

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000233600020140047601 (55.144)
Actor: DISMET SAS
Demandado: ECOPETROL SA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - CPACA
Temas: TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO
EXCEPTUADO DEL ESTATUTO DE
CONTRATACIÓN

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato para la gestión técnica de los contratos asociados a los departamentos de operaciones y mantenimiento fluvial y marítimo de la Gerencia de Puertos de la Vicepresidencia de Transporte y Logística de Ecopetrol; la contratante lo declaró terminado unilateralmente al advertir un conflicto de intereses de Dismet SAS por hacer parte de un consorcio que previamente había contratado Ecopetrol como consultor para la gerencia administrativa de los contratos de una de sus regionales. La parte demandante alega que Ecopetrol no tenía facultades para adoptar esa determinación y la primera instancia negó las pretensiones por considerar que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 permitía a Ecopetrol pactar cláusulas excepcionales y expedir actos administrativos, decisión que se revoca por cuanto riñe con el régimen jurídico de derecho privado fijado por la Ley 1118 de 2006 para los actos y contratos de Ecopetrol y no se probó la habilitación contractual para terminar el contrato ni el supuesto fáctico en el que se fundamentó la decisión.

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 6 de julio de 2015 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, resolvió:

“PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. FIJAR como agencias en derecho a cargo de Dismet SAS, y a favor de la parte demandada Ecopetrol S.A., la suma de once millones quince mil quinientos cuarenta y un pesos (\$11.015.541).

TERCERO. NOTIFÍQUESE esta providencia conforme al artículo 202 del CPACA.

CUARTO. Para el cumplimiento de la presente providencia se aplicará el artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se notifica en estrados.” (fl. 172 cdno ppal).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 10 de abril de 2014 la sociedad Dismet SAS promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de Ecopetrol SA con el fin de obtener:

“a. Que se declare la nulidad del acto administrativo consignados (sic) en las comunicaciones 2-2012-093-25190 y del 11 de septiembre, proferido por ECOPETROL SA mediante los cuales se declaró y confirmó el conflicto de intereses de DISMET S.A.S. y por lo tanto, la terminación unilateral y anticipada del contrato N° MA-0013528.

b. Que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto administrativo que dio lugar a la terminación unilateral y anticipada del contrato N° MA-0013528, se ordene a ECOPETROL S.A. a reparar como restablecimiento del derecho dentro de la acción de controversias contractuales, por concepto de daño emergente, el valor en que incurrió para la elaboración de la propuesta y los gastos que efectuó para dar inicio a la ejecución del contrato N° MA-0013528 perfeccionado entre las partes, por valor de NOVENTA MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$90.645.730).

c. Que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto administrativo que dio lugar a la terminación unilateral y anticipada del contrato N° MA-0013528, se ordene a ECOPETROL S.A. a reparar (sic) como restablecimiento del derecho dentro de la acción de controversias contractuales, por concepto de lucro cesante, el 100% de la utilidad pretendida del contrato que fue adjudicado a mi cliente y del cual, se tenía la firme convicción empresarial de percibir según la propuesta del contrato por un valor de MIL DIEZ MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.010.908.436) suma que arroja el análisis del factor multiplicador en lo concerniente al ítem utilidades, que fundamentó la propuesta presentada a Ecopetrol S.A., en los términos del proceso de selección que presidió (sic) la adjudicación.

d. Que se condene en costas, agencias en derecho a ECOPETROL S.A. como demandada en este proceso, de acuerdo al actuar de sus funcionarios.” (subrayado y mayúsculas fijas originales).

Como fundamento fáctico de las pretensiones narró que la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol SA convocó un concurso abierto con el fin de escoger un gestor técnico para los contratos asociados a los departamentos de operaciones y mantenimiento fluvial y marítimo de la Gerencia de Puertos de la Vicepresidencia de Transporte y Logística; el 12 de julio de 2012 Ecopetrol aceptó la propuesta de Dismet SAS y el día 18 siguiente suscribieron el contrato identificado como MA-0013528 por valor de \$4.395.254.069 y con un plazo de ejecución de 254 días calendario, luego de lo cual Dismet SAS incurrió en costos administrativos y ejecutó actividades necesarias para el cumplimiento de lo pactado tales como el arrendamiento y adquisición de equipos de oficina y pago de exámenes de ingreso de personal.

El 1 de agosto de 2012 uno de los oferentes vencidos advirtió a Ecopetrol sobre la existencia de un presunto conflicto de intereses de Dismet SAS, derivado del hecho de ser integrante del Consorcio Epsilon con quien la parte demandada suscribió previamente un contrato de consultoría para la gerencia administrativa de los contratos y/o convenios de la contratante y su grupo empresarial para la regional 3 norte; con fundamento en lo expuesto Ecopetrol emitió la comunicación no. 2-2012-093-25095 por medio de la cual terminó unilateral y anticipadamente el referido contrato MA-0013528.

2. Cargos

Como sustento de las súplicas adujo lo siguiente:

- 1) *Falta de competencia para la imposición de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común*, toda vez que el oficio por medio del cual se terminó el contrato es un acto administrativo unilateral que Ecopetrol no podía dictar en atención al régimen de derecho privado aplicable a los actos y contratos de dicha empresa.

