331-2022, 19 dic., entre otras.

⁹ Cfr. CSJ AC1738-2019, 13 may., AC4034-2021, 13 sep., entre otras.

última establece lo que debe contener la sentencia y la forma como debe hacerse su motivación, aspectos que son ajenos a las reglas de derecho sustancial que deben invocarse en esta sede¹⁰.

Sobre el carácter de estas normas procesales, ha dicho la Sala:

«Estos, muy por el contrario de los que verdaderamente son atributivos de derechos subjetivos, están destinados a disciplinar aspectos probatorios propios del proceso y la forma como debe estructurarse la sentencia, y en consecuencia, por sí solos no pueden estructurar válidamente un ataque por la causal segunda, que es la invocada, en la que la denuncia debe partir de la “violación indirecta de la ley sustancial”, esta última, entendida como la que en razón de una situación fáctica concreta, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas sustanciales también concretas entre las personas implicadas en tal situación» (CSJ, AC2666-2019, 5 jul.).

La única norma sustancial que se denuncia como vulnerada es el artículo 1546 del Código Civil¹¹, la cual, sin embargo, no constituye ni debió constituir la base esencial del fallo impugnado, puesto que en este asunto no se demandó la resolución del contrato por incumplimiento, de modo que no era aquella norma la llamada a gobernar la controversia. Además, la recurrente se limitó a alegar su infracción sin indicar en modo alguno como ella debió haber fundamentado la sentencia, de qué manera fue transgredida y cuál es la trascendencia de dicha vulneración,

¹⁰ Sobre la naturaleza no sustancial de estos preceptos pueden verse, además: AC4591-2018, 19 oct., AC3765-2021, 1 sep., AC4265-2022, 10 oct., AC690-2022, 17 mar., entre otras.

¹¹ El carácter sustancial de esta disposición puede verse en las providencias AC4117-2022, 5 oct., SC4667-2021. 4 nov., entre otras.

incumpliendo con los requisitos formales que rodean la presentación de la demanda de casación.

En virtud de esta orfandad argumentativa, no se abre paso la explicación sobre la forma en que el yerro denunciado habría redundado en la trasgresión normativa por parte del Tribunal, haciendo imposible la labor de cotejo propia del control de legalidad de los fallos, que es una de las finalidades de este recurso extraordinario.

3.2. Primer segmento del cargo único: indebida interpretación de la demanda.

3.2.1. Indica la recurrente que el *ad quem* le dio a la demanda un entendimiento diferente al pretendido por la actora, al abordar el estudio de la teoría de la imprevisión cuando el caso se debía resolver bajo los postulados de la responsabilidad civil contractual.

En tal virtud, expuso nuevamente aquellas situaciones presentadas durante la ejecución del contrato que generaron sobrecostos y mayor permanencia en la obra, reiterando los argumentos plasmados en el libelo que dio inicio al proceso, para concluir que a pesar de que con la demanda y las pruebas quedó evidenciado el acaecimiento de aquellas, el Tribunal decidió seguir una interpretación de la demanda: la de la teoría de la imprevisión, dejando de lado que de lo descrito en el libelo y de la realidad del contrato se desprendía un completo juicio de responsabilidad civil en contra de la demandada.

3.2.2. El escrito de demanda es una pieza fundamental en el desarrollo del proceso en la medida en que ella contiene las razones fácticas y jurídicas que fundamentan el derecho reclamado y establece los específicos pedimentos del actor, delimitando unos confines sobre los que habrá de versar la controversia y habrá de ejercer la contraparte su derecho de contradicción. Una indebida interpretación del libelo introductor puede presentarse cuando el juzgador desfigura en forma evidente el debate planteado, analizando asuntos ajenos al objeto de la litis, cometiendo una grave equivocación en la comprensión del escrito y del querer del convocante, al alejarse del marco del debate establecido en la demanda y alterando en forma evidente el contenido del escrito, bien sea tergiversando, suponiendo o cercenando su contenido, arribando a «*conclusiones incompatibles con cualquier lectura lógicamente admisible del aquel escrito introductorio*»¹².

En el caso bajo estudio no puede decirse que la interpretación del Tribunal sea incompatible con una lectura *lógicamente admisible* de la demanda, ni que se han alterado los contornos señalados por quien la promovió, ni que su hermenéutica incluyó antojadizamente la propia percepción del juzgador sobre el alcance de los reclamos de la actora.

Lo anterior porque son múltiples los apartes de la demanda en los que la convocante se refiere y apela a la teoría de la imprevisión como fundamento de su reclamo: en el juramento estimatorio se hizo referencia a «*los mayores costos en que tuvo que incurrir (...) para el cabal cumplimiento de sus*

¹² Cfr. CSJ SC3724-2021, 8 sep.

obligaciones contractuales, los cuales no se habrían generado, de no haberse presentado los imprevistos y situaciones excepcionales expuestas (...); en la primera pretensión se pidió expresamente la declaratoria del desequilibrio contractual *«producto de las circunstancias en que debió ejecutar el contrato para Occidental andina LLC, y/o el acaecimiento de situaciones imprevisibles presentadas durante la ejecución del contrato»*.

En la primera pretensión de condena se pidió a su vez el pago *«de los sobrecostos en que tuvo que incurrir para el cabal cumplimiento de las obligaciones del contrato (...) como consecuencia de las condiciones y circunstancias excepcionales bajo las cuales debió ejecutar el contrato motivo de la presente litis»*; y a lo largo de la narración fáctica se afirmó de modo insistente que durante la ejecución del contrato se presentaron situaciones excepcionales imputables a circunstancias imprevisibles que generaron una mayor permanencia en la obra y los consecuentes sobrecostos.

Incluso en los fundamentos de derecho, la demandante dedicó un acápite al artículo 868 del Código de Comercio, haciendo expresa referencia a dicho precepto e indicando específicamente que uno de los pilares jurídicos que sustentaban su reclamación era el desequilibrio del contrato por circunstancias extraordinarias o imprevisibles acontecidas con posterioridad a su celebración, atribuyendo a aquellas la generación de los mayores costos reclamados.

3.2.3. Si bien la técnica de casación exige a la recurrente la demostración del yerro denunciado a través de una indispensable labor de cotejo o confrontación del texto

de la demanda con lo que de aquel coligió el Tribunal¹³; en este caso la actora se limitó a indicar que en otros tantos apartes del libelo hizo referencia a la institución de la responsabilidad civil, dejando de lado las constantes referencias a la teoría de la imprevisión que, como se indicó, contiene reiteradamente la demanda.

En tal virtud, la censura se centró en demostrar cómo el Tribunal, de manera caprichosa, optó por una pauta argumentativa que no correspondía con la realidad del contrato ni con el querer de la actora plasmado en el escrito introductor, sin que se incluyera una sola frase o explicación sobre el hecho objetivo de las constantes referencias a la teoría de la imprevisión y a la específica solicitud de declaratoria de desequilibrio contractual contenidas en la demanda, incumpliendo de esta manera las exigencias formales del recurso extraordinario.

3.2.4. Además, con el ánimo de demostrar cómo *la realidad del contrato* imponía al juzgador la obligación de resolver el caso bajo los derroteros de la responsabilidad civil, la casacionista presenta hechos nuevos en esta sede extraordinaria. En el curso de las instancias, la convocante indicó que durante la vigencia del contrato reclamó a la contraparte, en varias oportunidades, el reconocimiento y/o renegociación de los mayores costos en los que estaba incurriendo, mientras que en esta oportunidad argumenta que sólo después de terminado el contrato se podría tener

¹³ Cfr. CSJ, SC, 19 sep. 2009, rad. 2003-00318-01, entre otras.

certeza de la magnitud del sobrecosto y elevar la reclamación, queriendo con ello, además, sobreponerse al cuestionamiento de los juzgadores de instancia, quienes resaltaron que la revisión del contrato por el alegado desequilibrio económico no se había promovido en vigencia del negocio.

