

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

[L]a Sala no podría compartir el argumento de la accionante según el cual, la decisión de caducidad devendría extemporánea, porque su ejecutoria se produjo 100 días después de extinguirse el plazo de ejecución del contrato, y tras el vencimiento del término para liquidar unilateralmente el negocio. Exigir a la entidad contratante que encuentra amenazado el cumplimiento de sus propósitos y fines por causa de incumplimiento del contratista, y que, tras el agotamiento de varias medidas paliativas se entiende abocada a la declaración de caducidad que estime el tiempo que ha de demandar la resolución de eventuales recursos contra su decisión, para determinar si esta resulta oportuna, no es razonable, y como ha quedado expuesto, deviene contrario a la norma que determina por el factor tiempo, la competencia de la entidad para el efecto.

ECOPETROL / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES / EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS / CLÁUSULA EXCEPCIONAL

Según el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, los contratos concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables continuaban rigiéndose por el régimen especial que les era aplicable, que, en el caso de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como para ese entonces lo era Ecopetrol, era el régimen de derecho privado -. Ahora bien, como una clara excepción al régimen general contractual de Derecho privado, el referido artículo 76 de la Ley 80 preveía que a las entidades estatales dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables les correspondía determinar, en sus reglamentos internos, “las cláusulas excepcionales que podrán pactarse”, de modo que el legislador consintió expresamente la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de empresas que, como Ecopetrol , tuvieran por objeto la exploración, explotación y comercio de hidrocarburos, cuando así lo previere en sus reglamentos internos. No huelga, por lo demás, recordar que dentro del objeto comercial e industrial de Ecopetrol se encontraba el mantenimiento, disposición y manejo de oleoductos, gasoductos y poliductos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 76

DICTAMEN PERICIAL / CONCEPTO DE DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

[L]a prueba pericial no es nada distinto que un medio de convicción, y en ese sentido, bajo ninguna perspectiva reemplaza al juez en su labor de valoración integral de todos los elementos contenidos en el plenario, conforme a la sana crítica [...].

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la valoración de la prueba pericial, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2008, rad. 16706, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO

[E]n el plenario obran varios documentos en copia simple, que serán valorados de acuerdo con la pauta hermenéutica fijada en los pronunciamientos del 28 de junio de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia del 30 de septiembre de 2014.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de las copias simples, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial del 30 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-15-000-2007-01081-00, C. P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero; y Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-774 del 16 de octubre de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo.

CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO PARA LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

[L]a jurisprudencia de la Sección entiende que el ejercicio de la cláusula excepcional de caducidad debe hacerse dentro del plazo de ejecución del contrato, y ello tiene sentido si se consulta la teleología de las potestades exorbitantes, orientada a la procura del cumplimiento óptimo de su objeto y de la satisfacción plena de los propósitos buscados a través del negocio jurídico [...].

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de la cláusula excepcional de caducidad, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, rad. 17031, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

[L]a administración debe ponderar, antes de hacer efectiva la cláusula de caducidad, no sólo la gravedad de la amenaza que se cierne sobre la continuidad del servicio por causa del incumplimiento del contratista, juicio en el que juegan insoslayable importancia el objeto del contrato y los antecedentes de la ejecución, sino también, el margen de acción que le resulta posible, una vez la decisión adquiera firmeza, en orden a la prosecución del objeto contractual, asumiendo el lugar del contratista incumplido, en procura de la satisfacción de los fines que amenazó gravemente el incumplimiento de parte de aquel.

CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / CAPACIDAD FINANCIERA DEL CONTRATISTA / CONCORDATO MERCANTIL

Con la implementación del estatuto contractual del año 1993, vigente en esta materia, desapareció la incapacidad financiera del contratista como causal de caducidad administrativa dejando para su procedencia [...] dos requisitos sustanciales esenciales: el incumplimiento grave del contratista y que este conduzca de forma inminente a la parálisis de la ejecución contractual. [...] Sin embargo, el estatuto no dejó de lado que la insolvencia o las dificultades financieras del contratista pueden afectar gravemente la ejecución del contrato estatal, justificando así el ejercicio de otra cláusula excepcional: la terminación unilateral del contrato. En todo caso, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 prescribe que la admisión a trámite concordatario no da lugar a extinguir unilateralmente el

negocio y que en tal caso su ejecución se someterá a la administración de negocios del deudor en concordato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 17

CARACTERÍSTICAS DE LA DELEGACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PROCEDENCIA DE LA DELEGACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

[L]a delegación es un instrumento en el que se produce la transferencia del ejercicio de funciones administrativas a colaboradores o a otras autoridades, siendo un mecanismo indispensable para el desempeño óptimo de las entidades en las tareas que les compete, evitando la centralización de decisiones en un solo órgano o persona, así como la posibilidad de que se dilate su gestión. Siendo así, su aplicación es reglada pero al tiempo discrecional [...], de manera que la delegación, por los fines instrumentales que esta expresa, exige dos cosas: la norma que la habilite y el acto del delegante basado en términos de oportunidad y conveniencia para el desempeño mismo de la función [...].

DELEGACIÓN DE FUNCIONES PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

[L]a delegación de la competencia para el ejercicio de las cláusulas excepcionales se encuentra gobernada por principios y reglas de derecho público incluso en regímenes contractuales especiales de entidades públicas donde prima la aplicación del derecho privado. Y en cuanto tal, no podía, ni debía hacer parte del aspecto intangible de los pliegos, ni tampoco su oportunidad y aplicación tenían por qué permanecer inalterados por un pacto entre las partes. Ello es así porque (i) la delegación es un principio de organización administrativa y un mecanismo de fuente constitucional, legal y reglamentaria al que no se le puede oponer disposición inferior que la entorpezca, y (ii) porque el acto de delegación, en estricto rigor, vincula al delegante y delegatario, al margen de los actos de este último que afecten a terceras personas, y comprometan tanto a la entidad como a la responsabilidad personal de los respectivos funcionarios. [...] Así las cosas, un reproche por incompetencia para la expedición del acto declaratorio de la caducidad contractual, debe encontrarse respaldado, para que tenga visos de prosperidad, de la aducción de la inexistencia del acto previo de delegación, de la prueba de la extralimitación de las facultades conferidas, o de la invalidez del acto de delegación, entre otros motivos que son propios del derecho público.

CONTRATO / DERECHO PRIVADO / OFERTA / PLIEGO DE CONDICIONES

En el marco del derecho privado, el documento que contiene la oferta para la celebración de un contrato equivale al documento que en la contratación pública se denomina pliego de condiciones. Nada obsta, sin embargo, para que en ejercicio de su autonomía la entidad lo denomine así: pliego de condiciones. Y así como la jurisprudencia administrativa ha predicado la fuerza vinculante del pliego de condiciones, calificándolo como la “ley del contrato”, llegando a afirmar que “frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél”, y a hablar de la intangibilidad del pliego como garantía de “la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes”, así mismo en derecho privado, la oferta de contrato, en cuanto proyecto de negocio jurídico que contiene sus condiciones esenciales y del que se puede deducir el interés inequívoco en celebrarlo por parte de quien la profiere, de modo que sólo haga falta la aceptación para su perfeccionamiento, esa oferta, llámesele pliego de

condiciones o no, también tiene fuerza vinculante, y bajo determinadas condiciones, se torna obligatoria e intangible.

NULIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho. Esta nulidad irradia la providencia en que se funda, cuando esta se sustenta únicamente en el elemento de juicio irregularmente recabado. De igual forma, estima la Sala, el acto administrativo se reputa nulo cuando se hubiera basado únicamente en la prueba inválida o cuando, al menos, esta hubiera tenido una incidencia determinante en el sentido de la decisión adoptada en el acto.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la invalidez del fallo que se basa exclusivamente en una prueba nula, cita: sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de mayo de 2019, rad. 47116, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 68001-23-31-000-2001-00434-01(45068)

Actor: PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS LTDA. (PROTÉCNICA)

Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS (ECOPETROL)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: Contratos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables. Mantenimiento de oleoductos, poliductos, gasoductos y combustoleoductos. Objeción por error grave del dictamen pericial. Caducidad administrativa del contrato. Estatutos internos de contratación. Delegación de funciones de control y vigilancia de la ejecución del contrato. Competencia temporal. Admisión del contratista en concordato de acreedores. Proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad de la declaración de caducidad contractual. Debido proceso administrativo. Gravedad de los vicios de nulidad.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 8 de marzo de 2012 del Tribunal Administrativo de Santander que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En noviembre de 1996, Ecopetrol y Protécnica celebraron el contrato DIJ-1147 que tuvo por objeto el mantenimiento mecánico de los oleoductos, poliductos, gasoductos y combustoleoductos de la zona centro de la contratante, ubicados entre los departamentos de Santander y Cesar. En el segundo año de vigencia del contrato, por dificultades económicas, la contratista dejó de pagarle a sus trabajadores y a sus proveedores, situación que condujo a suspensiones en la ejecución del contrato y a que la contratista dejara de satisfacer las exigencias de éste. El 9 de octubre de 1998, Ecopetrol declaró la caducidad del contrato alegando, el incumplimiento grave y la inminente parálisis del servicio comprometido en el contrato, y posteriormente liquidó unilateralmente el contrato. Protécnica solicita la nulidad de esas decisiones al considerarlas proferidas con incompetencia por falta de delegación, incompetencia temporal, desconocimiento del debido proceso, falsa motivación y desviación de poder.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El 9 de febrero de 2001, la sociedad Promotora Técnica de Servicios –Protécnica-Ltda. (en adelante, Protécnica) formuló demanda (f. 5-87, c. 1) en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la Empresa Colombiana de Petróleos (en adelante, Ecopetrol o la Empresa) con el propósito de que se declare: (i) la celebración del el contrato DIJ-1147 entre los extremos procesales, (ii) el incumplimiento de Ecopetrol, por decretar arbitraria e ilegalmente la caducidad del contrato, (iii) la nulidad de las resoluciones que declararon, confirmaron y aclararon la caducidad del contrato¹; (iv) la nulidad de la liquidación unilateral del contrato²; y (v) que se responsabilice a la Empresa y en consecuencia se la condene a indemnizar *“todos los perjuicios, lucro cesante, daño emergente, etc.”* derivados de los actos irregulares.

Para fundamentar estas reclamaciones, la demandante afirmó que el 26 de noviembre de 1996 suscribió con Ecopetrol el contrato DIJ-1147 cuyo objeto fue el mantenimiento mecánico de los oleoductos, poliductos, gasoductos y combustoleoductos de la Zona Centro del Distrito de Oleoductos de la demandada.

¹ En concreto, pidió la nulidad de las resoluciones 010 del 9 de octubre de 1998, n° 01 del 5 de enero de 1999, n° 02 del 27 de enero de 1999, n° 03 del 11 de marzo de 1999, y la nulidad de *“cualquier acto u operación administrativa que se haya dictado con posterioridad a las señaladas anteriormente pero que tengan relación directa o indirecta y fundamento en los mismos (sic) o en el contrato DIJ-1147, todo lo anterior con base en el principio del decaimiento de los Actos Administrativos”*

² Resoluciones n° 009 del 8 de octubre de 1999.

El contrato incluía cláusula penal pecuniaria, facultad de imposición unilateral de multas por parte de Ecopetrol, y otros poderes exorbitantes en cabeza de la entidad contratante, particularmente, el de declarar la caducidad del contrato en caso de que el contratista lo incumpliera de manera grave. Sin embargo, la cláusula 24 del contrato expresaba la autorización del contratista a Ecopetrol para que descontara las sumas correspondientes cuando el contratista no pagara sus obligaciones con sus trabajadores, con un 20% de recargo para Ecopetrol por concepto de administración.