- 2) *Violación del debido proceso, derecho de defensa y al juez natural del proceso*, debido a que Ecopetrol no tuvo en cuenta los argumentos planteados por Dismet SAS con los que desvirtuó el presunto conflicto de intereses ni precisó con suficiencia las presuntas razones de la decisión, esto es, aquellas que

configuraban el supuesto conflicto; aunque se acepte que Ecopetrol podía terminar el contrato debió garantizarse el debido proceso en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de la Ley 1437 de 2011.

3) *Violación a la irrevocabilidad de los contratos y la aceptación de la oferta. Desconocimiento de derechos adquiridos propios y al principio de confianza legítima*, debido a que la aceptación de la oferta de Dismet SAS era irrevocable y el contrato debía cumplirse en los términos pactados.

4) *Inexistencia del conflicto de intereses*, por cuanto la comparación de los objetos contractuales de los acuerdos involucrados no permite verificar que este se presentó.

3. Contestación de la demanda

En el término legal la Empresa Colombiana de Petróleos SA (fl. 113 cdno. ppal.) se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en lo siguiente:

1) Ecopetrol SA se rige por el derecho privado y, por ende, los demandados no son actos administrativos sino actos contractuales dictados con fundamento en las reglas que el contratista conoció y aceptó desde la presentación de la oferta, que permitían a la parte contratante terminar el contrato si se desconocían algunos compromisos adquiridos por su contratista; Dismet SAS manifestó durante el proceso de selección que no estaba incurso en conflicto de intereses para la contratación, que Ecopetrol confió de buena fe en dicha manifestación y suscribió el contrato y, luego, descubrió que ello no era cierto por lo cual dio por terminado el contrato por violación de los compromisos anticorrupción pactados; las partes podían pactar, como lo hicieron, la terminación del contrato por situaciones previamente acordadas por ellas.

2) El régimen contractual de Ecopetrol SA es de derecho privado y se rige por las Leyes 1118 de 2006 y 1150 de 2007, normas que deben preferirse frente al artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

3) La ejecución del contrato MA-0013528 no exigía del contratista implementos o equipos diferentes a los que habitualmente hacen parte del activo de una empresa de consultoría, por lo cual, no es cierto que se hubieran realizado inversiones con el fin de cumplir lo acordado.

4. La sentencia apelada

En audiencia inicial de 6 de julio de 2015 (fl. 163 cdno. ppal.) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A dictó sentencia adversa a las súplicas de la demanda con base en este razonamiento:

1) La decisión demandada es un acto administrativo debido a que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 autoriza el pacto de poderes excepcionales en contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de acuerdo con los correspondientes manuales de contratación; con fundamento en ello se dictaron las decisiones enjuiciadas.

2) La decisión de terminar el contrato por conflicto de intereses estuvo debidamente fundada en las cláusulas 34 y 35 de las condiciones genéricas de contratación de Ecopetrol toda vez que Dismet SAS era integrante del Consorcio Epsilon, con quien suscribió el contrato número 5210295 de 24 de enero de 2011, en el cual se le prohibió suscribir otros negocios con cualquier regional de la contratante.

3) No hubo violación del debido proceso en la expedición del acto demandado; la terminación del contrato no es una sanción y tal posibilidad fue acordada entre las partes.

4) No existía un derecho adquirido a ejecutar el contrato ya que debían observarse las normas que permitían terminarlo anticipadamente.

5) No hay prueba que permita establecer que el campo de aplicación de ambos contratos es distinto y que no concurren, pues, no hay prueba de las áreas de ejecución de cada uno; las funciones del gestor técnico están relacionadas

directamente con la gerencia de los contratos, de modo que sí se presentó el conflicto de intereses advertido por Ecopetrol SA.

6) El CPACA impone condenar en costas a la parte vencida y las agencias en derecho se tasan en el 1% del valor de lo pretendido.

5. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fl. 176 cdno. ppal.) con el fin de que sea revocada y se acojan todas las pretensiones, para lo cual invocó la siguiente argumentación:

1) Los manuales internos de contratación de Ecopetrol, en los que se fundamenta supuestamente la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales, no fueron aportados al proceso, ni mencionados por la demandada en su defensa y mucho menos incorporados legalmente como pruebas; en todo caso, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 no faculta a esas empresas para la imposición unilateral de esas prerrogativas sin intervención del juez.

2) La Ley 489 de 1998 dispone que los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetos al derecho privado.

3) Solo la ley puede autorizar el pacto de cláusulas excepcionales y, por ende, Ecopetrol carece de competencia para decretar unilateralmente la terminación del contrato; el reglamento o el manual interno de contratación no podían conceder esa prerrogativa.

4) No se acreditó el alegado conflicto de intereses porque no se conoce el “*campo de aplicación*” de cada uno de los contratos; la gestión técnica contratada por Epsilon estaba encaminada al aseguramiento de las especificaciones del contrato y no a la verificación del cumplimiento de las obligaciones de los contratos por lo cual no se trataba de una “gestoría administrativa”, además, los contratos no coinciden en el campo de aplicación territorial porque la gestión administrativa contratada por Epsilon únicamente cobijaba contratos de la

regional 3 norte, mientras que la gestión técnica contratada con Dismet SAS abarcaba los contratos de los departamentos de operaciones y mantenimiento fluvial y marítimo de la gerencia de puertos a nivel nacional.

5) Durante la evaluación de las ofertas Ecopetrol verificó que Dismet SAS no estaba incurso en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad.