Señala la opugnante que los incumplimientos solo podrían cuantificarse al terminar el contrato y que por eso mismo era incompatible con la realidad reclamar en vigencia del convenio la aplicación de la teoría de la imprevisión, argumentación novedosa que además no corresponde con lo ocurrido, en la medida en que está acreditada la existencia de, al menos, una reclamación formal fechada el 8 de noviembre de 2013, esto es, durante la vigencia del contrato¹⁴.

Estas nuevas alegaciones son inadmisibles en esta sede extraordinaria, pues como ha reiterado la Sala, ello se establece debido a la imposibilidad de reabrir el debate propio de las instancias e introducir tópicos sobre los que ni la contraparte ni los mismos juzgadores de instancia tuvieron la posibilidad de discutir.

3.2.5. Sin embargo, en este caso la Sala observa una demanda ambivalente, en la que así como constantemente se hizo referencia a la teoría de la imprevisión en los hechos, pretensiones y fundamentos

¹⁴ Fl. 350 Cuaderno 1.

jurídicos, así mismo se aludió a la responsabilidad civil contractual, alegando en forma simultánea que los hechos que originaron los sobrecostos eran causados a un mismo tiempo por circunstancias excepcionales imprevisibles e imprevistas y por la desatención de la contratante de sus deberes prestacionales.

En tal sentido, si bien la interpretación del Tribunal no luce ilógica, arbitraria ni antojadiza, debe reconocerse que en la demanda se hace alusión indistinta a la teoría de la imprevisión y a la responsabilidad contractual, y que el libelo contiene una mixtura producto de haberse endilgado la causa de los sobrecostos a circunstancias excepcionales y al incumplimiento al mismo tiempo; dicho de otro modo, en este caso la demanda apeló a ambas instituciones sin hacer una elección diáfana de una u otra.

En tal virtud, era deber del colegiado desentrañar el auténtico y adecuado sentido de la demanda, más aún cuando una de las instituciones a las que aludió la actora era improcedente, mientras que con la otra quedaba a salvo su posibilidad de reclamación.

Sobre el particular, ha dicho la Sala que

«(...) “cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia’ (CLXXXVIII, 139), para ‘no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal’ (CCXXXIV, 234), ‘el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la

administración de justicia y la solución real de los conflictos’, realizando ‘un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos’, ‘mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral’ (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), ‘siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho’, bastando ‘que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda’ (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185)” (cas. civ. sentencias de 6 de mayo de 2009, Exp. N° 11001-3103-032-2002-00083-01; 3 de noviembre de 2010, exp. 20001-3103-003-2007-00100-01), “de manera que en procura de evitar el sacrificio del derecho sustantivo, pueda enmendar con su actividad dialéctica la confusa presentación de los hechos, de las pretensiones o de las excepciones que hayan efectuado las partes intervinientes en el proceso” (cas. civ. sentencia de 11 de julio de 2000, exp. 6015)» (CSJ SC, 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01; reiterada en CSJ SC3724-2021, 8 sep.).

3.2.6. Sin embargo, pese a que en este caso podría aceptarse la comisión del yerro factico endilgado al Tribunal, el mismo es intrascendente, como se explicará en el aparte 3.5.

3.3. Segundo segmento del cargo único: inexistente apreciación de las pruebas sobre el incumplimiento contractual y la tasación del perjuicio.

3.3.1. Al abordar el reproche consistente en la inexistente apreciación de las pruebas sobre el incumplimiento contractual, sostuvo la casacionista que el Tribunal no estudió si aquél existía, pues consideró innecesario realizar un ejercicio de valoración de las pruebas

que lo acreditaban, ante la improcedencia de la acción incoada.

Acto seguido, enlistó las pruebas -presentadas por la demandante- que a su juicio no fueron valoradas, limitándose a su simple enunciación y sin hacer ningún análisis relacionado con su contenido material ni exponer como aquél hubiese demostrado sin ninguna duda el incumplimiento alegado; incluso, acusó al Tribunal de no valorar un testimonio que ni siquiera fue recibido en las instancias ordinarias y que por lo tanto no existe en el proceso¹⁵. Por el contrario, insistió en que el colegiado desconoció las normas de la responsabilidad civil y prefirió decantarse por la aplicación de una institución jurídica ajena a la realidad del contrato.

3.3.2. Como quiera que la casacionista denunció la comisión de un yerro fáctico, debía cumplir con la exigencia de evidenciar de forma contundente y objetiva el error en la apreciación de las pruebas señaladas, y para ello estaba compelida a singularizar con precisión y claridad dicho error, señalando concretamente los medios de prueba omitidos, supuestos o tergiversados y su trascendencia en la decisión impugnada.

Recuérdese que para que el yerro fáctico tenga la capacidad de derruir la decisión de segunda instancia, debe

¹⁵ Véase cómo en la demanda de casación se acusa al colegiado de no haber valorado una prueba que demostraba el incumplimiento de la convocada, a saber, el testimonio del señor Octavio Humberto Rendón. Revisado el expediente, dicha prueba no fue practicada debido a la limitación de testimonios que el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá hiciera en audiencia del 25 de octubre de 2017, limitación reiterada por su homólogo 40 en audiencia del 3 de marzo de 2020.

ser manifiesto, ostensible, identificable a primera vista dada su gravedad y notoriedad. En este caso, la censora no cumplió la carga de **«acreditar los yerros que le atribuye al sentenciador, laborío que reclama la singularización de los medios probatorios supuestos o preteridos; su puntual confrontación con las conclusiones que de ellos extrajo –o debió extraer– el Tribunal y la exposición de la evidencia de la equivocación, así como de su trascendencia en la determinación adoptada»** (CSJ AC, 14 abr. 2011, rad. 2005-00044-01, reiterado en CSJ AC6243-2016, 26 oct.).

Por consiguiente, se impone colegir que la demanda de sustentación no satisfizo la carga argumentativa requerida para comprobar el yerro fáctico, pues como viene de verse,

«(...) es insuficiente limitarse a esbozar o delinear el supuesto yerro en que habría incurrido el juzgador, siendo necesario que se acredite cabalmente, esto es, que se le presente a la Corte no como una mera opinión divergente de la del sentenciador, por atinada o versada que resulte, sino como corolario de una evidencia que, por sí sola, retumbe en el proceso. “El impugnante -ha puntualizado la Sala-, al atacar la sentencia por error evidente de hecho, se compromete a denunciar y demostrar el yerro en que incurrió el Tribunal, como consecuencia directa del cual se adoptó una decisión que no debía adoptarse” (CCXL, pág. 82), agregando que “si impugnar es refutar, contradecir, controvertir, lo cual exige, como mínimo, explicar qué es aquello que se enfrenta, fundar una acusación es entonces asunto mucho más elaborado, comoquiera que no se logra con un simple alegar que el juzgador de instancia carece de razón, sino que impone, para el caso de violación de la ley por la vía indirecta, concretar los errores que se habrían cometido al valorar unas específicas pruebas, y mostrar de qué manera esas equivocaciones incidieron en la decisión que se repudia” (auto de 29 de agosto de 2000, exp. 1994-0088). En suma, la exigencia de la demostración de un cargo en casación, no se satisface con afirmaciones o negaciones panorámicas -o generales- sobre el tema decidido, así éstas resulten pertinentes respecto de las conclusiones del Tribunal, siendo menester superar el umbral de la enunciación o descripción

del yerro, para acometer, en concreto, el enjuiciamiento insoslayable de los argumentos del fallador, lo que se cumple mediante la exposición de la evidencia del error y de su incidencia en la decisión adoptada» (CSJ SC, 2 feb. 2001, rad. 5670, reiterada en AC5493-2918, 19 dic. y AC044-2021, 21 ene.).