Mediante la resolución nº 010 del 9 de octubre de 1998, Ecopetrol declaró la caducidad del contrato, circunstancia protestada por Protécnica alegando que:

1) Como parte del consorcio que conformó con la sociedad Constructora Kepler S.A. de C.V., celebró anteriormente otro contrato (DIJ-940), con Ecopetrol en el cual incurrió en sobrecostos y sufrió el desequilibrio económico, influyendo en la ejecución de ese contrato y en el DIJ-1147 de mantenimiento. Allí, solicitó el restablecimiento del equilibrio, Ecopetrol no respondió, e inició ante la jurisdicción una “*acción de cumplimiento*” para hacer valer el silencio administrativo positivo. Así, Ecopetrol declaró la caducidad del contrato DIJ-1147 como represalia a esta reclamación judicial.

2) La decisión sancionatoria se tomó cuando el contrato se venía ejecutando con normalidad, y el cumplimiento de las obligaciones contractuales no se afectó pese a la crisis económica que por entonces atravesaba Protécnica.

3) Durante la ejecución del contrato, Protécnica solicitó a la Superintendencia de Sociedades (en adelante, Supersociedades) que admitiera el trámite de concordato o acuerdo de recuperación de los negocios con sus acreedores. Este hecho fue conocido por la contratante, que hizo caso omiso de la información y actuó en contravía del artículo 103 de la Ley 222 de 1995.

4) Los incumplimientos prestacionales de Protécnica con sus trabajadores pudieron ser conjurados por Ecopetrol mediante la aplicación de la cláusula 24 del contrato.

5) Ecopetrol impidió que Protécnica siguiera ejecutando el contrato, aun cuando esa contratista dispuso para ese efecto, su personal y maquinaria en todo momento, y a que la decisión declarativa de caducidad estaba suspendida por estar pendiente de decidirse el recurso de reposición interpuesto por la contratista.

6) La decisión de caducidad fue extemporánea, porque quedó ejecutoriada 100 días después de extinguirse el plazo de ejecución del contrato, y tras el vencimiento del término para liquidar unilateralmente el negocio.

7) Ecopetrol vulneró las etapas probatorias que debían surtirse durante el trámite del recurso de reposición. De igual modo motivó el acto tomando de forma parcializada los testimonios practicados y “*repcionados a espaldas*” de la contratista.

8) Dos meses después de la decisión inicial, la Empresa confirmó la caducidad del contrato, reiterando las motivaciones del acto recurrido y sin tener en cuenta los argumentos de la impugnación.

Posteriormente, la entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato.

2.2. Trámite procesal relevante

El 8 de noviembre de 2001, el Tribunal Administrativo de Santander **admitió** la demanda³ y ordenó su notificación a Ecopetrol y al agente del Ministerio Público.

Al **contestar la demanda**, Ecopetrol se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones⁴.

Mediante auto del 24 de noviembre de 2003⁵, el Tribunal admitió al señor Luis Ernesto Páez Téllez como *“tercero interviniente por la parte activa”*.

El 8 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo de Santander profirió **sentencia de primera instancia**⁶ en la que negó las pretensiones de la demanda.

Mediante memorial del 25 de abril de 2012, la parte demandante presentó **recurso de apelación** en contra del fallo de primera instancia⁷, el cual fue concedido mediante auto del 26 de septiembre de 2012.⁸

El 10 de octubre de 2012, se corrió traslado a las partes para presentar sus **alegatos de conclusión en segunda instancia**⁹ ocasión en la que Ecopetrol¹⁰, Protécnica¹¹ y la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado¹² se pronunciaron.

Por auto para mejor proveer del 16 de noviembre de 2017 la Sala de Subsección decretó de pruebas de oficio¹³.

III. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos de la sentencia de mérito

La Sala tiene **competencia** para conocer del presente asunto, toda vez que es una controversia contractual en donde una de las partes del negocio bajo juzgamiento es Ecopetrol.

³ F. 92-94, c. 1

⁴ F. 101-131, c. 1

⁵ F. 631-632, c. 1

⁶ F. 706-725, c. ppal.

⁷ F. 765-799, c. ppal.

⁸ F. 807, c. ppal.

⁹ F. 809, c. ppal.

¹⁰ F. 832-848, 928-937, c. ppal.

¹¹ F. 878-927, c. ppal.

¹² F. 939-955, c. ppal.

¹³ F. 962, c. ppal.

Para el momento en que se interpuso la demanda originaria del proceso, dicha entidad se regía por los estatutos incorporados en el Decreto 1209 de 1994 cuyo artículo 1º señalaba que era una “*empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, autonomía administrativa y dispositiva, y con patrimonio propio e independiente*”. Por ende, es uno de los tipos de entidades estatales enunciadas por el artículo 2 – literal a) de la Ley 80 de 1993¹⁴, y la jurisdicción competente para sus controversias contractuales es la contencioso administrativa según lo dispone el artículo 75 del mismo estatuto¹⁵.

Por otra parte, la Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en contra de sentencias de los Tribunales Administrativos (en este caso, el de Santander). Además, en razón de su cuantía, el proceso tiene doble instancia conforme a las reglas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984 - C.C.A.)¹⁶.

En relación con la **caducidad** de la acción, teniendo como punto de partida el día siguiente al de la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución nº 009 de 1999, esto es, el 19 de noviembre de 1999¹⁷, se tiene que la demanda fue presentada dentro del término bienal correspondiente a la acción de controversias contractuales.

Por último, los extremos procesales están **legitimados en la causa** por activa y por pasiva, respectivamente, al haber suscrito el contrato DIJ-1147 que da lugar a la controversia.

2. Identificación y planteamiento de problemas jurídicos

En la sentencia apelada, el **Tribunal** identificó seis cuestiones a dilucidar: (i) la competencia funcional de la Vicepresidencia de Transporte de Ecopetrol para declarar la caducidad del contrato; (ii) la competencia temporal para adoptar la mencionada decisión; (iii) la incidencia de la admisión en trámite concordatario en la caducidad del contrato; (iv) la violación del debido proceso por parte de Ecopetrol; (v) la proporcionalidad y razonabilidad de la caducidad del contrato; (vi) la supuesta falsa motivación y desviación de poder de los actos acusados. También manifestó que el análisis se haría conforme a la Ley 80 de 1993, norma vigente al momento de celebrarse el contrato y de expedirse los actos demandados.

¹⁴ “1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **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%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (Subraya la Sala)

¹⁵ “ARTÍCULO 75. DEL JUEZ COMPETENTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

¹⁶ Para la fecha de interposición de la demanda estaba vigente el artículo 129 del C.C.A, que establecía que el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. De acuerdo con los artículos 132-8 del C.C.A. en concordancia con el 265 del mismo Código, para el 2001 la cuantía del proceso debía exceder de \$26.390.000 para ser de doble instancia, monto superado por el valor estimado de las pretensiones expuesto por la demanda (\$1.000.000.000)

¹⁷ Día hábil siguiente al de la desfijación del edicto que notificó la resolución (f. 222-225, carpeta 1)

Ante el problema (i), la sentencia no encontró configurada la falta de competencia funcional porque la Gerencia del Distrito de Oleoductos hacía parte de la Vicepresidencia de Transporte de Ecopetrol, según el organigrama de esa empresa, exhibido en su página web, y el artículo 2º del Decreto 409 de 2006. En cuanto al (ii), tomando la primera resolución, manifestó que la demandada adoptó la caducidad del contrato oportunamente, antes de vencerse el plazo de ejecución del contrato. Sobre el (iii), afirmó que al momento de declarar la caducidad, Ecopetrol no sabía del trámite concordatario de Protécnica. En torno al (iv) señaló que no hubo violación al debido proceso porque en contra de las decisiones enjuiciadas sólo podía intentarse el recurso de reposición. Luego, expresó la gravedad de los incumplimientos de Protécnica que justificaban la medida de caducidad para resolver el problema (v), y por último indicó que no hubo falsa motivación ni desviación de poder en los actos demandados descartando una respuesta afirmativa al problema (vi).

La **apelación** se opone a la fundamentación del fallo argumentando que:

(i) El Vicepresidente de Transportes de Ecopetrol no tenía competencia para declarar la caducidad del contrato porque este fue suscrito directamente por el presidente de la empresa y no hubo acto administrativo expreso de delegación de esta función hacia otro funcionario, supuesto necesario para que otro servidor adoptara la determinación. La única disposición que transfiere dichas funciones es el mismo contrato, pero en la Gerencia del Distrito de Oleoductos, nunca en el vicepresidente. Tampoco es válido sostener que la subordinación funcional de la Gerencia a la Vicepresidencia tenga el mismo efecto del acto de delegación, ni invocar normas del año 2006 para justificar estos asertos.

(ii) La caducidad fue proferida por fuera de todo término legal, debido a que el acto solo produjo efectos hasta que se produjo su ejecutoria, es decir, tras ser resueltos los recursos, y para ese momento el plazo contractual se había extinguido. Entender lo contrario propicia la violación al debido proceso y al derecho de contradicción de Protécnica.

(iii) La admisión de la demandante al trámite concordatario sí tenía la aptitud de oponerse a la declaratoria de caducidad del contrato, porque dicha información se adjuntó al recurso de reposición y no fue tenida en cuenta por Ecopetrol ni por el Tribunal, que únicamente consideró la primera resolución, que no adquirió fuerza ejecutoria sino hasta cuando se resolvió la impugnación administrativa.

(iv) Está demostrado que la caducidad del contrato fue una medida desproporcionada e irrazonable. En ese sentido, alega que nunca fueron negadas las dificultades económicas por las que pasó Protécnica, causadas por el desequilibrio ocasionado por la propia Ecopetrol en el marco de otro contrato, pero dichas dificultades en los pagos a trabajadores y proveedores no incidieron gravemente en la ejecución del contrato DIJ-1147, circunstancias que, a lo sumo, daban lugar a la terminación unilateral del contrato, no a la caducidad.

Agrega que la cláusula 24 del contrato contemplaba un derecho del contratista según el cual Ecopetrol podía asumir esas deudas con un recargo para el contratista, y no con una sanción contractual tan perjudicial como la caducidad del contrato.

Igualmente expresó que se violó el derecho de defensa toda vez que la contratista no fue citada a la práctica de los testimonios decretados durante el trámite del recurso de reposición, cuyo contenido conoció después luego de las respectivas diligencias.

(v) Hubo falsa motivación y desviación de poder, probada por las manifestaciones hechas por el administrador del contrato en nombre de Ecopetrol, así como de la transcripción magnetofónica de las reuniones sostenidas entre las partes.

Visto lo anterior la Sala deberá esclarecer estos interrogantes: (i) ¿la decisión de Ecopetrol, de declarar la caducidad del contrato DIJ-1147, fue proferida oportunamente y por la dependencia competente para ello?; (ii) ¿la admisión de Protécnica a trámite concordatario ante la Supersociedades incidía en la decisión de caducidad?; (iii) ¿declarar la caducidad del contrato DIJ-940 fue proporcionado y razonable en función del cumplimiento de las obligaciones contractuales, en torno a la situación por la que atravesaba la contratista?; (iv) ¿la cláusula 24 del contrato era una salida menos gravosa para el contratista y, por lo tanto, de aplicación preferente ante la caducidad del contrato?; (v) ¿hubo falsa motivación en las decisiones administrativas demandadas?