5. Alegatos de conclusión

En la oportunidad para presentar alegaciones finales, contrario a lo aducido en la contestación de la demanda, Ecopetrol SA manifestó que de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 le era posible incorporar cláusulas excepcionales y que, además, el conflicto de intereses del contratista permitía, según lo pactado, activar dicha competencia (fl. 205 cdno. ppal.); por su parte, la demandante insistió en los argumentos del recurso de alzada (fl. 207 cdno. ppal.) y el Ministerio Público no intervino.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objeto de la controversia

La parte demandante cuestiona la competencia de Ecopetrol SA para decretar unilateralmente la terminación del contrato número MA-0013528 regido por el derecho privado, el procedimiento para adoptar tal decisión y la real configuración del conflicto de intereses que la motivó; para el tribunal, con independencia del régimen del contrato, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 permitía incorporar en este potestades excepcionales, no hubo violación del debido proceso y no se desvirtuó el conflicto de intereses que dio lugar a la terminación del contrato; en el recurso de alzada se insiste en los argumentos de la demanda, particularmente, la falta de competencia para hacer efectiva unilateralmente la estipulación sobre terminación del contrato y la falta de precisión de las razones que la motivaron. En esa perspectiva, la decisión del recurso impone precisar si Ecopetrol SA estaba legal o contractualmente facultada para disponer la terminación del contrato, en qué condiciones y si estas se configuraron.

La Sala revocará la decisión apelada¹ y concederá las pretensiones económicas por considerar que el contrato materia de la litis se rige exclusivamente por el derecho privado y Ecopetrol SA no acreditó contar con la facultad contractual para terminar el contrato ni el supuesto de hecho en el que se fundamentó para hacerlo, carga que le correspondía.

Las razones de la decisión se expondrán en dos partes: en primer lugar, la Sala determinará el régimen jurídico del contrato y analizará el caso concreto de cara a las estipulaciones de las partes; en segundo término, abordará el contenido y justificación de las comunicaciones demandadas, analizará si se acreditó la facultad contractual para terminar el contrato y determinará la cuantía de la indemnización de perjuicios.

2. El régimen jurídico del contrato

El artículo 76 de la Ley 80 de 1993² -en el cual se fundamentó la decisión de primera instancia- no es aplicable al caso por cuanto la Ley 1118 de 2006 “*por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones*” reguló en su integridad el régimen jurídico de Ecopetrol SA y lo sujetó, en forma exclusiva, al derecho privado, lo cual descarta la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales y, por consiguiente, la competencia para expedir actos administrativos:

“ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN APLICABLE A ECOPETROL S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez

¹ Previamente a decidir de fondo la Sala verifica que no operó la caducidad de la acción toda vez que Ecopetrol comunicó la terminación del contrato el 11 de septiembre de 2012 (fl. 388 cdno. 3) y la demanda fue presentada el 10 de abril de 2014 (fl. 75 cdno. 1), dentro de los dos años siguientes; además, el trámite conciliatorio prejudicial suspendió el término de caducidad entre el 19 de diciembre de 2013 y (fecha de radicación de la solicitud de conciliación) y el 4 de marzo de 2014 (cuando se declaró fallido el trámite - fl. 622 cdno. 2).

² Ley 80 de 1993, “*Artículo 76. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse*”.

constituida como sociedad de economía mixta, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”.
(resalta la Sala).

La norma citada regula integralmente el régimen jurídico aplicable a los actos, contratos y actuaciones de Ecopetrol como “exclusivamente” privado, circunstancia que descarta la posibilidad de pactar potestades excepcionales en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993; así las cosas, con independencia del objeto del contrato y del contenido del manual de contratación de la demandada, que no fue aportado al proceso, se concluye que las decisiones demandadas no tienen la naturaleza de actos administrativos, sin perjuicio de la necesaria aplicación del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007³ que dispone la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades con independencia de la naturaleza jurídica del contrato.

El artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 confirma la sujeción de Ecopetrol SA a un régimen contractual de derecho privado por cuanto, con independencia de la conformación de su capital, desarrolla actividades comerciales en competencia con el sector privado⁴, lo cual impone que sus actuaciones se surtan en igualdad de condiciones con sus competidores despojada de prerrogativas excepcionales.

3. El contrato materia de la litis y sus estipulaciones relevantes para la decisión

El 18 de julio de 2012 Ecopetrol SA suscribió con Dismet SAS el contrato número

³ Ley 1150 de 2007 “Artículo 13. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

⁴ *Ibidem*, “ARTÍCULO 14. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley”.

MA-0013528 como resultado del concurso abierto número 50010437 cuyo objeto era la *“gestoría técnica a los contratos asociados a los departamentos de operaciones y mantenimiento fluvial y marítimos de la gerencia de puertos de la vicepresidencia de transporte y logística de Ecopetrol SA”* con un plazo de ejecución de 245 días, a precios unitarios, por un valor estimado de \$4.395.254.069 y gastos reembolsables estimados en \$455.468.518. Las obligaciones específicas pactadas incluían *“gerenciar, gestionar, apoyar técnica y administrativamente a ECOPETROL en el desarrollo de los proyectos, desde su inicio y aprobación, hasta su cierre y capitalización”* de conformidad con los anexos y las especificaciones técnicas del proceso de selección, que no fueron aportados como pruebas.

Ahora bien, la Sala evidencia que en el texto del contrato (fls. 273 y ss cdno. 2) no se pactó la posibilidad para que alguna de las partes tuviera a su cargo la terminación del contrato en determinados eventos, además, las condiciones generales de contratación que según Ecopetrol SA le otorgan esa facultad no fueron aportadas al proceso, de modo que no puede verificarse dicho aserto.