3.3.3. Ahora bien, si lo que reprocha la casacionista no es en realidad un yerro fáctico en la contemplación objetiva de los medios de prueba sino el incumplimiento del deber judicial de valorar conjuntamente las pruebas y soportar en ellas su decisión, el ataque habría debido esbozarse por la senda del error de derecho por desconocimiento de las normas de derecho probatorio, el cual no fue denunciado en este caso.

3.4. Tercer segmento del cargo único: inexistente apreciación de las pruebas de la nulidad de la cláusula contractual 3.3.4.

3.4.1. En este punto, la actora se limitó a señalar que el *ad quem* dejó de valorar las pruebas tendientes a demostrar que la estipulación contractual 3.3.4 era abusiva, reiterando los argumentos que sobre el particular expuso en las instancias ordinarias.

Si bien afirmó que el juzgador no valoró el documento de fecha 22 de mayo de 2012 (en el cual Oxyandina resolvió algunas aclaraciones al pliego de la licitación), no indicó cómo el contenido objetivo de dicha prueba de convicción desvirtuaría la conclusión del Tribunal, incumpliendo con el

requisito técnico de señalar y demostrar el error y su incidencia en la decisión confutada.

A esa deficiencia se suma la falta de explicación sobre cómo las normas que se denuncian como vulneradas (entre las que no se encuentra ninguna referente al régimen de anulabilidad) fueron o debieron ser la base del fallo. El ataque se limitó a sostener que no se valoró la existencia de una posición abusiva del demandante, pero sin atacar los fundamentos que tuvo el *ad quem* para descartar la alegada nulidad.

3.4.2. El argumento toral de la decisión de segundo grado en cuanto a la solicitud de anulación de la cláusula 3.3.4 se encuentra, por una parte, en el probado papel activo de la actora en las tratativas prenegociales, en el proceso de licitación previo y en la confección de los términos en los que se celebró el contrato; y por la otra, en la simetría contractual que el Tribunal coligió del hecho de haber acordado las partes siete modificaciones a los términos contractuales, a través de sendos otrosíes que tuvieron como propósito ampliar el plazo y las tarifas como consecuencia del mayor tiempo de ejecución de la obra.

Siendo estos los argumentos que soportan la decisión impugnada en cuanto a la pretensión de nulidad, era deber de la recurrente dirigir el ataque a derruir sus cimientos, evidenciando cómo el juzgador pretirió, supuso o tergiversó algún medio de prueba de forma tan visible y notoria que su tesis resultara contraevidente, y mostrando, por el contrario,

que la expuesta por la inconforme era la única admisible de cara a la objetividad de los medios de prueba. Sin embargo, el embate se limitó a decir que, *por ejemplo*, el documento por medio del cual Oxyandina hizo aclaraciones al pliego de condiciones no fue valorado, pero sin hacer referencia a su contenido material ni mostrar cómo su contemplación objetiva demostraba la imposición abusiva de la cláusula por parte de la contratante.

Recuérdese que la demanda de casación debe desandar los pasos del Tribunal para derruir todos y cada uno de los pilares que sirven de apoyo a su sentencia, porque en la medida en que sus argumentos basilares se mantengan incólumes, la presunción de legalidad y acierto que ampara la labor del *ad quem* deviene inquebrantable.

3.5. Intrascendencia del posible error por indebida interpretación de la demanda.

3.5.1. Como se señaló en precedencia, el quiebre de una sentencia en sede de casación exige no sólo la demostración del error en el que pudo incurrir el *ad quem*, sino también de su alcance en el sentido decisorio de la sentencia recurrida, por lo que el recurrente debe explicar por qué ese fallo habría de ser distinto del cuestionado, **además de favorable a sus intereses.**

Y es que aun aceptando que la colegiatura de segundo grado habría podido ir más allá en la interpretación de la demanda, ese yerro sería intrascendente en la medida en

que, a diferencia de lo que sostiene insistentemente la actora, los medios de convicción en realidad no acreditan de manera contundente la culpa contractual que se le atribuye a Occidental Andina LLC.

3.5.2. Recuérdesse que los sucesos que Termotécnica expuso como situaciones imputables a la contratante o a circunstancias *imprevistas e imprevisibles* y que generaron una alteración de los gastos y costos del proyecto, y con base en los cuales persiguió la declaratoria de responsabilidad civil de la petrolera son los siguientes: (i) la decisión unilateral de Occidental Andina LLC de modificar la jornada diaria laboral, (ii) la emisión tardía de los permisos diarios de trabajo, (iii) las vías de hecho de la USO y de la comunidad aledaña al proyecto, (iv) la fuga de sulfuro de hidrógeno en el campo, (v) la entrega tardía de la ingeniería básica, equipos y planos, (vi) el señalamiento e imposición de personal por parte de la contratante, y (vii) el impago del gasto reembolsable de transporte.

Pues bien, las pruebas obrantes en el expediente y que a su juicio acreditan plenamente el incumplimiento grave e injustificado de los débitos contractuales de Occidental Andina no cumplen con ese cometido, por lo que se pasa a explicar.

3.5.3. La decisión unilateral de Occidental Andina LLC de modificar la jornada diaria laboral. Aduce la demandante que la contratante «de manera unilateral suscribió acuerdos con la Unión Sindical Obrera (USO), con el objeto de otorgar beneficios a los

trabajadores del contratista (...), consistentes en que la hora de almuerzo fuera incluida dentro de la jornada de trabajo como una hora laborada». Dicha imposición tuvo como consecuencia que la jornada laboral de los trabajadores de la contratista disminuyera en una hora diaria, lo cual tuvo un impacto en tiempo productivo y dinero que no estaba previsto cuando se presentó la oferta inicial y que generó un desequilibrio contractual.

Para acreditar su dicho la memorialista se apoya en el memorando del gerente general de Termotécnica a su personal, por medio del cual informa que, en razón de la decisión adoptada por Occidental Andina, la jornada laboral estará establecida, a partir de la fecha (se desconoce cuál), de 7:00 a.m a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., señalando claramente que entre las 12:00 m y de 2:00 p.m. se tendría el periodo de alimentación¹⁶. También alude al documento del 21 de mayo de 2013, que contiene un Acta de Acuerdo entre Occidental Andina y la USO respecto de la aplicación de la directriz sobre jornada laboral, y con base en la cual la petrolera se compromete a que sus contratistas pagarán por una sola vez el equivalente a 59 horas de tiempo extraordinario, y a que a partir del 1º de mayo se daría cumplimiento a la disposición establecida que define la jornada continua de los trabajadores¹⁷.

Termotécnica sostiene que esta situación se hizo saber al interventor del contrato en comunicación del 30 de abril

¹⁶ Fl. 745 Cuaderno 2.

¹⁷ Fl. 715 Cuaderno 2.

de 2013, por medio de la cual se explicaba por qué razón, a pesar de que la empresa suministraba a sus trabajadores el almuerzo en un lugar específico dispuesto para ello, la jornada era discontinua y no podía incluirse esa hora dentro de la jornada diaria laboral. Sin embargo, hace saber que daría cumplimiento a la directriz y pagaría las 59 horas de tiempo extraordinario, advirtiendo que la decisión le generaba sobrecostos que debían ser renegociados.