En todo caso, el primer ítem a develar en este asunto, transversal para la solución del conflicto entero y que marcará el desarrollo de las anteriores problemáticas es identificar el régimen jurídico del contrato generador de esta controversia.

3. El régimen jurídico del contrato DIJ-1147

Según el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, los contratos concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables continuaban rigiéndose por el régimen especial que les era aplicable, que, en el caso de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado¹⁸, como para ese entonces lo era Ecopetrol, era el régimen de derecho privado¹⁹⁻²⁰.

¹⁸ **DECRETO 062 DE 1970**, por el cual se aprueban los Estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos y se dictan otras disposiciones. En su artículo 1º fue aprobado el acuerdo núm. 1 de 1969 de la Junta de Directores de Ecopetrol, que en su artículo 2º dispuso: “*La Empresa Colombiana de Petróleos es una Empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Petróleos, con personería jurídica, autonomía administrativa y dispositiva, y con patrimonio propio e independiente. En su organización interna y en sus relaciones con terceros, continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos*”.

¹⁹ **DECRETO 1050 DE 1968**, artículo 6. “*De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, [...]*”.

²⁰ Este régimen se mantuvo con la reforma a los estatutos de Ecopetrol que se produjo con el Decreto 1209 de 1994, que en su artículo 1º -que replicó la disposición contenida en el Decreto 62 de 1970- la caracterizó como empresa industrial y comercial del Estado, que “[e]n su organización interna y en sus relaciones con terceros continu[ó] funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos, salvo las excepciones consagradas en la ley”.

Ahora bien, como una clara excepción al régimen general contractual de Derecho privado, el referido artículo 76 de la Ley 80 preveía que a las entidades estatales dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables les correspondía determinar, en sus reglamentos internos, *“las cláusulas excepcionales que podrán pactarse”*, de modo que el legislador consintió expresamente la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de empresas que, como Ecopetrol²¹, tuvieran por objeto la exploración, explotación y comercio de hidrocarburos, cuando así lo previere en sus reglamentos internos²². No huelga, por lo demás, recordar que dentro del objeto comercial e industrial²³ de Ecopetrol se encontraba el mantenimiento, disposición y manejo de oleoductos, gasoductos y poliductos.

Por otro lado, como lo advirtió esta Corporación en su momento²⁴, pese a que – conforme al artículo 31 del Decreto 3130 de 1968²⁵– el régimen general de actos y contratos de las empresas de economía mixta era de Derecho privado²⁶, *“la creación, organización y algunos aspectos de su funcionamiento, control fiscal, inspección técnica y relaciones con la administración, están sometidos a disposiciones de Derecho Público, por ser entes vinculados a la administración central, por razón de la consiguiente tutela que sobre ellos ejercen los organismos principales de ésta, o por que prestan en algunos casos servicios públicos, en coordinación con la política general del Gobierno, en tanto que las actividades específicas de naturaleza industrial y comercial que tienen como objeto están reguladas por el Derecho Privado, con las excepciones de la Ley”*. Así, la delegación interna de funciones, como elemento cardinal del régimen de funcionamiento de las entidades estatales, era regulada con carácter general en el artículo 23 del Decreto 3138 de 1968²⁷ y, en particular, por el Decreto 1209 de 1994, en que se definían las funciones que la Junta Directiva podía delegar al presidente de la compañía [art. 9, lits. d) y e)], y las que este último estaba facultado para delegar en funcionarios de la empresa [art. 14, lits. h) y l), 17 y 18].

4. Prueba pericial practicada y objeción por error grave

La señora Gloria Elsa Cárdenas Ramírez, contadora de profesión, rindió dictamen pericial cuyo objeto radicó en la cuantificación de los perjuicios pretendidos por la demandante. Inicialmente, se pronunció a través de documento del 20 de agosto

²¹ DECRETO 1209 DE 1994, artículo 1º.

²² En ello difiere el régimen vigente al momento de la celebración del contrato debatido en el asunto de autos del régimen posterior, establecido en el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006, conforme al cual, todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol “se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”, sin que en esta nueva normativa el legislador haya consentido la inclusión de cláusulas excepcionales.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-722 de 2007.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de diciembre de 1970, rad. núm. 487.

²⁵ “Artículo 31.- De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos”.

²⁶ Al respecto: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de marzo de 1990, M.P. Rafael Romero Sierra. Reiterado en: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 26 de julio de 1990, exp. 5385.

²⁷ “De la delegación interna de funciones. Con las formalidades y en los casos previstos por los estatutos, las juntas o consejos directivos podrán delegar en los representantes legales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado el cumplimiento de ciertas funciones o la celebración de determinados actos; igualmente, señalarán las funciones o actos que dichos representantes pueden delegar en otros servidores del respectivo organismo”.

de 2004²⁸, y después, a instancia de las partes, aclaró su peritaje mediante escrito del 18 de agosto de 2005²⁹.

4.1. Inicialmente, expresó en el primer memorial presentado que el daño emergente correspondía al valor porcentual del contrato que quedó por ejecutar, correspondiente a 74 días contados a partir de la fecha *“de suspensión del contrato”*, equivalente al 10,1369% del plazo contractual. Extrae la cifra concreta a través de la multiplicación del valor del contrato (equivalente al 100%) por dicho porcentaje para extraer, como valor histórico, la suma de \$ 520'392.551,00.

4.1.1. Así mismo, efectuó un análisis financiero de Protécnica con sustento en el libro mayor, de inventarios y balances de los años 1992 a 2001, en el que tomó en cuenta:

4.1.1.1. Los resultados de la *“prueba ácida”* con los que resaltó que Protécnica contaba, entre los años 1992 y 1997 con *“excelente liquidez, ya que por cada peso que debía a corto plazo, tenía más de un peso para cancelar sus deudas”*, sin embargo a partir de 1998 la sociedad ya no tenía el mencionado nivel porque *“por cada peso que debía tenía menos de un peso para cancelar sus pasivos corrientes”*.

4.1.1.2. Los índices de razón corriente, por su parte, arrojaban idénticas conclusiones a los resultados anteriores.

4.1.1.3. El índice del patrimonio, que entre los años 1992 y 1997 apuntaban a que *“la utilidad del patrimonio iba en ascenso, con índices bastante altos a favor de los socios”*, pero desde 1998 en adelante *“se observa que la Sociedad quedó descapitalizada, pues tuvo que recurrir a todo el patrimonio de los socios para cancelar sus obligaciones y a la vez, la empresa generó pérdidas ya que tenía sus gastos fijos pero no estaba desarrollando su actividad y no obtenía ingresos”*.

4.1.1.4. El nivel de endeudamiento de Protécnica que luego de 1998 *“pasó del 100%, lo que quiere decir que agotaron todo el patrimonio y aún los Activos no alcanzaban para cancelar todas sus deudas. Esta situación, fue debido a las altas pérdidas que tuvo la Sociedad a partir de este año, las cuales generaron un patrimonio negativo”*.

4.1.1.5. El capital de trabajo, según el cual, en el período 1992-1997 *“la empresa tenía solvencia económica y tenía capital de trabajo para atender sus gastos fijos”*, mientras que a partir del año 1998 *“la empresa no estaba generando ingresos y sus deudas fueron creciendo, junto con los intereses, y también por otras deudas que fue adquiriendo para cumplir con sus compromisos de corto plazo y gastos fijos”*. Y agrega que: *“De 1997 (sic) en adelante el capital de trabajo de la empresa era negativo. Lo que quiere decir que no tenía capital de trabajo.”*

²⁸ F. 633-688, c. pruebas 2.

²⁹ F. 778-799, c. pruebas 2.

4.1.1.6. El rendimiento del activo, del cual la experticia deduce *“un crecimiento notable”* durante los años 1992-1995, *“ocurriendo lo contrario a partir del año 1996, encontrando que en estos años la sociedad tuvo que vender casi todos sus activos para cancelar sus deudas”*.

4.1.2. Calculó el daño al *“Good Will”* de Protécnica con sustento en la capacidad de contratación y en el patrimonio total de la sociedad para el año 1997 –fecha en la que *“se inició la caducidad del contrato y como consecuencia, el concordato de la Sociedad”*, en una suma de \$1.887'361.303.

4.1.3. Ofreció dos *“alternativas”* para calcular el lucro cesante dejado de percibir por la sociedad demandante:

4.1.3.1. La primera *“de acuerdo a las utilidades de los activos totales”*, estableciendo *“una utilidad promedio sobre el activo total de la empresa, con el fin de que se pueda establecer la utilidad por cada \$100 pesos del Total de los Activos que involucraban el objeto social de la empresa”*. A partir de los promedios de utilidad entre los años 1992 y 1996 extrajo un promedio de utilidad de 3,0943%, y desde 1997 multiplicó los activos totales por el promedio para una suma de \$1.817.444.152. Explicó que después del año 1997 las proyecciones de utilidad y el valor de los activos totales fue el mismo, explicando así que:

“Es de aclarar que cuando se declara la caducidad se debe parar la empresa en las condiciones en que se encuentra y desde ese año se deben proyectar las utilidades con el promedio de utilidades que tenían los activos involucrados en la empresa, los cuales debían generar una utilidad por cuanto la Sociedad no estaba generando ingresos, por no poder licitar con entidades públicas, las cuales conformaban el 100% de sus clientes”

4.1.3.2. La segunda, tomando la *“capacidad de contratación como constructor y consultor”* a partir de 1998 y hasta el 2001, último año aportado al expediente, que multiplicado por el promedio de utilidad le dio un total de \$4.776.967.408.

4.2. Mientras que la parte demandante intervino en el dictamen para solicitar una adición en la que se determinarían los perjuicios ocasionados al señor Luis Fernando Páez Téllez en calidad de interviniente³⁰, la demandada solicitó³¹ a la experta que aclarara: (i) si para cuantificar los perjuicios *“la profesional realizó la comprobación de hechos que le permitan establecer una relación causa efecto”* entre las pérdidas reclamadas y la caducidad del contrato; (ii) si la fecha desde la cual calculó los perjuicios había sido el año 1997 o 1998, porque este último fue aquel en que se dictó la resolución de caducidad del contrato; (iii) cuál fue la fórmula empleada para establecer la valoración del *“Good Will”* advirtiendo que el *“sistema empleado no guarda relación con las teorías expuestas y no tiene asidero práctico ni legal”*; (iv) la razón que sostenía haber establecido un promedio de utilidad entre los años 1992 y 1996, dividido por 5 si la empresa funcionó normalmente.

³⁰ F. 749, c. pruebas 2.

³¹ F. 750-751, c. pruebas 2.

4.2.1. A la primera observación, la contadora reiteró las cifras y sostuvo que utilizó los libros mayores, estados financieros y declaraciones de renta de Protécnica.

4.2.2. A la segunda solicitud, respondió que tomó el año 1997 como parámetro porque hasta ese año Protécnica no reportaba pérdidas, y ya en el año 1998 se comenzaron a vislumbrar pérdidas *“como consecuencia de la paralización de un contrato que se venía ejecutando normalmente y la muerte civil de la empresa, pues su objeto social (...) era la contratación con el Estado”*.