Las condiciones específicas de la contratación (fl. 1 y ss cdno. 2) tampoco regulan la terminación del contrato ni prevén causales acordadas para el efecto, aunque sí prevén lo siguiente respecto de los eventuales conflictos de intereses:

“Para el presente proceso de selección aplica el conflicto de intereses de acuerdo a lo establecido en el numeral 2.1.12. de la CGC del proceso. No podrán participar las firmas que se encuentren ejecutando a la fecha de entrega de las propuestas o que sean asignatarios de contratos de obra, servicio o de ingenierías para la Gerencia de Puertos.” (fl. 15 cdno. 2).

4. La terminación del contrato

En cuanto a este aspecto central de la controversia es especialmente relevante lo siguiente:

1) El 23 de julio de 2012, quinto día posterior a la firma del contrato número MA-0013528, Ecopetrol SA le indicó al contratista la identidad del funcionario encargado de recibir las garantías necesarias para iniciar la ejecución del

contrato (fl. 333 cdno. 3). El 3 de agosto de 2012 el representante legal de la sociedad contratista Dismet SAS radicó una comunicación ante la entidad contratante -que tuvo como antecedente una reunión sostenida dos días antes en las instalaciones de la entidad- en la cual manifestó su inconformidad con una eventual revocatoria de la adjudicación y con la suspensión del inicio de la ejecución del contrato, además, expresó que no existía conflicto de interés de esa sociedad debido a que:

“El proceso de contratación citado fue adelantado por ECOPETROL S.A. por intermedio de la Unidad a su cargo, surtiéndose en debida forma, y sujeto a lo especificado en los DPS, CEC y CGC, razón por la cual, el acto de adjudicación a DISMET es válido y está debidamente celebrado, y por tratarse de un acto administrativo irrevocable, Ecopetrol carece de facultad para suspender su inicio y ejecución, razón por la que las inquietudes que usted ayer nos manifestó verbalmente, deben ser revisadas (...).

De manera respetuosa consideramos, que los funcionarios de Ecopetrol que en este momento interpretan de manera errada que se está en presencia de un conflicto de interés sobreviniente no es acertado, por cuanto este se predica de quien deba actuar en asunto en el que tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, evento en el cual quien crea que está incurso debe declararse impedido o la autoridad judicial debe así declararlo.

En este orden de ideas en mi calidad de Representante Legal de DISMET SAS, ratifico que no estoy en presencia de un conflicto de interés en los asuntos que deba gestionar administrativa o técnicamente por que (sic) ninguno de los contratos a mi cargo contienen el interés particular que la norma exige, es decir que se pudiese presentar si ejerciéramos la gestoría administrativa a los contratos de gestoría técnica y viceversa, (...) al primero de ellos la gestoría administrativa y técnica la ejerce el ingeniero Juan Carlos Ojeda y el Dr. Juan Carlos Pareja Pareja. Al contrato de gestoría técnica que ya celebramos le ejerce la Gestoría Administrativa SGI LTDA y la técnica está a cargo de la Ing. María Eugenia Villarreal Camargo.

(...).

Así las cosas, no le admite la razón a ningún funcionario de Ecopetrol de predicarnos conflicto de interés por el hecho de habernos adjudicado un contrato en la zona norte, cuando el mismo no existe, porque repetimos lo que está prohibido es que presentáramos oferta dentro de los nuevos procesos de contratación que sustituyan los contratos cuyo objeto están (sic) bajo nuestro propio control.

(...).

Por lo expuesto y con fundamento en las normas de contratación, le solicitamos suspender la orden que impartió para que la gestoría administrativa de SGI, no suscriba el acta de inicio del contrato que nos adjudicaron para la Gestoría Técnica, a los contratos asociados a

los Departamentos de Operaciones y Mantenimiento Fluvial y Marítimos de la Gerencia de Puertos de la Vicepresidencia de Transporte y Logística de ECOPETROL, por haber cumplido con todos los requisitos del proceso de contratación y haber obtenido el primer orden de elegibilidad y al haber recibido la carta de adjudicación que es irrevocable, por haber suscrito ya el contrato y por haber aportado todos los documentos y hojas de vida exigidos para el inicio de la ejecución del contrato.” (fl. 348 cdno. 3 – se resalta).

2) El 17 de agosto de 2012 Ecopetrol remitió a Dismet SAS la comunicación número 2-2012-021 en la cual sostuvo que esa entidad no revocaría el acto de adjudicación sino que terminaría anticipadamente el contrato en caso de encontrar configurado el conflicto de intereses y que, a su juicio, este se configuró por razón de lo pactado en el contrato número 5210295 de 24 de enero de 2011 suscrito entre el consorcio Epsilon (del que Dismet es integrante) y Ecopetrol SA para la *“gerencia administrativa de los contratos y/o convenios de Ecopetrol y su Grupo Empresarial para la Regional 3 Norte”*. explicó que de acuerdo con las condiciones generales de contratación que para este último contrato aceptó el consorcio, este y sus subordinadas o matrices no podrían ser *“gestores administrativos o técnicos, presentar propuesta o tener participación en el proponente conjunto que presente propuesta para ser gestor administrativo y/o técnico del contrato, por tener un evidente conflicto de interés para ejercer dicha función”* (fl. 372 y ss cdno. 3). En la referida comunicación se deja constancia de que el contratista insiste en que *“ahora nos corresponde suscribir el acta de inicio y ejecutar el contrato”*.