Lo primero que debe decirse es que las actas de 21 de mayo de 2013 no muestran un acuerdo entre la petrolera y el sindicato respecto a la inclusión de la hora de almuerzo dentro de la jornada laboral, sino el cumplimiento de una directriz dada a los contratistas -que proviene a su vez de la exigencia de Ecopetrol- respecto a los criterios que debían tenerse en cuenta a la hora de determinar la jornada laboral de los trabajadores de la industria.

Si se busca en las demás pruebas obrantes en el expediente el antecedente de las referidas actas, se encuentra que fue la Dirección de Relaciones Laborales de Ecopetrol la que el 15 de noviembre de 2012 envió circular a sus vicepresidentes, gerentes, superintendentes, funcionarios autorizados y administradores de contratos, por medio de la cual daba indicaciones en cuanto a la jornada laboral y al auxilio de alimentación en las actividades contratadas¹⁸.

¹⁸ Fl. 1422, Cuaderno 3.

Respecto a la jornada de trabajo, Ecopetrol establecía que **los contratistas dentro de su autonomía debían establecer si la jornada laboral de sus trabajadores era continua o dividida en dos secciones**, respetando las regulaciones normativas. En ese sentido, instruyó a los administradores de contratos para que a partir del 1º de diciembre de 2012, los contratistas tuvieran en cuenta **los criterios** que ahí se exponían para determinar si la jornada era o no continua.

En tal sentido, uno de los criterios tenidos en cuenta para que la jornada se entendiera como continua era que los trabajadores consumieran la alimentación en los lugares dispuestos por el empleador. Indicaba Ecopetrol que en caso de que la jornada fuera continua, debía reconocerse el tiempo de toma de alimentos en la jornada de trabajo diaria y el trabajador estar disponible para atender los requerimientos del empleador, toda vez que ese lapso hacía parte de su jornada de trabajo. Cuando no se cumplieran esos criterios y se estableciera la jornada dividida en dos secciones, el tiempo de interrupción no haría parte de la jornada de trabajo y no se reconocería dentro de aquella.

Con base en dicha directriz de Ecopetrol, Oxyandina transmitió a las empresas contratistas y subcontratistas que operaban en el Campo La Cira Infantas la necesidad de acatar los criterios establecidos en la determinación de la

jornada laboral de sus trabajadores, mediante comunicado del 16 de abril de 2013¹⁹.

Bajo ese entendido, Termotécnica expidió dos comunicados respecto a la jornada laboral: el primero es el ya mencionado comunicado sin fecha, pero emitido en respuesta del 16 de abril de 2013, en el cual la contratista indicaba que el horario de sus trabajadores sería de 7:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., siendo destinado el intermedio al periodo de alimentación, esto es, estableciendo una jornada discontinua. El segundo es el de fecha 27 de mayo de 2013, por medio del cual la contratista informaba a Oxyandina que una vez analizados el clima laboral, la logística de desplazamiento y el impacto que tendría la determinación respecto al avance de la obra, se establecía como jornada laboral de sus trabajadores el horario de las 7:00 a las 17:00 horas²⁰, esto es, jornada continua.

Esto evidencia que Termotécnica tuvo la autonomía para fijar la jornada laboral de sus trabajadores, lo que ocurre es que esa autonomía no era ilimitada en la medida en que debía cumplir con las leyes laborales sobre el particular. Así, el criterio respecto a la jornada continua o discontinua, contenida en la directriz de Ecopetrol, responde a lo establecido en el artículo 167 del Código Sustantivo del Trabajo²¹ y su adecuada interpretación de acuerdo con la

¹⁹ Fl. 1543 y ss, Cuaderno 4.

²⁰ Fl. 753 Cuaderno 3.

²¹ **CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. ARTICULO 167. DISTRIBUCION DE LAS HORAS DE TRABAJO.** Las horas de trabajo durante cada jornada deben distribuirse al menos en dos secciones, con un intermedio de descanso que se adapte racionalmente a la naturaleza del trabajo y a las necesidades de los trabajadores. El tiempo de este descanso no se computa en la jornada.

jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Laboral²² de esta Corporación.

Así las cosas, no puede la actora atribuir a la contratante culpa alguna al transmitir los lineamientos y criterios de Ecopetrol -operador del campo petrolero- a tener en cuenta en la determinación de la jornada laboral de los trabajadores y al exigir su cumplimiento, cuando ello responde a una aplicación garantista y *pro operandi* del artículo 167 del estatuto del trabajo y de la interpretación del máximo órgano de la justicia ordinaria en la especialidad.

Por otra parte, debe recordarse que la casacionista atribuyó la *modificación* de la jornada laboral de sus trabajadores a una imposición unilateral producto de un acuerdo entre Occidental Andina y la Unión Sindical Obrera.

De las actas aportadas lo que se encuentra en realidad es que la petrolera y el sindicato llegaron a dos acuerdos: el primero, que los trabajadores de las empresas contratistas -

²² En efecto, en sentencia de 14 de agosto de 2007, dicha Sala se pronunció respecto a dicho canon: «*Esa jornada debe estar conformada por dos secciones independientes, separadas por un intermedio cuya duración es ajena al cómputo del tiempo que el trabajador debe invertir en la prestación del servicio, de modo que entre la hora de inicio de la labor y la de terminación de la misma transcurre diariamente un tiempo superior al fijado como límite de la jornada pues a ésta habría que adicionarle el lapso del descanso aludido. La ley (artículo 167 C.S.T.) solo incluye como tiempo deducible del período de trabajo el de la interrupción mencionada, lo que significa que los otros descansos que se producen en su transcurso no tienen tal tratamiento y ello permite concluir que no son descontables de la duración de la jornada. (...) Por tanto y de acuerdo con lo señalado, el entendimiento del artículo 21 de la ley 50 de 1990 dentro del marco de los artículos 161 y 167 del C.S. del T., el primero subrogado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990, conduce a tener por descontable del tiempo de jornada, el destinado a la interrupción legal que la divide en dos secciones, y no tener por deducible, salvo acuerdo en contrario, el lapso ocupado por otros descansos originados en la decisión del empleador o en el acuerdo de las partes del contrato, los cuales por tanto, aunque no representen la prestación efectiva del servicio, forman parte de la jornada, en los cuales se entiende que media una disponibilidad del trabajador que le permita atender de inmediato los requerimientos especiales que imponga la adecuada atención de su trabajo.*» (CSJ SL 2007 14 ago. Exp. 30461).

entre ellas Termotécnica- podían presentar reclamaciones a Oxyandina sobre el cumplimiento de las normas laborales por parte de aquellas, y el segundo, que en acatamiento de las directrices respecto a los criterios sobre jornada laboral, se pagarían 59 horas extras a los trabajadores de las contratistas por no haberse implementado con anterioridad, y, en adelante, se garantizaría su plena observancia.

Lo anterior demuestra que el acuerdo entre la petrolera y la USO no contempló la modificación unilateral de la jornada de trabajo, como se alega, sino la efectiva aplicación de las directrices impartidas por Ecopetrol sobre los criterios que debían tenerse en cuenta al momento de determinar la jornada laboral de los trabajadores. Por otra parte, está acreditado que el valor de esas 59 horas extras acordadas entre Occidental Andina y la USO fue asumido por la petrolera contratante a través del mecanismo de gastos reembolsables, de modo que no se trata de un concepto que haya sufragado Termotécnica²³.