4.2.3. En relación con la fórmula para cuantificar el perjuicio del *“Good Will”* la perita aclaró que *“la fórmula empleada no fue la que se quería plantear”* sino que su propósito fue *“establecer (...) un porcentaje de relación entre el Activo Total con Respecto a la Capacidad de contratación (...) que en este caso sería lo tangible”*. Es decir, que para extraer el porcentaje correspondiente a este rubro tomó:

“... la diferencia entre el 100% de la Capacidad de Contratación y el porcentaje resultante de la relación (tangible) = 100% menos % de la relación, para establecer el porcentaje del Good Will (intangibile) que tiene que ver con la capacidad de personal de ingenieros, técnicos, infraestructura, la buena reputación de la sociedad, su servicio excelente, su ubicación favorable, capacidad de credibilidad o buen nombre, el grado de intelectualidad del recurso humano etc.”

Bajo estas hipótesis indicó que conforme a este concepto debía resarcirse el valor del patrimonio del año 1997 sumado al 80,98% del mismo, que vendría a ser el porcentaje de *“Good Will”*, dando como resultado la suma de \$1.887.361.303.

4.2.4. Rectificó la suma de lucro cesante bajo la primera alternativa, y en su lugar efectuó el promedio de utilidades incluyendo el año 1997. Bajo dicha nueva formulación, el lucro cesante fue calculado en \$1.321.065.396.

4.3. Ecopetrol objetó por error grave el dictamen³² por estas razones:

4.3.1. La cuantificación del daño emergente la encuentra viciada porque desconoce el modo de pago mensual del contrato mediante actas parciales, y debido a que el monto de este perjuicio no está dado por el monto total de lo que la contratista hubiera podido facturar de acuerdo al número de días que faltaron para culminar el plazo del contrato, sino por el A.I.U. que pudiera haber facturado el contratista. Además, la forma de calcular ese rubro desconoce que las actas mensuales comprendían sumas que debía sufragar el contratista como el pago de salarios, prestaciones, parafiscales relacionados con el personal básico, operación de equipos, horas extras, viáticos, entre otros conceptos.

4.3.2. Cuando la perita afirma en su análisis financiero que los ingresos de la sociedad empezaron a mermar desde el año 1997, desconoce el marco del caso concreto en el que se discute lo acontecido con la ejecución del contrato DIJ-1147 cuya ejecución fue normal durante el año 1997, pero se afectó en 1998, alejándose por completo el aspecto temporal del conflicto y de cualquier relación causa-efecto relacionada con la realidad del caso.

³² F. 869-886, c. pruebas 2.

4.3.3. En torno a la cuantificación del “*Good Will*”, censuró que la experta haya establecido la capacidad de contratación (K) con la información disponible para los años 1996 y 1997, “*sin que hubiera investigado o consigne el correspondiente a cada año del periodo analizado*”. Agrega que también erró al apreciar la K de los años en mención:

“... pues Protécnica está calificado como constructor y como consultor que son actividades diferentes a las cuales se le otorga una capacidad contractual en salarios mínimos mensuales, de manera también independiente según sea el contrato de consultoría, o de obra pública.”

Igualmente estima que al tomar el año 1997 como parámetro a partir del cual se evidenciaron los efectos de la caducidad desconoce que la decisión fue adoptada el 9 de octubre de 1998 y quedó ejecutoriada el 12 de abril de 1999, retrotrayendo los efectos de un acto a una época anterior a su existencia.

4.3.4. Acusa que el peritaje erra también al cuantificar el lucro cesante, bajo las dos alternativas presentadas, con un promedio de la utilidad de los años 1992 a 1996 aplicado desde 1997 en adelante porque parte de hechos irreales y permite que “*el promedio de utilidad se establezca sin que se afecte por las pérdidas que la empresa produjo en los años 97 y 98.*”

4.4. Con miras a decidir la objeción presentada por la demandada, no resuelta por el Tribunal, la Sala estima prudente recordar cómo, de manera constante, la jurisprudencia nacional ha definido el error grave. Así, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“... por “error” se entiende el “concepto equivocado o juicio falso” y por “grave” lo que es “grande, de mucha entidad o importancia”, según se define en el Diccionario de la Real Academia Española, es claro que no cualquier tacha contra el dictamen conduce a descalificarlo. Los reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos.”

La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen pericial, “es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven”³³⁻³⁴

De allí que la jurisprudencia de esta Corporación haya sostenido que la objeción por error grave “*procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por su falencia fáctica intrínseca, a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto*

³³ “Auto de 8 de septiembre de 1993, CCXXV-455.” (cita nº 3 de la providencia)

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2005. Exp. C-2530731840012001-00005-01. Reiterado por la misma Corporación en sentencia del 6 de julio de 2007. Exp. 7504.

*parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia*³⁵.

Al punto es necesario insistir en que la prueba pericial no es nada distinto que un medio de convicción, y en ese sentido, bajo ninguna perspectiva reemplaza al juez en su labor de valoración integral de todos los elementos contenidos en el plenario, conforme a la sana crítica, aspecto ya resaltado por la jurisprudencia de la Sección en estos términos:

*“... el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.”*³⁶

Teniendo en cuenta estas nociones, en relación con las censuras elevadas por la demandada, la Sala encuentra que:

4.4.1. Respecto a la objeción planteada en el párrafo 4.3.1., a la actora le asiste razón en afirmar que la pericia yerra al apreciar incorrectamente la realidad contractual toda vez que el valor correspondiente a lo dejado de ejecutar, que no correspondería a un daño emergente sino a un lucro cesante, debía evaluarse a la luz de la totalidad del clausulado del contrato DIJ-1147, es decir, que no sólo debía guiarse por lo indicado en el incluyendo su cláusula novena relativa al valor estimado del contrato (*infra*. párr. 5.2.5.) sino que debía considerar las cláusulas cuarta y décima, una contentiva de las obligaciones del contratista y la otra indicadora de la forma de pago a través de actas parciales según los mantenimientos realizados y recibidos por la Empresa.

De haber tenido en cuenta esos aspectos, de remarcada importancia, la perita no sólo habría calculado un valor ajustado a la realidad sino que habría reducido significativamente el supuesto monto de la condena, advirtiendo que las actas comprendían gastos que debía asumir la contratista, entre ellos, los de salarios y prestaciones sociales del personal a su cargo.

Por ende, al reflejar una situación contraria a la realidad, la objeción planteada prospera en este punto.

4.4.2. Sobre el reproche expresado en el punto 4.3.2., la Sala estima que este no cuestiona los supuestos fácticos del análisis financiero contenido en el dictamen sino su eficacia probatoria, en tanto protesta que haya tenido en cuenta períodos anteriores a la adopción de la decisión de caducidad, algo que innegablemente repercute en la aptitud e idoneidad del medio de convicción pero que, de acuerdo a los conceptos recién referidos, no constituye un error grave.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912).

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2008. Rad. 25000-23-26-000-1995-01099-01(16706).

4.4.3. Por su parte, el cargo expresado en el numeral 4.3.3. de este acápite da cuenta de un ataque a la manera y como la experta tasó un supuesto perjuicio al “*Good Will*”, y al período que ella apreció. Es un hecho probado que el acto demandado data del mes de octubre de 1998, y la petición de prueba reseñada en la demanda indicaba que los perjuicios debían ceñirse a los ocasionados por la decisión impugnada razón por la cual la experta no podía tergiversar el objeto de su análisis por fuera del marco temporal que se le solicitaba. Esta razón, e igualmente la señalada en el numeral 4.3.4. también generan error grave en el dictamen.

4.5. Por lo tanto, la Sala declarará parcialmente próspera la objeción del dictamen por errores graves, en los términos expresados en los puntos anteriores.

5. Pruebas objeto de valoración

Dicho lo anterior, la Sala relacionará los elementos de convicción recaudados durante el proceso, analizando en lo pertinente los manuales internos de la entidad demandada en lo que concierne a su faceta contractual (5.1.) para después atender: (5.2.) el pliego de condiciones y el texto contractual; (5.3.) las situaciones relevantes ocurridas durante la ejecución del negocio jurídico, (5.4.) el proceso concordatario y luego liquidatorio de la sociedad demandante, (5.5.) los actos demandados y el trámite del recurso de reposición interpuesto por Protécnica, y (5.6.) la situación de otros contratos celebrados por la actora, en lo que resulte pertinente.

De antemano, se advierte que en el plenario obran varios documentos en copia simple, que serán valorados de acuerdo con la pauta hermenéutica fijada en los pronunciamientos del 28 de junio de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁷, acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia del 30 de septiembre de 2014³⁸.

Así mismo, se tendrán en cuenta los documentos aportados en segunda instancia por Ecopetrol, en virtud del decreto oficioso probatorio hecho por la Sala, pese a que la entidad requerida aportó parcialmente el denominado “*Manual de Control Administrativo*” puesto que, contrario a lo esgrimido por la parte actora, este elemento resulta suficiente y pertinente para valorar si hubo o no delegación administrativa en el Vicepresidente de Transporte para proferir los actos enjuiciados.

5.1. Manuales y reglamentos internos de Ecopetrol

5.1.1. Por orden de la Sala³⁹, la entidad demandada aportó el Manual de Contratación adoptado en la sesión del Comité Ejecutivo de la Empresa del 14 de diciembre de 1993 (f. 978-999, c. ppal.) y “*los apartes correspondientes a contratación del Manual de Control Administrativo vigente a partir del 15 de enero*

³⁷ Exp. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)

³⁸ Exp. 11001-03-15-000-2007-01081-00(REV)

³⁹ Fue una de las pruebas documentales decretadas de oficio mediante el auto de 16 de noviembre de 2017.

de 1997, que relaciona en el anexo 3 la matriz de asignación de autorizaciones y aprobaciones de la Vicepresidencia de Transporte de conformidad con Comunicación VIT-0330 del 19 de diciembre de 1996, que contiene la facultad para el Vicepresidente de Transporte y otros niveles para terminar contratos”.

En el memorial con el cual allegó la documentación respectiva, Ecopetrol sostuvo que el Manual de Contratación sería el vigente para mayo de 1996 conforme a los hechos relatados por la demanda, sin embargo allí también expresó lo siguiente:

“... de acuerdo con la relación de versiones que contiene la versión número 3 del Manual de Contratación vigente a partir del 1 de septiembre de 2006, la versión 00 se expidió el 20 de noviembre de 1996 y el Contrato objeto de controversia se suscribió el 26 de noviembre de 1996 (...)

En tal sentido, consideramos que el Manual que reguló el proceso de selección y el contrato objeto de controversia fue el vigente desde 1994, el cual anexamos, lamentablemente a pesar de las consultas y búsquedas realizadas al interior de la organización, no nos fue posible ubicar la versión del Manual Vigente para el 20 de noviembre de 1996, con el fin de anexarlo para las valoraciones pertinentes.”

5.1.2. Del Manual de Contratación aportado es relevante traer a colación lo siguiente:

5.1.2.1. En el punto 2 titulado “MARCO LEGAL PARA LA CONTRATACIÓN” se señaló lo siguiente:

“Los contratos que celebra la Empresa Colombiana de Petróleos se sujetan a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 que contiene el Estatuto General para la Contratación de la Administración Pública.

Los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades industriales y comerciales propias de la Empresa Colombiana de Petróleos, se regularán por este Manual, en cuanto al procedimiento de selección de contratistas, las cláusulas excepcionales que pueden pactarse, las cuantías y los trámites a que deban sujetarse.”

5.1.2.2. El punto 3 desarrollaba los procedimientos de selección de contratistas de la Empresa, entre los cuales se encontraba la licitación pública.