Para Ecopetrol, según lo acordado en el mencionado contrato número 5210295 el contratista y sus integrantes aceptaron que no podrían resultar adjudicatarios de *“cualquier contrato en las regionales en las cuales Ecopetrol les encargara la labor de gerencia administrativa”* por lo cual puso de presente lo siguiente:

“El proponente, dentro de un proceso de selección, es quien debe manifestar si se encuentra o no en incurso (sic) en algún conflicto de interés. En consecuencia, es procedente la terminación anticipada del contrato MA-0013528 debido al conflicto de interés antes mencionado y fundamentado en las cláusulas número 34 y 35 del clausulado general del contrato contenido en el capítulo 7 de las CGC del mismo.” (fl. 381 cdno. 3).

3) El 27 de agosto de 2012 (fl. 383 cdno. 3) Dismet SAS le solicitó nuevamente a

Ecopetrol SA suscribir el acta de inicio del contrato⁵ por considerar que no se configuró el conflicto de intereses:

“EPSILON no tiene como objeto la gestión administrativa del contrato otorgado en el concurso cerrado No. 500110437, ya que este contrato hace parte de una supervisión nacional y no regional, lo cual lo hace gozar de un carácter mayor y cuya vigilancia como consta en el reglamento de contratación de Ecopetrol, se hará por otra entidad, que para el caso es SGI LTDA, con el cual la sociedad DISMET S.A.S. no tiene ningún vínculo (...).

El objeto del contrato No. MA-0013528 recae sobre la gestoría técnica a los contratos asociados a los departamentos de operaciones y mantenimiento fluvial y marítimo de la gerencia de la vicepresidencia de transporte y logística de Ecopetrol, en el entendido de que este objeto se encuadra sobre toda la contratación nacional que suscriba Ecopetrol, a través de su vicepresidencia de transporte y logística. Así las cosas, el objeto del contrato No. 5210295 como bien se ha dicho es de GESTORÍA Administrativa para los contratos y convenios que la regional norte celebre, y sobre los cuales se entiende que de ellos es que se desprende nuestro conflicto para presentarnos en algún proceso de selección.” (fl. 385 cdno. 3).

4) El 11 de septiembre de 2012 (fl. 388 cdno. 3) Ecopetrol SA le comunicó a Dismet SAS la terminación anticipada del contrato número MA-0013528 sobre la consideración de que las condiciones genéricas de contratación que el contratista aceptó permitían terminar el contrato por violación de los compromisos de transparencia y, particularmente, porque *“evidenció la existencia de un conflicto de interés de DISMET SAS entre los contratos No. 5210295 y MA-0013528”*.

5) Ecopetrol SA no acreditó contar con la habilitación legal o contractual de su contraparte para terminar el contrato, carga que le correspondía; Ecopetrol dijo recoger la voluntad de ambas partes contratantes por autorización de la contratista, lo cual no resultó cierto; por el contrario, está probado que hubo discrepancia de Dismet SAS respecto de la interpretación acerca del presunto conflicto de intereses, escenario bajo el cual era evidente que la terminación unilateral dispuesta no reflejaba la voluntad de las partes y, por ende, se imponía acudir al juez para dirimir el asunto.

Como Ecopetrol SA sostiene que su habilitación para terminar el contrato emerge de las condiciones generales de contratación que Dismet SAS aceptó, tenía la

⁵ “Me permito muy respetuosamente solicitar a usted o a quien corresponda dar la orden para que se firme el acta de inicio del contrato No. MA-0013528”.

carga probatoria de allegar esas estipulaciones al proceso, lo cual no hizo; la referida contratista fundó su demanda en que Ecopetrol no estaba facultada para terminar el contrato por disposición de la ley; por su parte, fue dicha entidad quien alegó estar contractualmente facultada para obrar de esa manera, por lo cual le correspondía la carga de acreditar la facultad contractual que ejerció. En efecto, alejada de la posibilidad de dictar actos administrativos revestidos de presunción de legalidad, era Ecopetrol SA quien debía acreditar que su contraparte le permitió resolver ese aspecto particular de la relación contractual pero, no lo hizo y, por el contrario, está probado que Dismet SAS se opuso por considerar que no entregó esa potestad a su contraparte.

Ahora, aunque las comunicaciones remitidas por Ecopetrol SA, son actos jurídicos contractuales dotados llamados a producir efectos jurídicos, no son actos administrativos y, por ende, no puede la Sala pronunciarse sobre su validez; en estos eventos es preciso decidir el caso de cara al cumplimiento o no de las obligaciones contractuales y verificar, como lo pretende la actora, si la conducta de su contraparte fue antijurídica y le causó perjuicios.

En misma perspectiva, ninguna evidencia se aportó al proceso respecto del presunto conflicto de intereses de Dismet SAS; las comunicaciones de Ecopetrol SA en las que lo declaró no son prueba de su configuración; correspondía a la contratante acreditar que, en efecto, el contratista estaba incurso en un conflicto de intereses que le impedía ejecutar el contrato y no lo hizo; frente a la negación indefinida de la parte demandante -que está exonerada de prueba de conformidad con el último inciso del artículo 167 del Código General del Proceso⁵- según la cual no incurrió en conflicto de intereses, era la contraparte quien debía demostrar lo contrario y que ello impedía la ejecución del contrato, sin embargo, no se aportó al proceso el mencionado contrato número 210295 de 24 de enero de 2011 suscrito entre el consorcio Epsilon (del que Dismet SAS es integrante) y Ecopetrol SA para la *“gerencia administrativa de los contratos y/o convenios de Ecopetrol y su Grupo Empresarial para la Regional 3 Norte”* del que presuntamente surgía el conflicto, ni las condiciones específicas de contratación que lo regían, ni tampoco las condiciones generales del contrato número MA-0013528 invocadas, ni los anexos técnicos de ambos contratos, de modo que pueda analizarse si existía el mencionado conflicto y si tenía la entidad jurídica

necesaria y suficiente para privar al contratista de la ejecución del contrato número MA-0013528.