3.5.4. La emisión tardía de los permisos diarios de trabajo por parte de Occidental Andina LLC. Sostiene la actora que la demora injustificada por parte de la empresa contratante en la emisión de los permisos diarios de trabajo generó graves retrasos en su cronograma de actividades y mayores costos para el proyecto, atribuyendo dichas demoras a la apertura de permisos después de las 7:00 a.m.

²³ Al respecto ver: pago reembolsable aprobado por tal concepto, Fl. 1437 y 1438, Cuaderno 3, así mismo, comunicación de 27 de mayo de 2013, en la que Occidental Andina informaba que sufragaría dicho valor y daba instrucciones sobre el reembolso de dicho pago: Fl. 750 y 751, Cuaderno 2. Dicho reembolso fue además aceptado por Janeth Angulo (administradora de obra de Termotécnica) en su testimonio.

Para probar lo dicho, resalta las bitácoras de trabajo de los días 10, 11 y 12 de octubre de 2012 (los permisos se abrieron a la 1:00 p.m. los dos primeros días y a las 10:00 a.m. el último), y argumenta que era obligación de la contratante «*estar a tiempo en el campo para aprobar oportunamente los permisos diarios*».

Pues bien, aunque es cierto que las bitácoras de trabajo de los tres días del mes de octubre de 2012 señalados por la actora muestran el inicio de labores mucho después de las 7:00 a.m., también lo es que la tardanza en esos días específicos no se debió a que los funcionarios dispuestos por la contratante no estuvieran a tiempo, como lo sostiene el alegato de la actora, sino a situaciones de seguridad que retrasaron el inicio de la jornada: el 10 de octubre se reportó que el terreno estaba blando por lluvias, y los días 11 y 12 se dejó constancia de lluvias, superficie resbalosa y encharcamientos en el área.

Debe tenerse en cuenta que conforme a las obligaciones contractuales (Anexo D2, cláusula 8.5), Termotécnica debía contar con un Coordinador HSE, encargado de todo lo relacionado con seguridad industrial, salud ocupacional y protección ambiental, quien sería «*el responsable de abrir los permisos de trabajo diarios y una vez terminada la jornada será el responsable del cierre*»²⁴. Así mismo, el Anexo F del contrato²⁵ establece los Requisitos HES para Contratistas, señalando en su numeral 13 que «*el contratista debe tener establecido un*

²⁴ Fl. 616 Cuaderno 2.

²⁵ Fl. 764 Cuaderno 2.

sistema de permisos de trabajo y realizar entrenamiento referente al sistema de permisos de trabajo de OXY (...)»; y además, en la Guía relacionada con los permisos de trabajo²⁶ se describen los diferentes tipos de autorizaciones y se incluyen diagramas con su paso a paso, de modo que no puede alegarse que las exigencias administrativas que el trámite suponía eran una situación imprevista para la opugnante, pues el mismo se encontraba plenamente establecido desde los inicios mismos del contrato y detalladamente descrito en los manuales de seguridad y salud en el trabajo, que hacen parte del convenio que vinculó a las partes.

Además, en las pruebas aportadas por la actora no se evidencian las demoras que califica de *injustificadas* en la expedición de los permisos de trabajo; por el contrario, lo que muestran es que en las otras fechas en las que también hubo algunos retrasos, el motivo consignado siempre estuvo relacionado con lluvias²⁷, lo que constituye una situación previsible cuando se ejecutan trabajos al aire libre y que no encuentran relación con la ausencia de la contratante para otorgar los permisos o su tardanza injustificada.

Por ejemplo, véase que el formato de avance diario de obra correspondiente al 18 de octubre de 2012²⁸ informa que la apertura de permisos se dio a las 7:00 a.m. pero que las

²⁶ Fl. 851 Cuaderno 2

²⁷ Entre los folios 1008 y 1080 del Cuaderno 2 pueden verse varios formatos de avance diario de obra, con anotaciones como estas: 22/09/12: cerramiento provisional por lluvias, superficie resbalosa, permisos 8:00 a.m., 25/09/12: permisos 8:30 a.m. por lluvias en la mañana, 02/10/12: permisos 7:30 a.m. por lluvias en la mañana; 16/10/12: apertura permisos 7:30 a.m. se suspenden actividades por lluvias, peligro por superficie resbalosa; 12/12/12: apertura de permisos 7:00 a.m., lluvias en la madrugada y de 10:00 a 10:30 a.m., representaron una improductividad de 1 hora, entre otras.

²⁸ Fl. 1026 y 1027 Cuaderno 2.

actividades se iniciaron a la 1:00 p.m. debido a las condiciones del terreno: *«apertura de permisos 7:00 a.m. / las lluvias de la mañana no permitieron condiciones de seguridad adecuadas para el tránsito de volquetas en el día»*. Igualmente, el día 15 de noviembre siguiente²⁹ se informa que la apertura de permisos se dio a las 7:00 a.m. pero que hasta las 9:00 a.m. se presentaron lluvias, o el 22 de noviembre siguiente³⁰, cuando se consignó: *«apertura de permisos 7:00 a.m. / se presentaron lluvias en la madrugada y media hora en el día que permitieron solo laborar en la jornada de la tarde, debido a que en la mañana se realizó evacuación de aguas estancadas y secado manual de la plataforma»*.

Así las cosas, no se acreditó la alegada ausencia del personal de la contratante para emitir los permisos, tampoco una demora injustificada en dicho trámite, por el contrario, los medios de convicción aportados con dicho fin permiten concluir que en las fechas en que se presentaron los retrasos en el inicio de actividades, hubo situaciones de seguridad industrial que exigieron la postergación de las actividades planificadas, lo cual no supone en modo alguno la culpa grave de la que se acusa a la contratante.

3.5.5. Las vías de hecho de la Unión Sindical Obrera y de la comunidad aledaña al proyecto. Sostiene la casacionista que las *vías de hecho* que afectaron la normal ejecución del proyecto estaban directamente relacionadas con la gestión social del mismo a cargo de Oxyandina, cuya acción insuficiente provocó los ceses de actividades, mítines

²⁹ Fl. 1034 Cuaderno 2.

³⁰ Fl. 1043 Cuaderno 2.

y bloqueos y que, por esa misma razón, no se les puede atribuir un carácter laboral. Afirma que se trató de hechos de terceros que exceden las previsiones, responsabilidades y control de la contratista, más aún cuando no provenían de conflictos laborales con los trabajadores de Termotécnica, sino, insiste, de la gestión social del proyecto.

Sea lo primero señalar que la gestión social del proyecto, que a decir de la casacionista era responsabilidad exclusiva de la contratante, era una actividad regulada por el Anexo H del contrato³¹, el cual expresamente establecía que los requisitos de responsabilidad social de Occidental Andina eran aplicables a sus contratistas durante el desarrollo de sus labores. La cláusula 27 del Anexo I- Cuerpo del Contrato³², establece que las prácticas de responsabilidad llevadas a cabo en Oxyandina buscan proteger las comunidades vecinas y respetar las normas legales, culturales, sociales y éticas de las comunidades en donde se estén prestando los servicios, y por ende, sus contratistas tienen especiales responsabilidades, entre las que se encuentran dar a conocer a las comunidades vecinas los impactos asociados con su actividad (cláusula 27.2.3), generar medidas para minimizar los impactos sociales que se puedan generar en virtud del contrato (cláusula 27.2.4) o contratar la mayor cantidad posible de personal, bienes y servicios de la zona de influencia de sus actividades (cláusula 27.2.7), entre otras.