5.1.2.3. El punto 5 enunciaba los sistemas de precios adoptados por Ecopetrol en sus contratos, entre ellos el de “TARIFAS UNITARIAS”⁴⁰, “GASTOS AUTORIZADOS”⁴¹ y el de “GASTOS REEMBOLSABLES”⁴².

⁴⁰ Definido de acuerdo al punto 5.3. como el “sistema mediante el cual se pacta la remuneración por unidades de recursos, a cada una de las cuales le corresponde una tarifa determinada, en la que están comprendidos todos los costos directos e indirectos, incluidos los gastos de administración, impuestos, imprevistos, utilidades o factor multiplicador. El valor total del contrato será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de recursos utilizados, por la tarifa unitaria pactada para cada uno de ellos”.

⁴¹ Según el punto 5.4. era el “sistema mediante el cual el contratista, comprador o vendedor, con cargo a los recursos de ECOPETROL, y previa autorización de ésta, ejecuta las obligaciones a que se comprometió y que, con la periodicidad acordada, ECOPETROL le paga los costos indirectos (administración y utilidad) convenidos”

⁴² En el punto 5.5. dice que es aquel “mediante el cual el contratista, comprador o vendedor, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones a que se comprometió y que, con la periodicidad acordada, ECOPETROL le va reintegrando los costos directos comprobados y le paga los costos indirectos (administración y utilidad convenidos).

5.1.2.4. El punto 7.2., incluido dentro del capítulo de “**APROBACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN**” fijaba la exigencia de aprobación para contratar e indicaba delegaciones en el trámite, celebración y ejecución de los contratos de Ecopetrol, en estos términos:

“7.2. APROBACIÓN

Con base en el presupuesto de ECOPETROL se debe solicitar aprobación para la contratación al funcionario autorizado según la cuantía de la misma. El Presidente, conforme la autorización de la Junta Directiva, delega en los siguientes funcionarios ejecutivos de la Empresa, la tramitación, celebración y ejecución de contratos en nombre y representación de ECOPETROL, así:

NIVEL	NIVEL ORGANIZACIONAL	CUANTÍA SMLM
1	Presidente	Sin Límite
2	Vicepresidentes	Hasta 4.500
3	Directores, Gerentes, Subgerentes, Superintendente-SIA y Jefe de División de Materiales	Hasta 3.000
4	Jefes de División, Superintendentes, jefes de zona y Jefes de Depto. de Materiales	Hasta 1.500
5	Jefes de Departamento	Hasta 250
6	Jefes de Grupo, de Estación, Coordinadores de Proyectos, de Campos y UNIS.	Hasta 75

5.1.2.5. El numeral 11.1. refería las cláusulas excepcionales que podían pactarse en los contratos de Ecopetrol:

“11.1. CLAUSULAS EXCEPCIONALES

En los contratos de obra y en los de servicios que conlleven la construcción de obras que posteriormente deban ser transferidas a ECOPETROL, se pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

ECOPETROL puede pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios a los que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es decir, aquellos que se celebren para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de ECOPETROL.”

5.1.2.6. El punto 12 contenía las pautas para la liquidación de los contratos, su contenido, el responsable de hacerla y sus respectivas funciones, así como el término para efectuarla⁴³.

⁴³ “12. LIQUIDACION DEL CONTRATO // Los contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo con el contratista. // En esta etapa se puede acordar con el contratista los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. // En el acta constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que se llegue para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse en paz y a salvo. // Para la liquidación se exigirá al contratista la ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato relativa a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, a las

5.1.3. El Manual de Control Administrativo de Ecopetrol, vigente para el 15 de enero de 1997⁴⁴ *“contiene las delegaciones que, en materia de contratación con terceros y manejo administrativo, confiere el Presidente de la Empresa a funcionarios ejecutivos de ésta, los cuales disponen de sus correspondientes niveles de autorización y aprobación”*.

5.1.3.1. En la tabla A el Presidente de la Empresa *“delegó en sus funcionarios ejecutivos las funciones de celebrar contratos y de ejecutar actos comprendidos dentro del objeto social de la Empresa”* conforme a niveles de autorización.

De acuerdo al documento, los niveles corresponden a *“la máxima cuantía que en cada caso un ordenador puede comprometer con terceros”*, y se fijaban teniendo en cuenta *“el valor del acto o contrato”*, además de los costos directos e indirectos allí involucrados.

A renglón seguido, en el cuadro en el que se reflejaron los distintos niveles de autorización se indicó que el nivel A11 no tenía límite de cuantía.

5.1.3.2. De acuerdo con el anexo 3 del Manual de Control Administrativo de la empresa⁴⁵, correspondiente a la matriz de asignación de autorizaciones y aprobaciones de la Vicepresidencia de Transporte, el cargo de Vicepresidente contaba con el nivel de autorización A11.

5.2. El contrato DIJ-1147: pliego de condiciones y texto del negocio jurídico

5.2.1. En mayo de 1996, a través de la Vicepresidencia de Transporte y Abastecimiento del Distrito de Oleoductos, Ecopetrol expidió el pliego de condiciones⁴⁶ de la denominada *“Licitación Pública DOJ-015-95”* cuyo propósito era la invitación a presentación de ofertas de contrato que tuvo por objeto el *“Mantenimiento mecánico de los oleoductos, poliductos, combustoleoductos y gasoductos de la Zona Centro del Distrito de Oleoductos de ECOPETROL,*

garantías que sean necesarias para avalar las obligaciones que deba cumplir el Contratista con posterioridad a la extinción del contrato. // Si el contratista no se presenta a la liquidación o no se llega a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por ECOPETROL y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición. // No requieren de liquidación los contratos de compraventa de hidrocarburos, derivados y productos, los de compraventa de bienes muebles, los de futuros y en general, todos aquéllos cuya ejecución no se prolongue en el tiempo. // 12.1. ACTA DE LIQUIDACIÓN // Es el documento mediante el cual se deja constancia de las cantidades de trabajo ejecutadas por el contratista, los pagos efectuados por ECOPETROL, los ajustes, revisiones, reconocimientos, conciliaciones, los descuentos realizados, bonificaciones concedidas, multas aplicadas, saldo a favor o en contra del contratista y las declaraciones de las partes acerca del cumplimiento de sus obligaciones. // 12.2. RESPONSABLE // Esta labor debe ser efectuada por quien designe el funcionario autorizado que celebró el contrato. // 12.3. FUNCIONES // 12.3.1. Consultar toda la información acerca del contrato, tal como: pliego de condiciones, contrato principal, contratos adicionales o accesorios, actas, cuentas de cobro, reclamaciones, etc. // 12.3.2. Convocar al contratista y acordar la(s) oportunidad(es) para llevar a cabo la diligencia. // 12.3.3. Efectuar un balance entre lo ejecutado y lo pagado, conforme a las actas. // 12.3.4. Efectuar un balance de los materiales entregados por ECOPETROL, si es el caso. // 12.3.5. Hacer los ajustes monetarios a que haya lugar, por concepto de errores aritméticos detectados en dichos balances. // 12.3.6. Determinar el valor final del contrato. // 12.3.7. Si es del caso, efectuar un análisis a los ítem (sic) sobre los cuales haya discrepancias, presentando su respectiva recomendación. // 12.3.8. Elaborar y suscribir el acta de liquidación, sometiéndola a la firma del contratista y a la aprobación del funcionario autorizado. // 12.4. TÉRMINO La liquidación del contrato se debe realizar dentro del término fijado en el pliego de condiciones, o en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que disponga la terminación.”

⁴⁴ F. 1057-1060, c. ppal.

⁴⁵ F. 1061 y 1062, c. ppal.

⁴⁶ F. 1-114, carpeta 1.

jurisdicciones de los Departamento (sic) de Santander y Cesar, por el sistema de tarifas y gastos autorizados". Según el mismo documento:

"La presente Licitación, y el contrato que llegue a suscribirse, están sometidos a la Ley Colombiana, y en especial, se rigen por normas del Código de Comercio, Código Civil y las pertinentes de la Ley 80 de 1993 y sus reglamentos."

La localización de los trabajos licitados comprendía las zonas operacionales 1 y 5 del Distrito de Oleoductos, conformado por los sistemas "POLIDUCTO GALAN BUCARAMANGA" de 95 km. de longitud y un diámetro que oscilaba entre las 12"-10"-6"-4", el "GASOLINODUCTO RIO LEBRIJA GALAN" de 68 km. y 14", el "OLEODUCTO RIO LEBRIJA GALAN" de 68 km. y 8", el "COMBUSTOLEODUCTO GALAN RIO LEBRIJA" de 68 km. y 18", el "GASODUCTO RIO SOGAMOSO CIB" de 27 km. y 12", el "POLIDUCTO GALAN SEBASTOPOL" de 111 km. y 16', el "OLEODUCTO SEBASTOPOL CIB" de 111 km. y 20", el "POLIDUCTO GALAN SEBASTOPOL" de 111 km. y 16" y el "PROPANODUCTO GALAN SEBASTOPOL" de 114 km. y 8", la "estación GALAN" y la "TERMINAL CHIMITA".

Y el alcance de los mismos consistía en la "[e]valuación periódica del estado de las tuberías, sus estructuras de soporte, válvulas y accesorios de las líneas, la Estación de Bombeo de Galán y el Terminal Chimitá. La cuantificación, diseño y programación de los trabajos necesarios para garantizar óptimas condiciones de operación y la ejecución de los mismos (...) También los trabajos de mantenimiento solicitados en la Estación y Terminal, las reparaciones y trabajos necesarios para la atención de emergencias y todas las actividades que constituyen las funciones básicas descritas en las Bases Técnicas (...)" para lo cual el contratista debía utilizar "el personal, materiales, equipos, repuestos, vehículos y demás servicios que requiera, con sujeción a las condiciones" señaladas en los mismos pliegos.

El documento señaló que el contratista debía garantizar el suministro general de las maquinarias, equipos y herramientas necesarias para ejecutar los trabajos, estableciendo que el contratista estaba "obligado a dar exacto cumplimiento a los contratos que suscriba con terceros para suministro de maquinaria o equipos", y que si por algún motivo Ecopetrol se veía conminado a pagar alguna cuenta en relación con estos ítems, se le descontaría al contratista "cualquier pago parcial o del final, recargando dicho valor con un 20% por administración".

Por otro lado, los pliegos señalaban que era deber del contratista suministrar y mantener el "personal idóneo y calificado de directivos, profesionales, técnicos, administrativos y obreros" allí especificados. Así mismo, expresó que era obligación del contratista "suscribir contratos individuales de trabajo con el personal que utilice en la obra", y que sería "por cuenta del CONTRATISTA el pago de salarios, viáticos, prestaciones sociales e indemnizaciones de todo el personal que ocupe en la ejecución de las obras". En ese orden de ideas, también sostuvo que:

“El CONTRATISTA deberá conciliar, ante la respectiva oficina de trabajo, las prestaciones e indemnizaciones a que hubiese lugar, cuando se reconozcan indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

El CONTRATISTA deberá responder oportunamente por toda clase de demandas, reclamos o procesos que interponga el personal a su cargo o el de los subcontratistas.

Si ECOPETROL fuere demandada por algún trabajador del CONTRATISTA o de un subcontratista, el CONTRATISTA deberá proceder inmediatamente a transar con el trabajador demandante. Si esto no fuere posible, pagará a ECOPETROL todos los gastos que se ocasionen por razón del proceso, incluidos los honorarios del abogado. Estas sumas serán descontadas por ECOPETROL de los saldos pendientes de pago o de la póliza para pago de salarios y prestaciones sociales. A las cuentas por este concepto, ECOPETROL recargará un 20% sobre el valor de los mismos por administración.”