En ese escenario, suscrito como estaba el contrato número MA-0013528 materia de este proceso, el contratista tenía derecho a ejecutarlo y a exigir los derechos derivados de este, al tiempo que Ecopetrol SA no podía desconocerlo por mandato del artículo 1602 del Código Civil⁶, razón por la cual Dismet SAS tiene derecho a la reparación plena de los perjuicios irrogados por la decisión adoptada por Ecopetrol SA de terminarlo unilateralmente.

5. Indemnización de perjuicios

5.1 Lucro cesante

El contratista tenía derecho a ejecutar el contrato número MA-0013528 pero fue privado de hacerlo por la conducta atribuible a Ecopetrol SA quien, por consiguiente, deberá pagar a la sociedad Dismet SAS la utilidad esperada, como indemnización a título de lucro cesante; para calcularla se tomará como base el valor estimado del contrato que ascendía a \$4.395.254.069 (suma que no incluye el IVA ni los gastos reembolsables que se pactaron porque estos no constituían remuneración del contratista); aunque no es posible determinar el valor final que tendría la ejecución, es imposible acreditar tal hecho porque el contrato no fue ejecutado, así que se tomará como base para liquidar la indemnización el valor total estimado, por cuanto está probado en las comunicaciones cruzadas entre las partes, que no hubo ejecución porque Ecopetrol se negó a suscribir el acta de inicio, pese a los requerimientos del contratista para ejecutar; no obstante, se descontará el valor del personal variable ante la imposibilidad de determinar si sería o no requerido para la ejecución.

Las condiciones específicas para la contratación precisaron que el ofrecimiento económico debía tener en cuenta unos costos fijos de remuneración de personal y de equipos para interventoría que se debían determinar con fundamento en tablas previamente elaboradas por Ecopetrol; luego de ello se aplicaría el factor

⁶ Código Civil, “Artículo 1602. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

multiplicador ofertado que incluye los demás costos de ejecución tales como pago de prestaciones sociales, seguridad social, gastos administrativos, como expresamente lo preveía el documento contentivo de estas:

“El ofrecimiento económico estará integrado por las TARIFAS UNITARIAS consignadas en la Tabla de Niveles Salariales para actividades no propias de la industria del petróleo (Anexo No. 11), la Tabla de niveles salariales para la carrera técnica y Administrativa (Anexo No. 12), las tarifas de equipos consignadas en la lista de precios unitarios de consultoría y prestación de servicios (Anexo No. 10), elaboradas y aprobadas por ECOPETROL, el factor multiplicador de personal y equipos .

REGLAS RELATIVAS AL FACTOR MULTIPLICADOR:

I. El factor multiplicador (FM) para el componente de PERSONAL que deberá ofertar el PROPONENTE en ningún caso, podrá ser inferior a 2,2 ni superior a 2,34 y deberá cotizarse un único FM para todo el personal, sin distinción alguna. En caso de ofertar un FM parcial o menor a 2,2 o mayor a 2,34, la propuesta será inelegible o inadmisibile.

II. El factor multiplicador para el componente de EQUIPOS deberá ser fijo 1,10 En caso de ofertar un FM parcial o menor o mayor a 1,10, la propuesta será inelegible o inadmisibile.

(...).

El porcentaje de FM ofertado debe ser indicado en el ANEXO No. 1 MODELO CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA.”
(mayúsculas fijas del original - fl. 84 cdno. 2).

Efectivamente, en el anexo número 1 de la oferta presentada por Dismet SAS se señalan los factores multiplicadores que se tuvieron en cuenta para la estructuración de la propuesta económica (fl. 106 cdno. 2) así:

-Factor multiplicador de personal: 2,25.

-Factor multiplicador de equipos: 1,10.

No obstante a que no se aportó el anexo con los precios unitarios del contrato, con la demanda se allegó el anexo no. 4 denominado *“tabla de referencia de tarifas - listado de recursos”* (fl. 344 cdno. 3) en el que se discriminan los precios del personal y equipo una vez aplicado el factor multiplicador antes referido con el siguiente contenido:

-Personal básico: \$3.946.845.814

-Personal variable:	\$60.900.255
-Equipo básico:	\$384.736.000
-Equipo variable:	\$2.772.000
-Total:	\$4.395.254.069

La Sala estimará la utilidad únicamente respecto del ítem de personal básico, que era aquel que indefectiblemente debía estar al frente del proyecto; no es posible reconocer utilidad frente al personal variable ya que su utilización o no dependía de las realidades de la ejecución y, por ende, no se trata de un perjuicio cierto sino eventual; tampoco se puede calcular utilidad sobre el ítem de equipos porque no se probó si el factor multiplicador ofrecido al respecto dejaba algún margen de utilidad, para lo cual era preciso conocer los porcentajes de costos indirectos, administración e imprevistos, los cuales no se acreditaron. Se precisa que no se trata de ausencia de prueba de cuantificación del perjuicio sino de falta de prueba del daño porque no se demostró que el ítem podía dejar algún margen de utilidad frente al factor multiplicador ofertado. Así las cosas:

1. Concepto	2. Valor total ítem	3. Valor antes de factor multiplicador	4. Diferencia 2,25
Personal	\$3.946.845.814	\$1.754.153.695	\$2.192.692.118

El valor obtenido en la columna número 3 corresponde a los gastos fijos de ejecución, esto es, lo que sería utilizado para pagar personal y equipos a tarifas fijas que el contratista no podía variar, sumas que serían erogadas totalmente para cubrir los costos fijos a las tarifas mínimas pactadas, por lo cual su valor no puede ser tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización, es decir, sobre estas no se calcula utilidad.

Así las cosas, el valor de la columna 3 corresponde a los costos fijos y en la columna 4 están incluidos los demás costos y el AUI; el contratista debía cubrir los costos fijos (1.754.153.695) y, con el saldo (\$2.192.692.118), las prestaciones sociales de los trabajadores, la administración del contrato, los costos indirectos, los imprevistos y, una vez deducido aquello, el saldo era la utilidad.

Ahora bien, con la demanda igualmente se aportó el documento denominado “análisis del factor multiplicador” en el que se estimó la utilidad derivada del ítem de personal, así (fl. 574 cdno. 3):

-Sueldos	100,00%
-Prestaciones sociales	75,49%
-Costos indirectos	6,16%
-Total factor	181,65%
-Administración	15%
-Imprevistos	5%
-Utilidad	23%
-Total factor	224,65%
-Total factor multiplicador	2,25

Aunque el documento no está firmado y no se encuentra en la copia de la propuesta de Dismet SAS, la Sala tomará en cuenta esa información para calcular el valor de la utilidad esperada toda vez que la demandada no lo tachó de falso ni controvertió la estimación allí contenida; en consecuencia, se deducirán los porcentajes con los que el contratista debía solventar todos los demás conceptos sobre la base de que el 100% corresponde a \$1.754.153.695 que es el valor de los salarios a pagar al personal, según lo estimado en la tabla que antecede:

Base (100%)	porcentaje	deducción
\$1.754.153.695	75,49% (prestaciones)	\$ 1.324.210.624,35
	6,16% (costos indirectos)	\$108.055.867,61
	15% (administración)	\$ 263.123.054,25
	5% (imprevistos)	\$87.707.684,75

Total \$ 1.783.097.230

Así las cosas:

\$2.192.692.118 - \$1.783.097.230 = \$409.594.888 (utilidad)

Se insiste en que solo se reconocerá la utilidad derivada del personal fijo, porque al no ejecutarse el contrato, no había forma de saber si se utilizaría el personal variable.

En cuanto al valor de los equipos no se allegó el análisis pormenorizado del factor multiplicador, ni se conocen los costos fijos ni los de administración o imprevistos por lo cual no es posible establecer si el ítem dejaba margen de utilidad, razón por la cual nada se reconoce sobre este.

La utilidad calculada será indexada con base en el IPC para compensar su pérdida de poder adquisitivo con la siguiente fórmula: $VA = VH \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$, donde el índice final corresponde al mes último conocido en la época de la sentencia y el inicial a septiembre de 2012 cuando se terminó anticipadamente el contrato.

VA = \$409.594.888 * $\frac{113,26 \text{ (enero de 2022)}}{77,96 \text{ (septiembre de 2012)}}$

VA = \$595.057.940

5.2 Daño emergente

La sociedad demandante Dismet SAS reclama como indemnización, a título de daño emergente, el valor de las inversiones que realizó para poder ejecutar el contrato tales como arrendamiento de equipos, dotación de trabajadores, exámenes de ingreso de personal, gastos administrativos, compra de equipo videobeam y el valor de las garantías del contrato, aspecto sobre el cual debe precisarse lo siguiente:

1) Al respecto se probó que el 2 de agosto de 2012 (fl. 437 cdno. 3) Dismet SAS suscribió un contrato de arrendamiento financiero con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia SA por valor de \$69.329.069 en virtud del cual la demandante recibiría, en calidad de locataria, a través de los proveedores Intcomex Colombia Ltda y Wondertech Ltda, 3 impresoras a color profesionales, 3 unidades de *videobeam* y 30 computadores portátiles; por su parte, el equipo de oficina básico ofrecido por Dismet SAS para la ejecución del contrato sobre los cuales se calculó el valor de la propuesta (fl. 344 cdno. 3) era el siguiente: 39 computadores portátiles, 4 computadores de escritorio, 7 impresoras a color y 25 equipos de comunicaciones Avantel.