³¹ Fl. 1085, Cuaderno 2.

³² Fl. 573 Cuaderno 2.

Así mismo, en el Anexo A – Obligaciones Especiales del Contratista³³, la actora adquirió la específica obligación de contratar la mayor cantidad posible de personal de la zona como parte de la responsabilidad social del proyecto. En tal virtud, la premisa de la que parte la casacionista no corresponde con la realidad contractual, puesto que la gestión social del proyecto era también su responsabilidad a la luz de lo convenido.

Pero, además, con dicha argumentación se busca desvirtuar el carácter laboral de tales hechos, toda vez que las *huelgas, paros o disturbios laborales en general* fueron contractualmente establecidos como una excepción a la fuerza mayor, cuyo riesgo asumía directamente la empresa contratista (cláusula 22.5 del contrato). Sin embargo, las probanzas muestran que las reivindicaciones de la comunidad, que generaron bloqueos y cese de actividades, si tenían carácter laboral y no de gestión social, como se afirma. Veamos:

La comunicación del 24 de enero de 2013³⁴, enviada por Termotécnica a la interventoría, señala que un grupo de activistas de la comunidad bloquearon el ingreso de personal «*aduciendo que se tenía personal laborando que no era de las comunidades*». Los escritos siguientes hacen referencia a los días de anormalidad laboral en el mes de mayo de 2013 y a las sendas constataciones de cese de actividades por parte de la inspección de trabajo, así como a la suspensión de los

³³ Fl. 595 Cuaderno 2.

³⁴ Fl. 1094 Cuaderno 2.

contratos a causa de la huelga que los trabajadores sostuvieron en ese mes.

En las referidas actas de la inspección del trabajo³⁵, se puede constatar lo siguiente: el 11 de enero de 2013, el motivo del bloqueo de la comunidad es aclarar la contratación del personal de Termotécnica, el 6 de mayo la USO promovió bloqueos hasta tanto las empresas contratistas no reconozcan el pago de la hora de almuerzo dentro de la jornada laboral, del 7 al 14 de mayo los ceses fueron por motivo de la asamblea permanente de la USO.

Siendo la Unión Sindical Obrera la asociación que reúne a los trabajadores de la industria del petróleo, no es de recibo sostener que las acciones impulsadas por dicho sindicato en el campo petrolero La Cira Infantas, donde se ejecutaba el contrato en cuestión, no tuvieran un carácter laboral.

Pero incluso, si en gracia de discusión se aceptara que las reivindicaciones podían estar relacionadas con la gestión social del proyecto (véase el acta de fecha 5 de marzo de 2013, donde el motivo del cese era que no se había dado participación a la comunidad en los contratos que se venían ejecutando), debe recordarse que según el contrato dicha gestión era también responsabilidad de la contratista, quien tuvo reclamaciones directas por la contratación de personal no perteneciente a la comunidad, siendo esa una obligación

³⁵ Al respecto ver actas obrantes a folios 1109 a 1127 Cuaderno 2.

que adquirió en virtud de las exigencias de responsabilidad social establecidas por Occidental Andina.

En tal virtud, las pruebas denunciadas en la censura no acreditan que las llamadas *vías de hecho* se hayan debido a reclamaciones por la gestión social del proyecto a cargo de la petrolera y, por el contrario, ratifican su carácter laboral. Especialmente contundente es el comunicado de 9 de mayo de 2013³⁶ en el que Termotécnica informa a la contratante la razón de ser de diferentes ceses de actividades:

El 29 de abril el cese se dio por el fallecimiento de un líder de la comunidad, y el 2 de mayo siguiente los trabajadores participaron en una marcha pacífica por dicho deceso, el 3 de mayo siguiente representantes de la USO se presentaron en la obra pidiendo explicaciones a Termotécnica respecto al pago retroactivo de la hora de almuerzo como parte de la jornada laboral y debido a ese cese, no se pudieron programar actividades para los días 4 y 5 de mayo siguiente (fin de semana). El 6 de mayo el inspector de trabajo constató que los trabajadores de Termotécnica, pese a estar en el sitio de trabajo, no adelantaron actividad laboral alguna.

En la referida comunicación, Termotécnica reconoce que los ceses de actividades de sus trabajadores directos, está «*motivado por la directriz emitida por OXYANDINA el pasado 16 de abril de 2013*», es decir, por la implementación de los

³⁶ Fl. 1448 Cuaderno 3.

lineamientos sobre jornada laboral, a los que ya se ha hecho referencia. Además, informa que pese al compromiso de la USO de normalizar actividades (gracias al acuerdo de reconocimiento de las 59 horas extras ya referido), «los trabajadores de TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A., se presentaron el día 23 de mayo en horas de la mañana en el lugar de trabajo, reacios a iniciar sus labores, y atendieron las arengas que la organización sindical protagonizó en el campo. Posteriormente líderes de la organización sindical, solicitaron reunión con directivas de la empresa (...). En la reunión precitada la organización sindical elevó 3 solicitudes puntuales, señalando que la imposibilidad de arreglo de las mismas generaría nuevamente un cese de actividades. Tales solicitudes fueron: - retiro del campo del Director de Proyecto Walter Soto. – Fórmulas de arreglo para el reconocimiento parcial de los salarios dejados de percibir durante el cese de actividades. – Reintegro de dos trabajadores de la comunidad».

En tal virtud, las que la casacionista llama *vías de hecho* por la gestión social del proyecto son en realidad *bloqueos, paros y disturbios laborales en general*, que contractualmente se definieron como excepción a la fuerza mayor y cuyo riesgo asumió en forma directa la contratista. Por lo anterior, las pruebas aportadas no desvirtúan el carácter laboral de tales reivindicaciones y, por ende, no puede trasladarse su riesgo a la contratante, cuando en virtud del acuerdo de voluntades estaba e cabeza de Termotécnica.

3.5.6. La fuga de sulfuro de hidrógeno en el campo. La censora sostiene que la fuga de sulfuro de hidrógeno los días 6, 11 y 26 de febrero de 2013 generó un impacto económico debido a que se debió evacuar el personal y se incurrió en

gastos adicionales no previstos en la oferta inicial, en la medida en que debieron adquirirse máscaras especiales para los trabajadores a fin de mitigar el impacto tóxico de los gases emitidos.

En este punto, sostuvo que dentro de la ejecución del contrato no se tenía previsto que los trabajadores tuvieran contacto alguno con dicho gas tóxico, cuya propagación es responsabilidad exclusiva de la contratante, toda vez que se produce a raíz de la explotación de crudo en la zona. Para acreditar lo dicho, se aportaron correos electrónicos en los que se da cuenta del suceso y se informa la necesidad de evacuar temporalmente al personal y de utilizar mascarillas, sin embargo, nada prueban respecto al incumplimiento contractual que por esa razón la contratista endilga a la petrolera.

Ahora bien, el Anexo F del contrato, contentivo del Manual de Requerimientos HSE del contratista y que fue aportado por la propia demandante, contiene una guía expresa de protección contra el sulfuro de hidrógeno³⁷, cuyo objetivo es establecer normas para la protección de empleados, contratistas y público contra los peligros relacionados con este gas, que según la definición contenida en dicha guía, se encuentra asociado con fluidos encontrados en operaciones de producción o proceso de petróleo y gas. Dicho manual establece también planes de contingencia para el sulfuro de hidrógeno y establece los elementos de

³⁷ Fl. 825 Cuaderno 2.

protección personal, entre ellos, elementos de protección respiratoria como máscaras.