En cuanto a la disponibilidad del personal básico, el pliego expresó que este debía cumplir la jornada laboral, sin embargo, expresó que este debería *“permanecer durante la vigencia del Contrato disponible todo el tiempo, todos los días, las 24 horas del día con el fin de atender las emergencias que se presenten o los trabajos que ECOPETROL requiera”*.

Allí se señaló que Ecopetrol tendría la potestad de declarar *“mediante resolución”* la caducidad del contrato *“si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización”*.

En relación con la liquidación del contrato, el pliego en su numeral 5.10 dispuso:

“5.10. LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO

Expirado el plazo para la ejecución de las obras, o cumplido el objeto del contrato, o ejecutoriada la resolución que declare la caducidad o terminación unilateral del contrato, se procederá a su liquidación final, en el término de tres (3) meses.”

5.2.2. El 26 de noviembre de 1996, Ecopetrol –representado por su Presidente “en ejercicio de sus facultades contenidas en el Manual de Contratación”- celebró el contrato DIJ-1147 con Protécnica⁴⁷ cuyo objeto, de acuerdo a la cláusula primera del negocio, fue:

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: El CONTRATISTA se obliga para con ECOPETROL a ejecutar con sus propios medios –materiales, equipos y personal-, en forma independiente y con plena autonomía técnica y-administrativa, hasta su terminación y aceptación final, los trabajos correspondientes al Mantenimiento Mecánico de los Oleoductos, Poliductos, Gasoductos y Combustoleoductos de la Zona Centro, ubicados en los Departamentos de Santander y Cesar, pertenecientes a las Zonas Operacionales 1 y 5 del Distrito de Oleoductos. PARÁGRAFO: En caso de discrepancias entre los diferentes documentos, primará el contrato, a continuación los adendos, la nota de audiencia informativa (suplemento), el pliego de condiciones de la Licitación Pública DOL-015.95 y, por último la oferta del contratista con sus respectivas correcciones aritméticas.”

⁴⁷ F. 594-608, c. 2.

5.2.3. La cláusula cuarta del contrato especifica las obligaciones especiales a cargo de Protécnica, de las cuales se resaltan las siguientes:

“CUARTA: OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONTRATISTA: Son obligaciones de EL CONTRATISTA: 1/) Contar con el personal y el equipo, tanto básico como opcionales para las labores de mantenimiento mecánico ofrecido en la propuesta; hacer las compras necesarias (Materiales, repuestos y herramientas), obtener los servicios requeridos y efectuar eficientemente el mantenimiento mecánico de los Oleoductos, Poliductos, Combustoleoductos y Gasoductos de la Zona Centro del DOL y las solicitudes de las estaciones de Galán y Chimitá, para cumplir con las funciones establecidas por ECOPEPETROL según los parámetros dados en el pliego de condiciones de la Licitación Pública DOL-015-95. 2/) Desarrollar como función básica las labores de mantenimiento mecánico necesarias con los parámetros que se establecen en el numeral 15.2 de las Bases Técnicas de los pliegos de condiciones. 3/) Responder por todo el mantenimiento de línea requerido, permitiendo realizar las operaciones de bombeo en óptimas condiciones. 4/) Preparar, someter a la aprobación de ECOPEPETROL y ejecutar los programas de mantenimiento necesarios según lo establecido en las Bases Técnicas de los pliegos de condiciones. (...) 10/) Materiales, Equipos y Herramientas. EL CONTRATISTA deberá suministrar, tanto en calidad, cantidad como en tiempo, todo el material, equipo y herramientas para la correcta ejecución de las labores de mantenimiento, de acuerdo con el Pliego de Condiciones. (...) Igualmente EL CONTRATISTA está obligado al recibo, descargue, almacenamiento, manejo y cuidado de los materiales, equipos y herramientas que ECOPEPETROL pueda suministrar, lo que implica instalaciones adecuadas, recursos humanos suficientes para lograr este fin eficientemente y vigilancia por su cuenta de dichos elementos en cualquier sitio que se disponga como base fija o campamento provisional. (...) En caso de faltantes o materiales, equipos o herramientas en mal estado, EL CONTRATISTA se obliga a reponerlos o repararlos en un período no mayor a 15 días calendario, o en su defecto autoriza que ECOPEPETROL lo descuenta de los saldos pendientes. El valor a descontar será su costo de reposición más un porcentaje por administración, igual al porcentaje que EL CONTRATISTA aplica a ECOPEPETROL por Costos indirectos de compras y servicios gastos autorizados. 11/) Del Personal. El Contratista es autónomo en las relaciones con sus trabajadores, pero estas deben sujetarse a las Leyes Colombianas, a la Convención Colectiva de Trabajo vigente celebrada entre ECOPEPETROL y su Sindicato Base USO y los requisitos consignados en el pliego de condiciones. (...) Vincular a todo el personal que labore para la ejecución del contrato con ECOPEPETROL, mediante contrato individual de trabajo escrito. ECOPEPETROL no acepta trabajadores con contrato verbal, ni ocasional, ni de prestación de servicio civil. Se entiende por trabajador ocasional aquel que labora por un período de corta duración (no mayor de un mes) en labores distintas a las actividades normales del patrono. El Contratista deberá entregar una copia del respectivo contrato de trabajo al trabajador y otra a la Interventoría del Proyecto. Reconocer los subsidios legales y/o convencionales, según el régimen laboral aplicable, tales como los de habitación, alimentación, compensación médico familiar, y primas tales como las de servicios, de vacaciones, así como las demás prestaciones de carácter legal y/o convencional a todo el personal vinculado al contrato con ECOPEPETROL, sin distinción alguna y en las mismas condiciones de modo, tiempo y lugar que las establecidas en la Convención Colectiva y/o la Ley. Los subsidios se pagarán durante todo el tiempo, es decir, que durante los períodos de incapacidad, permiso remunerado, tiempo de vacaciones o descansos compensatorios, no se descontarán para efectos del respectivo pago. Igualmente, a pesar de que se suministre campamento, debe reconocerse el subsidio de habitación. Además, El Contratista entregará a la interventoría, conforme a las fechas acordadas copia de las planillas quincenales de pago de salarios y reporte de tiempo del personal propio y de los Subcontratistas y comprobantes de pago de liquidación de prestaciones sociales con la firma y documentos de identificación de los trabajadores, acompañados de los certificados de los aportes hechos al ISS., o

a las Entidades Promotoras de Salud o a los Fondos Privados de Pensiones o a la Administradora de Riesgos Profesionales, al ICBF, al SENA y a la respectiva Caja de Compensación Familiar, facilitando su revisión por parte del personal que ECOPETROL designe para este efecto. (...) EL CONTRATISTA se obliga a indemnizar y exonerar de responsabilidad a ECOPETROL por todos los daños, reclamos, demandas, costos y gastos de cualquier naturaleza, que resulten de la aplicación de las Leyes o Convenciones Colectivas, como consecuencia del desarrollo de las labores contratadas, dentro del término pactado para la duración del Contrato y con posterioridad a la terminación del mismo. 12/ Salarios, Prestaciones Sociales e Indemnizaciones. Será por cuenta de EL CONTRATISTA el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que ocupe en los trabajos. Los salarios para el personal Convencional que debe pagar El Contratista, serán como mínimo los estipulados en la Convención Colectiva de Trabajo, vigente, suscrita entre ECOPETROL y su Sindicato de Base - USO. Dado que el personal Directivo solicitado en el Pliego de Condiciones no tiene cargos similares en la Convención, El Contratista fijará los salarios básicos para este personal, teniendo en cuenta que en ningún caso podrán ser inferiores al salario del grupo Convencional más alto y cancelará también a este personal las prestaciones sociales y beneficios establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo, vigente, suscrita entre ECOPETROL y su Sindicato de Base USO, que sean compatibles con la Ley. Se exceptúa del régimen anterior el personal que se contrate para las actividades de descontaminación ambiental que tengan que desarrollarse a consecuencia de daños ocasionados por actos dolosos, por lo tanto este personal deberá remunerarse respetando las disposiciones legales. Es entendido que el personal que EL CONTRATISTA ocupe para la realización de las labores de mantenimiento, no tendrá vinculación laboral con ECOPETROL y que toda la responsabilidad derivada de las actividades laborales correrá a cargo exclusivo de EL CONTRATISTA. En caso de ausencia de uno o alguno de los trabajadores requeridos para el desarrollo del objeto del Contrato, por cualquier causa, ya sea enfermedad, accidente, permiso, vacaciones, etc., EL CONTRATISTA deberá reemplazarlo de inmediato, sin que esto cause costo adicional alguno para la Empresa. El Contratista se obliga a garantizar la disponibilidad de su personal básico a cualquier hora y en cualquier día durante la ejecución del Contrato, ya que ECOPETROL podrá exigirlo en cualquier situación de emergencia. El hecho de que esté disponible no implica que esté laborando (no constituye sobretiempo). El CONTRATISTA suministrará e incluirá dentro de las tarifas propuestas para el personal los implementos de protección necesarios (Botas de seguridad y/ o de caucho, guantes, casco, capas pluviales, caretas, gafas, elementos de protección especial, etc.), así como la dotación de ropa y los implementos adecuados para sus trabajadores, según la labor que desarrollen. Esta dotación deberá ser entregada a todo el personal que vincule el Contratista, sin ningún tipo de limitación u objeción, para cualquier tiempo de duración del contrato. En el evento de presentarse alguna inconsistencia, en cuanto a los pagos a los trabajadores, el Contratista debe atenderla en un plazo no mayor de quince (15) días. Bajo cualquier modalidad de contratación a su personal (incluyendo los contratos a término inferior a un año y los contratos por duración de obra o labor contratada), los trabajadores tendrán derecho al pago de prima de servicios y de vacaciones en proporción al tiempo laborado, cualquiera que éste sea. El reconocimiento de viáticos al personal del Contratista estará supeditado al cumplimiento de los requisitos exigidos en las bases técnicas del Pliego de Condiciones. El viático tendrá la siguiente composición porcentual: Alojamiento 45%, Manutención 36% (Tres (3) raciones del 12% cada una), Transporte local 14%, Misceláneos (lavado de ropa, teléfono, etc.) 5%. La base sede del trabajador debe ser un sólo municipio, claramente especificado en el Contrato de Trabajo. Igualmente EL CONTRATISTA está obligado a prestar el servicio médico a sus trabajadores en la siguiente forma: 1) A través del Instituto de Seguros Sociales, en los sitios en los cuales esta Entidad presta servicios. En este caso EL CONTRATISTA deberá asumir la totalidad de los aportes al Seguro Social o en su defecto a las E.P.S., A.R.P. y Fondos Privados de Pensiones debidamente autorizados por la Ley. 2) Prestación directa del servicio médico, en los sitios en

donde el Instituto de Seguros Sociales no lo preste. El CONTRATISTA deberá acreditar oportunamente a la Interventoría el cumplimiento de esta obligación. (...)
(Subraya la Sala)

5.2.4. El plazo de ejecución del contrato era de 24 meses contados a partir del acta de iniciación, según la cláusula sexta del contrato.

5.2.5. De acuerdo con la cláusula novena del contrato, este tuvo un valor estimado de cinco mil ciento treinta y tres millones seiscientos cuarenta y cinco mil novecientos pesos (\$ 5.133.645.900).