Como se aprecia, los bienes objeto del arrendamiento financiero no guardan coincidencia estricta con los necesarios para la ejecución pues, según lo probado, no se incluyeron equipos de *videobeam* en el cálculo de los costos de ejecución que serían remunerados por Ecopetrol tal como consta en el “Anexo no. 4 Tabla de referencia de tarifas - listado de recursos” (fl. 344 cdno. 3). Adicionalmente, no se aportó el Anexo número 2 del contrato de leasing en el que, según el contrato, debía constar el plazo del arrendamiento, de modo que no puede verificarse si este coincide con el del contrato; como la carga de acreditar en forma plena los perjuicios y su relación causal con la no ejecución del contrato era de la sociedad accionante, no se reconoce el valor reclamado por este concepto

Aunque la época de suscripción del contrato de leasing (2 de agosto 2012) es indicativa de que los bienes podían, eventualmente, estar destinados a la ejecución del contrato número MA-0013528 (que se firmó el 18 de julio de 2012), era carga de la parte demandante probar plenamente la relación causal entre la inversión y la ejecución del contrato y no lo hizo; particularmente, no se aportó el anexo del contrato relativo al plazo del leasing; lo probado es que el plazo de ejecución del contrato de gestoría técnica era de 254 días, mientras que los estados de cuenta del contrato del arrendamiento (fl. 414 y ss cdno. 3) y las condiciones financieras (f. 452 cdno. 3) revelan que el canon pactado era mensual y se pagaría durante 36 meses, hecho indicativo de que los bienes fueron arrendados por tres años, de modo que no puede imponerse a Ecopetrol el pago de tiempos superiores a los de la ejecución y de equipos no previstos en

el cálculo de costos de la ejecución.

2) En cuanto a las facturas de compra de implementos como guantes (fl. 470 cdno. 3), cascos, gafas, respiradores (fl. 472 cdno. 3), abrigo (fl. 423 cdno. 3), tapa oídos y otros elementos de seguridad (fl. 474 cdno. 3), botas (fl. 475 cdno. 3), camisas (fl. 490 y 497 cdno. 3) y demás gastos de transporte, equipos y papelería tampoco hay evidencia de que se trataba de elementos destinados a la ejecución del contrato MA-0013528 y, en consecuencia, no hay lugar a indemnizarlos a título de daño emergente.

3) El costo de un videoprojector adquirido el 25 de julio de 2012 según factura expedida por Panamericana SA (fl. 514 cdno. 3) no se incluye en la indemnización pues, se reitera, este tipo de elemento no hacía parte del equipo que se tuvo en cuenta para la estimación de los costos de ejecución; lo mismo ocurre con el *iPad scanner* adquirido en Brookstone el 21 de julio de 2012 (fl. 518 cdno. 3); en todo caso, el valor de la adquisición de activos tampoco puede ser indemnizado toda vez que, con independencia de la posibilidad de usarlos en la ejecución del contrato, estos son de propiedad de Dismet SAS y el solo hecho de su adquisición no constituye daño; por tal razón, tampoco se indemniza el valor del computador portátil adquirido el 24 de julio de 2012 en Alkosto SA (fl. 517 cdno. 3).

4) Tampoco hay lugar a reconocer los costos de los exámenes de salud ocupacional para trabajadores por cuanto en el análisis del factor multiplicador para el componente de personal presentado por Dismet SAS no se incluyeron los costos administrativos para la vinculación de los trabajadores sino únicamente las prestaciones sociales, aportes a seguridad social, parafiscales, dotación, ausencias, dominicales y bonos (fl. 574 cdno. 3), de modo que el valor que el contratista habría recibido de ejecutarse el contrato no remuneraba el procedimiento de selección de empleados; el contratista debía contar con el personal requerido para poder cumplir con el objeto contractual.

5) Finalmente, se niega también la indemnización del valor de las garantías por razón de que la parte demandante se obligó a obtenerlas dentro de los cinco días siguientes a la firma del contrato en los términos de la cláusula número 8 del

contrato (fl. 279 cdno. 2) y ello constituía requisito para la ejecución del contrato; en tal virtud, como se indemnizará el valor de la utilidad esperada según el acápite que antecede, los gastos en los que incurrió el contratista para el perfeccionamiento del contrato corresponden al costo de oportunidad para poder ejecutar, circunstancias por la cual le correspondía realizarlos, tal como lo hizo, para tener derecho a la utilidad que se indemnizará.

En conclusión, como no se acreditaron perjuicios que deban repararse a título de daño emergente deben denegarse las súplicas que sobre ese componente se elevaron con la demanda.

6. Costas

En aplicación del artículo 188 del CPACA se condena en costas a la parte vencida Ecopetrol SA; se fijan agencias en derecho en esta instancia en el equivalente al 2,5% del valor de las pretensiones concedidas que equivale a (\$15.400.273), de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Las costas procesales y agencias en derecho que fijó el tribunal en primera instancia estarán a cargo de Ecopetrol SA y no de Dismet SAS; el valor de las agencias de primera instancia se actualiza conforme al IPC, desde la época del fallo de primera instancia hasta el de la presente sentencia, con la fórmula ya referida; entonces:

$$\begin{aligned}
 \text{VA} &= \$11.015.541 & * & \frac{113,26 \text{ (enero de 2022)}}{85,37 \text{ (julio de 2015)}} \\
 \text{VA} &= \$14.614.269
 \end{aligned}$$

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

FALLA

PRIMERO. Revócase la sentencia proferida el 6 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A mediante la

cual negó las pretensiones de la demanda, y, en su lugar se dispone:

1°) Condénase a la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol SA a pagar a la sociedad demandante Dismet SAS la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS (\$595.057.940) como indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante.

2°) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

3°) Condénase en costas a la demandada Ecopetrol SA. Se fijan agencias en derecho en la suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS CATORCER MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$14.614.269).

SEGUNDO. Condénase en costas de segunda instancia a Ecopetrol SA, fíjense agencias en derecho de esta instancia en la suma de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$15.400.273).

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia **devúelvase** el expediente al tribunal de origen previas las desanotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(firmado electrónicamente)

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