Lo anterior evidencia que la posible emisión de sulfuro de hidrógeno en un campo de explotación petrolera como La Cira Infantas era una situación no solo previsible, sino contemplada en los manuales de seguridad industrial, debido, precisamente, a la probabilidad de ocurrencia. Si a esto se le suma la obligación contractual asumida por Termotécnica, relacionada con garantizar la protección de los trabajadores en caso de que exista riesgo en el área de trabajo (cláusula décima del contrato), no se puede tener el evento como imprevisible ni el gasto en mascarillas de seguridad como inesperado.

Adicionalmente, las pruebas aportadas por la actora no permiten establecer la duración de las horas no laboradas a causa de las emergencias señaladas³⁸, e incluso, si en gracia de discusión se acepta el cese de labores durante los tres días en que aquellas ocurrieron, los medios de convicción relacionados no muestran cómo esos tres días incidieron en el retraso de un cronograma de actividades que a la postre tardó aproximadamente 7 meses más de lo planeado. Tales probanzas tampoco permiten concluir que la fuga de gas se haya debido a negligencia de la contratante, lo que impide calificar el evento como culposos.

³⁸ La declaración del ingeniero Julio Josué Figueroa permite concluir que la evacuación se dio por unas pocas horas cada día, lo que no genera ningún impacto relevante en el plan de trabajo. Audiencia del 6 de marzo de 2018.

3.5.7. La entrega tardía de la ingeniería básica, equipos y planos. La contratante afirma que Occidental Andina entregó en forma tardía la definición de la ingeniería básica de algunas obras, los planos certificados de los proveedores y la entrega de algunos equipos, de lo que según sostiene la recurrente, dejó constancia en las comunicaciones TC-ITA-COM-116F-125, 126, de fecha 20 de agosto y 3 de septiembre de 2013, respectivamente.

En dichas comunicaciones ciertamente la contratista afirma que *«hubo retrasos en la llegada de equipos y materiales, responsabilidad de OXY que afectaron la ejecución de nuestro montaje»* y que *«a la fecha Termotécnica no ha recibido aún los espárragos solicitados desde el 06 de Julio, la gestión de compra desde el 9 de Agosto y entrega oportuna de los materiales es responsabilidad de OXY, lo cual ha retrasado en 10 días la ejecución de las pruebas hidrostáticas»*.

Esos oficios, sin embargo, son la respuesta directa de Termotécnica a las que previamente había enviado la interventoría (ITC-TER-COM-116F-134, 136 y 140). Esta última, por ejemplo, expresamente indica que la contratista no incluyó dichos materiales dentro del listado de requerimientos quincenales, señalando que se ha evidenciado que en ocasiones no adjunta dicho listado o anexa el de la semana anterior sin depurar la información, siendo la llegada tardía de dichos materiales -espárragos- responsabilidad de la contratista, quien no los solicitó³⁹.

³⁹ Se hace referencia a estos materiales en particular –espárragos- debido a que en la declaración del Ingeniero Walter Soto se hizo constante referencia a su entrega tardía como ejemplo de incumplimiento de la contratante. Audiencias del 25 de octubre de 2017 y del 6 de marzo de 2018.

Además, consta en el expediente que la ingeniería básica fue entregada a los oferentes desde el momento mismo en que se les envió el pliego de condiciones de cara a la licitación⁴⁰. Si bien es cierto que al inicio del contrato fue necesario realizar otro tipo de actividades no contempladas en la oferta inicial, como la remoción de suelos y adecuación de terrenos⁴¹ donde debían montarse las obras contratadas, también lo es que esas obras adicionales fueron debida e íntegramente pagadas por la contratante, al punto que el valor final del contrato superó extensamente el valor inicialmente pactado.

Respecto a este alegado incumplimiento, las declaraciones aportadas por la actora lo atribuyen a una falta de planeación de Oxyandina, mientras que los testimonios recibidos a instancia de la convocada señalan que la falta de planeación vino de la contratista, quien presentó retrasos desde el inicio mismo de la ejecución contractual. Las pruebas documentales, por su parte, no permiten tener por demostrado el nexo de causalidad entre la mayor permanencia en la obra y los supuestos retrasos de la contratante en la definición de ingeniería, la entrega de planos certificados de proveedores y equipos.

Sobre el particular, encuentra la Sala múltiples comunicaciones dirigidas por la contratante y la interventoría a la actora, señalando constantes retrasos en

⁴⁰ Cfr declaraciones de Guillermo Figueroa –audiencia de 15 de octubre de 2017- y Julio Josué Figueroa –audiencia de 6 de marzo de 2018-.

⁴¹ Cfr declaraciones de Guillermo León González –audiencia de 14 de septiembre de 2017-, Walter Soto – audiencias de 25 de octubre de 2017 y 6 de marzo de 2018- y Julio Josué Figueroa –audiencia de 6 de marzo de 2018-.

las actividades de construcción por la entrega tardía de la ingeniería de detalle a cargo de Termotécnica, no conformidades por incumplimiento de compromisos adquiridos, no conformidades por no entrega del plan detallado de trabajo, falencias en aspectos de control y aseguramiento de calidad de obra, incumplimiento en terminación de actividades mecánicas, incumplimiento de especificaciones técnicas, corrección de planos finales, entre otras⁴².

Especialmente relevantes son las siguientes comunicaciones dirigidas por Occidental Andina a Termotécnica: *(i)* en primer lugar, la del 3 de diciembre de 2012⁴³, donde la contratante reitera que Termotécnica tenía conocimiento del nivel de detalle de la ingeniería disponible al momento de realizar la oferta global para el contrato e informa los retrasos existentes a la fecha en varios de los frentes contratados, y *(ii)* la comunicación de 4 de febrero de 2012⁴⁴, donde la contratante pone de presente el retraso en la ejecución, la no garantía de personal mínimo contratado, falta de personal, falta de planeación, demora en el inicio de ejecución de obras, falencia en el desarrollo de planes de construcción, retraso en el desarrollo de la ingeniería a cargo de Termotécnica y la imposibilidad de cumplimiento del plan detallado de trabajo acordado dentro del plazo contractual.

⁴² Cfr. Fl. 1363 a 1431, Cuaderno 3.

⁴³ Fl. 1455, Cuaderno 3.

⁴⁴ Fl. 1460, Cuaderno 3.

En tal virtud, al no acreditarse a plenitud la necesaria relación de causalidad que debe existir entre la conducta de la demandada y la mayor permanencia en la obra por las definiciones y retrasos aquí denunciados, no puede sostenerse que con las pruebas obrantes en el expediente se ha acreditado indiscutiblemente la responsabilidad contractual de la convocada.

3.5.8. El señalamiento e imposición de personal por parte de la contratante. Sostiene la casacionista que la mayor permanencia en la obra se debió también al señalamiento por parte de la contratante del personal que debía vincularse al proyecto, el cual resultó altamente ineficiente. Indica que la petrolera sobrepasó sus facultades contractuales, pues la contratista era autónoma en la elección de sus trabajadores y pese a ello, Oxyandina determinó unilateralmente la vinculación del personal del contratista. Sostiene que mientras la contratación de miembros de las comunidades aledañas era una simple facultad de Termotécnica, lo cierto es que la contratante impuso la vinculación del total del personal perteneciente a la comunidad, incluso desconociendo los perfiles académicos y de experiencia requeridos.