5.2.6. La cláusula décima del contrato refiere la forma de pago del contrato de la siguiente forma: a) Un anticipo equivalente a trescientos millones de pesos (\$300'000.000), además:

“...b) Pagos mensuales mediante Actas Parciales de los mantenimientos realizados y recibidos por ECOPETROL, los cuales comprenden personal básico, operación de equipo básico, disponibilidad equipo básico, horas extras y viáticos de personal, personal opcional y equipo opcional, costos gastos autorizados de materiales herramientas y servicios con su correspondiente porcentaje de administración y manejo. Para la revisión y aprobación por parte de ECOPETROL del valor de la factura deberán acompañarse los anexos descriptivos que soporten el renglón (b) y los comprobantes de causación de gastos autorizados de acuerdo con las bases técnicas de la presente licitación y la previa presentación de los siguientes documentos: 1) Copia de las planillas -quincenales- de pago de salarios y prestaciones sociales; 2) Copia de los recibos de pago -mensuales- de aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS- (Fondos Privados de Pensiones o a las Entidades Promotoras de Salud) que incluye los aportes por salud y pensiones, para el personal convencional el patrono aporta el 100% y para el no convencional según la ley 100 de 1993, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, y a la respectiva Caja de Compensación Familiar. Del valor de cada uno de los pagos mensuales se descontará, un Diez por ciento (10%), hasta la amortización total del anticipo. Las demás condiciones de pago serán las establecidas en el pliego de Condiciones de la Licitación Pública DOL-015-95. c) El último pago mensual se cancelará con posterioridad a la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato. La cuantía, términos y condiciones del pago del último contado, son las establecidas en el Pliego de Condiciones de la ya citada Licitación Pública.”

5.2.7. En la cláusula decimoquinta se dispuso la delegación de la administración del contrato en estos términos:

“El Presidente de ECOPETROL delega en la Gerencia del Distrito de Oleoductos la facultad de administrar Contrato (sic), quien la ejercerá directamente o a través de la Superintendencia de Operaciones del mencionado Distrito.”

5.2.8. El capítulo quinto del texto contractual reunía las cláusulas vigésima cuyo título era “Efectos por el incumplimiento de las obligaciones del contratista”. Entre dichas medidas se encontraba la suspensión del mantenimiento (cláusula 20ª), la imposición de multas (cláusula 21ª), la aplicación de cláusula penal pecuniaria (cláusula 22ª), la caducidad del contrato (cláusula 23ª) y la denominada “AUTORIZACIONES” (cláusula 24ª). Al tratarse de aspectos centrales de la controversia, conviene citarlas textualmente:

“CLAUSULA VIGESIMA: SUSPENSION DEL MANTENIMIENTO: De conformidad con lo previsto el Pliego de Condiciones de la licitación Pública DOL-015-95, ECOPETROL podrá suspender, a su juicio, en todo o en parte, las obras de mantenimiento contratadas, cuando por causas imputables a EL CONTRATISTA, no se estén ejecutando dentro de las condiciones técnicas y las especificaciones convenidas, o por infracción de las normas de seguridad industrial establecidas por la ley y ECOPETROL.

CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA: MULTAS: El CONTRATISTA conviene en pagar a ECOPETROL, a título de multa la suma equivalente al 0,2 por ciento (0,2%) del valor total estimado del contrato en caso de presentarse los hechos constitutivos de incumplimiento, que se mencionan a continuación: a) Por mora en el suministro de los equipos y del personal, la que procederá por el solo hecho de no cumplir EL CONTRATISTA, en el transcurso del presente contrato, con los plazos previstos en este documento o con los establecidos en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública DOL - 015 -95. En este caso no será necesario requerimiento alguno ni que el contratista sea constituido en mora. Esta clase de multa también podrá aplicarse cuando ocurran demoras en el cumplimiento de los plazos acordados en las Órdenes de Trabajo que se originen en razón de la ejecución del mantenimiento objeto del presente contrato y que sean emitidas durante su vigencia. Las multas se aplicarán por cada incumplimiento, si así lo considera ECOPETROL, o ECOPETROL, a su juicio, podrá multar diariamente al CONTRATISTA, hasta por un máximo de veinticinco (25) días. b) Por incumplimiento de otras obligaciones. En este evento la sanción procederá por el incumplimiento o el no cumplimiento oportuno de cualquiera de las obligaciones asumidas por EL CONTRATISTA, distintas a la de la entrega del mantenimiento o de la entrega de las obras que se llegaren a efectuar durante la ejecución del presente contrato; para aplicar esta multa, bastará el informe del INTERVENTOR, ratificado por el administrador del contrato. Esta clase de multas se causarán por cada hecho constitutivo de incumplimiento. EL CONTRATISTA autoriza a ECOPETROL para que el valor de las multas a que se refiere esta cláusula sea descontado del saldo pendiente de pago a su favor. Si no lo hubiere se cargará a la garantía de cumplimiento, o bien podrá cobrarse por la vía ejecutiva, para lo cual el contrato prestará el mérito correspondiente. Si a juicio de ECOPETROL la obligación parcial incumplida incidiere determinadamente en el objeto de el (sic) contrato, podrá declararse la caducidad del mismo.

CLAUSULA VIGESIMA SEGUNDA: PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento definitivo por parte del CONTRATISTA de cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente contrato o por la declaración de caducidad o del incumplimiento del mismo, el CONTRATISTA pagará a ECOPETROL, a título de pena, una suma equivalente al DIEZ por ciento (10%) del valor estimado del contrato, cantidad que se imputará al monto de los perjuicios que sufra ECOPETROL y cuyo valor podrá tomarse directamente del saldo a favor del CONTRATISTA, si lo hubiese, o de la garantía de cumplimiento constituida y si esto no fuere posible, se cobrará por vía ejecutiva. La aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios, si el monto de éstos fuere superior, a juicio de ECOPETROL, al valor de la cláusula penal pecuniaria.

CLAUSULA VIGESIMA TERCERA: CADUCIDAD: ECOPETROL podrá declarar la caducidad si se presenta algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. ECOPETROL por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que ECOPETROL decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que ECOPETROL tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro CONTRATISTA, a quien a su

vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiese lugar Sin limitarse a ellas, constituyen causales de caducidad las siguientes: a) El rechazo de las obras convenidas en las Ordenes de Trabajo, en un porcentaje que supere el veinte por ciento (20%) del valor de las mismas. b) El retraso injustificado en la ejecución del mantenimiento de acuerdo con los programas de trabajo que ofrece la ruta crítica en más del quince por ciento (15%) en cualquier momento durante el desarrollo de los trabajos. c) El no tener permanentemente en las obras el personal técnico y los recursos solicitados u ofrecidos en la propuesta. d) El hecho de no iniciar las obras en el término convenido en el contrato. e) Si suspendidas las obras temporalmente por fuerza mayor o caso fortuito, no se reanudasen dentro del plazo acordado entre las partes, una vez terminen las causas que obligaron a dicha suspensión. f) La negativa del CONTRATISTA o el retardo injustificado del mismo en la ejecución de las reparaciones o modificaciones en la obra, de acuerdo con lo previsto en este contrato, o en el pliego de la Licitación Pública DOL-015-95. g) La no entrega a ECOPETROL, sin causa justificada, de las garantía única (sic) o de los seguros requeridos por ECOPETROL en las Cláusulas Décima Séptima y Décima Octava del presente documento, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de suscripción de este contrato. h) Cuando el CONTRATISTA no presente en la oportunidad convenida el programa detallado de trabajo. i) Cuando el CONTRATISTA abandone las obras o parte de ellas o las suspenda, total o parcialmente, sin orden escrita de la INTERVENTORIA o de ECOPETROL. j) Cuando las multas impuestas al CONTRATISTA, sumadas, alcance el cinco por ciento (5%) del valor total estimado del contrato. k) Cuando se presente cualquier otra circunstancia que permita suponer a ECOPETROL incapacidad o imposibilidad técnica, financiera o jurídica del CONTRATISTA para cumplir con el contrato. l) Por cualquiera de las otras causas que expresamente se mencionan en el pliego de condiciones de la Licitación Pública DOL-015-95 o en este contrato, bien sea por causas anteriores o sobrevinientes a su celebración. A partir de la fecha ejecutoria de la resolución que declare la caducidad administrativa del contrato, por cualquiera de las causas antes citadas, se producirán los efectos de que trata el numeral 5.9.1 del pliego de condiciones de la Licitación Pública antes citada, quedando a cargo de las partes, entre otras, las prestaciones señaladas en el numeral 5.9.2 del citado documento.

CLAUSULA VIGESIMA CUARTA: AUTORIZACIONES: *El CONTRATISTA autoriza a ECOPETROL para que de los saldos a su favor descuente las sumas correspondientes cuando no efectúe el pago de cualquiera de sus obligaciones en relación con los trabajadores que emplee en la ejecución de las obras. ECOPETROL recargará un 20% sobre el valor de los mismos por administración."*

5.3. Ejecución del contrato DIJ-1147

5.3.1. El 23 de diciembre de 1996 las partes suscribieron el acta de inicio del contrato DIJ-1147⁴⁸. Allí se proyectó que el plazo contractual culminaría el 22 de diciembre de 1998.

5.3.2. Suspensiones por el retardo del pago de obligaciones con el personal a cargo de Protécnica:

5.3.2.1. Entre el 28 de enero y el 12 de febrero de 1998, varias comunicaciones de la interventoría del contrato⁴⁹ llevada a cabo por la sociedad AJ Compañía Ltda., pusieron de presente que Protécnica se hallaba en situación de incumplimiento contractual en la entrega de la documentación que soportaba el pago de la

⁴⁸ F. 144, carpeta 1.

⁴⁹ Oficios AJ-006-98 del 28 de enero de 1998, AJ-009-98 del 2 de febrero de 1998 y AJ-017-98 del 12 de febrero de 1998. F. 244, 246 y 247, carpeta 1.

nómina, viáticos a trabajadores, seguridad social y parafiscales del mes de enero de 1998.

En ese contexto, el 13 de febrero de 1998, Ecopetrol y la interventoría del contrato suscribieron el “*ACTA DE SUSPENSIÓN DE TRABAJOS No. 001*”⁵⁰ en la que, mencionando las anteriores comunicaciones, dejaron constancia “*que los trabajadores de la firma PROTECNICA LTDA. no se encontraban laborando debido a la falta de cancelación*” por concepto de nómina de la segunda quincena de enero de 1998, cesantías y pago de intereses a cesantías del personal activo al 31 de diciembre de 1997, aportes parafiscales del mes de enero de 1998, pago a seguridad social de enero de 1998 y pólizas colectivas de vida.

Por su parte, Protécnica allegó su listado de nómina del mes de enero de 1998⁵¹ en el que no consta la fecha exacta del pago de estas obligaciones, salvo en el caso de dos trabajadores cuyos comprobantes de consignación en cuenta bancaria data del 13 de febrero de 1998⁵². También arribó los comprobantes de pago de cesantías⁵³, de aportes al SENA⁵⁴, a cajas de compensación⁵⁵, al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en salud⁵⁶, a fondos de pensiones⁵⁷ efectuados en fecha recién referida; y el pago de la prima de la póliza de seguro de vida colectiva realizado el 17 de febrero de 1998⁵⁸.

5.3.2.2. El 10 de marzo de 1998, los trabajadores del contrato DIJ-1147 manifestaron⁵⁹ a la Gerencia Magdalena de Ecopetrol su inconformidad por el no pago de quincenas, vacaciones, aporte a salud, pensión y parafiscales, la falta de presupuesto para viáticos, dotación, entre otras cosas.