Si bien la recurrente señala que la petrolera desplazó a la contratista en su autonomía contractual de elegir y vincular libremente el personal calificado y no calificado al servicio del proyecto, lo cierto es que las pruebas que ella aportó no respaldan esa afirmación, pues se apoyan en una comunicación que la demandante dirigió a la interventoría el

24 de enero de 2013, poniendo de presente las protestas de la comunidad ante Termotécnica porque tenían personal laborando que no era de la zona, lo que la llevó a realizar nuevos procesos de selección de personal.

Esta circunstancia en modo alguno permite concluir una imposición de personal de parte de la petrolera, ni la usurpación de la función de selección de personal que contractualmente estaba en cabeza de la contratista. Además, debe tenerse en cuenta que la libertad y autonomía de Termotécnica en la selección del personal debía tener en cuenta los compromisos que contractualmente asumió sobre el particular.

Recuérdese que en la cláusula 8.3 se consagró la obligación de la contratista de seleccionar el 100% de la mano de obra no calificada de entre la comunidad aledaña al proyecto, supeditada esta obligación a que dicha mano de obra exista y esté disponible, lo que significa que Termotécnica podría contratar personal ajeno si no se cumplía alguna de esas condiciones.

Esa misma obligación contractual se extendía a la mano de obra calificada, en cuya contratación se daría prioridad a personal calificado, técnico o profesional de la comunidad, en la medida en que existiera y estuviese disponible. En tal virtud, la contratación de personas de la comunidad aledaña al campo La Cira Infantas no fue una imposición unilateral de la petrolera en desconocimiento de la autonomía de la

contraparte, sino que se trató de una obligación contractual que debía ser honrada.

De las pruebas denunciadas no se desprende la exigencia de contratación de personal sin cumplimiento de los requisitos de formación y experiencia por parte de Oxyandina, con lo que lo dicho no pasa de ser una mera afirmación de la actora, quien, además, tenía a su cargo la obligación de seleccionar al personal y verificar el cumplimiento de requisitos.

3.5.9. El impago del gasto reembolsable de transporte.

Afirma la demandante que el transporte del personal durante la ejecución del contrato fue suministrado por ella, y que era un gasto reembolsable que debía pagar la contratante, el cual ascendía a la suma de \$1.231'200.676 para el año 2016. Dicha afirmación está soportada en la cláusula 1.7.2. del Anexo A del contrato, conforme a la cual los vehículos que la contratista requiera para la prestación de los servicios objeto del contrato se reconocerán por el sistema de gastos reembolsables.

Revisado el acuerdo de voluntades se encuentra que la cláusula 4.17 del Anexo I- Cuerpo del Contrato⁴⁵, establece:

«Si el CONTRATISTA incurrió en Costos Reembolsables, deberá presentar mensualmente a OXY, en la moneda de pago que se haya pactado en este CONTRATO U ORDEN y dentro de los diez (10) primeros días del mes calendario siguiente a aquel en que se ejecutaron los mismos, una factura de venta que tendrá como

⁴⁵ Fl. 573 Cuaderno 2.

anexos la relación de Costos Reembolsables del mes a facturar (...). Dicha factura deberá estar sustentada por la solicitud de OXY aprobada por el Gerente del área responsable o por el Gerente de Distrito, así como por las facturas y/o recibos originales de las compras o pagos realizados debidamente diligenciados y las cotizaciones que sirvieron de base para la aprobación de los Costos Reembolsables. Dichas facturas y/o recibos, deberán llevar la firma del Representante de OCY, en señal de recibo satisfactorio de tales servicios. El CONTRATISTA incluirá además una tabla que relacione el monto acumulado de los Costos Reembolsables facturados desde el inicio del CONTRATO U ORDEN a la fecha».

Sin embargo, ninguna prueba se allega para acreditar lo afirmado en cuanto al impago de los gastos de transporte, pues en ninguno de los medios de convicción consta el cumplimiento de este procedimiento y, por el contrario, brillan por su ausencia las autorizaciones previas de Occidental Andina y las facturas de venta que mes a mes debía presentar Termotécnica para obtener el reembolso correspondiente.

La absoluta falta de trazabilidad respecto al cumplimiento del procedimiento contractualmente establecido para que fuera reconocido el pago de los llamados costos reembolsables impide tener como cierta la deuda, de la cual, se insiste, no se aporta prueba alguna. Sumado a ello, debe tenerse en cuenta que dicho rubro quedó a cargo del contratista, quien debía suministrar el transporte de su personal y equipos por su cuenta y riesgo, tal como se establece en la cláusula 2.3 del Anexo A del contrato.

Así mismo, en la adenda del 17 de mayo de 2012⁴⁶, aclaratoria del pliego de condiciones entregado por Oxyandina a las posibles oferentes, se especificó que el valor del transporte debía incluirse dentro del desglose de la mano obra, de modo que Termotécnica incluyó ese rubro dentro del análisis de precios unitarios presentados con su respectiva oferta.

Esta situación fue reconocida por el representante legal de la convocante, quien manifestó en su interrogatorio que el transporte se facturaba como un ítem dentro de los referidos precios unitarios, y que el que se cobraba con la demanda era el transporte utilizado durante el mayor tiempo de permanencia de la obra⁴⁷ situación inadmisibles de cara a los acuerdos contractuales respecto a la forma de pago.

Para finalizar, debe resaltarse que en las actas de finalización del contrato no se hace referencia a saldos pendientes a cargo de la contratante por este concepto, lo que impide tener por demostrado un impago de un rubro que, según los documentos aportados, no fue autorizado como gasto reembolsable por la contratante ni facturado como tal por parte de Termotécnica, y, por el contrario, se encontraba incluido en el desglose de la mano de obra incluida en los precios unitarios pactados en el contrato.

3.5.9. Este análisis demuestra cómo las pruebas obrantes en el expediente no permiten colegir un

⁴⁶ Fl. 1499 Cuaderno 3.

⁴⁷ *Cfr.* Declaración de parte del ingeniero Francisco Vélez en audiencia de 24 de julio de 2017.

comportamiento culposo de la contratante que haya generado el incumplimiento de sus obligaciones, acreditación indispensable en tratándose de una reclamación por responsabilidad civil contractual.

Si bien no se desconoce que hubo múltiples retrasos en la ejecución de las obras contratadas, el acervo probatorio no permite concluir que ello se haya debido a la inobservancia de los débitos prestacionales de Occidental Andina, en cambio sí consta la existencia de siete otrosíes, a través de los cuales se modificaron los plazos contractuales, ampliándolos, y las tarifas fijadas en el sistema de pago de precios unitarias, aumentándolas en favor del contratista, lo cual, como bien concluyó el Tribunal, es compatible con los postulados de la buena fe, conclusión de la sentencia impugnada que tampoco fue combatida en modo alguno por los recurrentes extraordinarios.

3.5.10. Así las cosas, incluso aceptándose que el Tribunal dejó de lado la específica alusión de la demanda a la responsabilidad contractual y que en tal virtud no se pronunció respecto a la pretensión resarcitoria elevada por Termotécnica, el yerro es intrascendente, pues incluso si la atención del juzgador se hubiese dirigido al alegado incumplimiento, el mismo no se habría acreditado.

4. Conclusión.

Comoquiera que los ataques formulados en la demanda de casación no resultan formalmente idóneos, es imperativa

la inadmisión de la demanda, como lo dispone el artículo 346-1 del Código General del Proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR INADMISIBLE la demanda de casación presentada por Termotécnica Industrial S.A.S. contra la sentencia de fecha y procedencia indicadas.

SEGUNDO. Por secretaría, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Hilda González Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: D1DFAC0FC794312B9B6530C4497DC173253215BC4F08382A46BAD09D240141BE

Documento generado en 2023-04-28