El 11 de marzo de 1998, a través del “*ACTA DE SUSPENSIÓN N° 002*”⁶⁰, Ecopetrol y la firma interventora expresaron que los trabajadores a cargo de la contratista suspendieron labores porque a esa fecha les adeudaban la nómina de la segunda quincena del mes anterior, así como los aportes parafiscales, aportes a seguridad social, póliza colectiva de vida, y faltaba la dotación del personal.

Anteriormente, la interventoría aludió al pago tardío de las acreencias de nómina del mes de enero y la segunda quincena de febrero de 1998⁶¹, y advirtió que no se habían allegado los soportes del pago de la segunda quincena de febrero⁶² ni la constancia de dotación del personal activo⁶³.

⁵⁰ F. 386, carpeta 1.

⁵¹ F. 299, 300, 302-314, 316-321, c. 8.

⁵² Los señores Miguel Ángel Rangel Gómez y Jesús Antonio Severiche Cardona, según copia simple de recibos de consignaciones a cuentas bancarias (f. 301, 315 y 317, c. 8)

⁵³ F. 323-325, c.8.

⁵⁴ F. 329-320, c. 8

⁵⁵ F. 333, c. 8.

⁵⁶ F. 337, c. 8

⁵⁷ F. 344 y 346, c. 8

⁵⁸ F. 348, c. 8.

⁵⁹ F. 380-381, carpeta 1.

⁶⁰ F. 387, carpeta 1.

⁶¹ Comunicación AJ-047-98 del 5 de marzo de 1998 (f. 259, carpeta 1)

⁶² Comunicaciones AJ-030-98 y AJ-031-98 del 23 y 24 de febrero de 1998, y AJ-050-98 del 10 de marzo de 1998 (f. 250-251, y 262 carpeta 1)

⁶³ Comunicación AJ-048-98 del 5 de marzo de 1998 (f. 260, carpeta 1).

Protécnica allegó su listado de nómina de la segunda quincena de febrero⁶⁴ sin que conste la fecha exacta en que se hicieron las respectivas consignaciones o entrega de dinero a los trabajadores. Entre tanto, los pagos al SENA⁶⁵, a caja de compensación⁶⁶ y seguridad social⁶⁷ fueron efectuados entre el 11 y el 12 de marzo de 1998.

5.3.2.3. El 16 de marzo de 1998, las partes suscribieron un acta de acuerdo⁶⁸ en la que, de una parte, Ecopetrol manifestó las *“irregularidades (...) en el manejo administrativo del contrato”* y refirió los *“paros realizados por los trabajadores el 13 de febrero y el 11 de marzo”* por el *“incumplimiento”* de las obligaciones laborales y prestacionales; y por otra, el gerente de Protécnica expresó que las razones de su incumplimiento se debían a la *“difícil situación económica”* de la compañía por lo que *“solicitó la colaboración de la Empresa y se comprometió a solucionar los inconvenientes que rodean el contrato en un plazo máximo de sesenta (60) días”*. La propuesta de Protécnica fue aceptada por la Empresa, pero advirtiendo que de presentarse nuevos inconvenientes se aplicaría la cláusula de multas.

5.3.2.4. Entre abril e inicios de junio de 1998, la interventoría continuó requiriendo a la contratista para que allegara los soportes del pago de nómina y de dotaciones que adeudaba. De igual forma, le formuló advertencias relacionadas con irregularidades en la satisfacción de las obligaciones laborales y prestacionales⁶⁹.

El 4 de junio de 1998, los trabajadores reiteraron su inconformismo por el no pago de sus acreencias y por la falta de condiciones para trabajar, al tiempo que expresaron en función de esas irregularidades, la *“necesidad de suspender labores a partir del día 06 de junio de 1998”*⁷⁰.

El 8 de junio de 1998, la firma interventora y Ecopetrol expresaron mediante el *“ACTA DE SUSPENSIÓN N° 003”*⁷¹ que los trabajadores de Protécnica *“suspendieron labores”* una vez más porque a ese momento el contratista no les había pagado la nómina del mes de mayo, los aportes parafiscales, salud, riesgos profesionales, pensión y póliza colectiva de vida.

Posteriormente, mediante el *“ACTA DE SUSPENSIÓN N° 004”* del 11 de junio de 1998 la interventoría y Ecopetrol decidieron *“suspender las labores de sus trabajadores hasta que la firma PROTECNICA LTDA cumpla con el Pliego de Condiciones, Cláusula Cuarta, Obligaciones Especiales del Contratista, numeral 11), en razón a su incumplimiento en los compromisos como son: Cancelación a las EPS, ARP, AFP”,* medida adoptada para *“salvaguardar la vida de los trabajadores y en razón a que estos deben laborar bajo las condiciones que exige el contrato DIJ-1147”*.

⁶⁴ F. 407-434, c. 8

⁶⁵ F. 437, c. 8.

⁶⁶ F. 442, c. 8.

⁶⁷ F. 447 y 451, c. 8.

⁶⁸ F. 388, carpeta 1.

⁶⁹ Comunicaciones AJ-07898, AJ-084-98, AJ-092, AJ-094-98, AJ-095-98, AJ-104-98, AJ-106-98, AJ-109-98, AJ-110-98, AJ-112-98, AJ-113-98, AJ-114-98, AJ-116-98, AJ-117-98, AJ-119-98, AJ-120-98, AJ-121-98, AJ-124-98, y AJ-125-98 (f. 277-288, carpeta 1).

⁷⁰ F. 382-383, carpeta 1.

⁷¹ F. 390, carpeta 1.

5.3.2.5. El 17 de junio de 1998⁷², Ecopetrol le comunicó a Protécnica la aplicación de la cláusula de multas como consecuencia de los incumplimientos por parte de la contratista, de sus obligaciones laborales, en estos términos:

“De acuerdo a lo consagrado en la cláusula Vigésima primera, literal b , capítulo Quinto del contrato DIJ 1147 suscrito entre ECOPETROL y su empresa, y teniendo en cuenta que durante los días 8,9, 11,12 y 13 de junio del presente año, sus empleados suspendieron labores por la no cancelación durante el mes de Mayo de salarios, aportes parafiscales, EPS, ARP y AFP, pólizas colectiva de vida y accidentes personales y liquidaciones, como consta en los oficios AJ-113-98, AJ-116-98, AJ-121-98 y AJ- 124-98 emanados por la interventoría A.J.- COMPAÑIA LTDA. se ha incumplido así, lo consagrado en la cláusula cuarta: obligaciones especiales del contratista numerales once y doce, en las que el contratista se compromete al pago de la totalidad de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, así como a la cancelación de los aportes parafiscales y de seguridad social de sus empleados.

En concordancia con lo anterior, ECOPETROL procede a descontar la suma de \$10.267.292,00 (DIEZ MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS MCTE), del saldo pendiente de pago.”

5.3.2.5. El 25 de junio de 1998, las partes y la firma interventoría firmaron un “ACTA DE REINICIO DE LABORES”⁷³ en el que constaba el retorno de los trabajadores de la contratista a sus puestos “luego de ser presentados los recibos de cancelación de la seguridad social y la póliza colectiva de vida”, aun cuando estaba pendiente el pago de salarios de la primera quincena de julio, las liquidaciones del mes de mayo, los aportes a fondos de pensiones y aportes parafiscales, sumas a las que el contratista se comprometió a pagar el 10 de julio de 1998.

5.3.2.6. El 1 de julio de 1998, las partes suscribieron un acta de acuerdo⁷⁴ en la que se convino (i) dar orden de pago a la “factura N° 1280 correspondiente a Personal y Equipo del Mes de Mayo de 1.998” a condición de que Protécnica pagara los parafiscales y las liquidaciones; (ii) que Ecopetrol autorizaría dicho pago siempre y cuando “por lo menos el 50% de la factura en mención, quede en la cuenta” de Protécnica para realizar los pagos debidos a trabajadores, proveedores y terceros, por un monto de \$150'834.064; (iii) que Protécnica avalaría los pagos allí relacionados y daría el número de cuenta bancaria para efectuar los giros, además que entregaría comprobantes de pago “con el fin de darle transparencia a este acuerdo”.

5.3.2.7. El 28 de agosto de 1998⁷⁵ Protécnica, invocando la cláusula vigesimocuarta del contrato, solicitó a la Gerencia Magdalena de Ecopetrol que descontara de sus saldos a favor la suma de veinte millones de pesos (\$20'000.000,00) con “el fin de cumplir compromisos ineludibles con respecto a nóminas, bonificaciones y otros pendientes de pago, correspondientes al personal Administrativo que pertenece y participa en la ejecución del Contrato de la referencia”.

⁷² Oficio n° 42003-332 (f. 308, carpeta 1)

⁷³ F. 397, carpeta 1.

⁷⁴ F. 398, carpeta 1.

⁷⁵ Oficio PRO-GG-238-98 (f. 137, carpeta 2).

Ecopetrol respondió esta petición a través de oficio del 1 de septiembre de 1998 en estos términos:

“Acusamos recibo de comunicación (...) del 28 de agosto del presente año, en la que infiere tener en cuenta para la aplicación de la Cláusula Vigésima Cuarta del contrato de la referencia, la nómina directiva contratada por PROTECNICA LTDA para la ejecución de dicho contrato, por valor de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000,00).

Siendo así, y en virtud de lo consagrado en el artículo 34 C.S.T., le solicitamos anexar a la mayor brevedad los documentos correspondientes que permitan dar soporte a la cantidad señalada, con copia a interventoría quién será la encargada de corroborar dichos datos.”

A través de oficio del 1º de septiembre de 1998⁷⁶, la contratista especificó los valores del pago de personal pendientes de satisfacción, y reiteró la solicitud mencionada así:

“Con el fin de cumplir con las obligaciones vencidas como nómina, viáticos y pagos parafiscales mes de agosto de 1998, correspondientes al personal facturable que participa en la ejecución del contrato (...) me permito solicitar el pago de las mismas deduciéndolas de la factura No. 1284 personal y equipo mes Julio-98.

Lo anterior lo solicitamos acogiéndonos a la cláusula vigésimo cuarta del contrato: mediante la cual el contratista autoriza a ECOPETROL para que de los saldos a su favor descuente las sumas correspondientes, cuando no efectúe el pago de cualquiera de sus obligaciones en relación con los trabajadores que emplee en la ejecución de las obras.”

5.3.2.8. El 17 de septiembre de 1998⁷⁷, la interventoría le advirtió a la contratista que *“mientras el personal no cuente con la seguridad social de acuerdo a lo establecido en la ley 100 de 1993, no podrán desempeñar ninguna actividad que esté relacionada con el contrato”*.

5.3.2.9. Según los reportes de tiempo de la orden de trabajo M0096, entre el 15 y el 22 de septiembre de 1998⁷⁸ los trabajadores pararon sus labores porque no había pago de seguridad social.

El 23 de septiembre de 1998, en el reporte de tiempo diario aparece la siguiente anotación: *“Ecopetrol – GMA cancelo seguro social y se habilitó al personal a trabajar”*⁷⁹. Para el día 24 el personal se reportó a actividades normales.

5.3.2.10. En los reportes de tiempo referidos a la orden de trabajo M0196, los días 16, 18 y 21 de septiembre de 1998 se refiere la siguiente frase: *“suspendidos trabajos por falta de pago seguro social”*⁸⁰.

El día 22 de septiembre de 1998, en los reportes de tiempo se refieren como actividades: *“G0021 TRANSPORTE DE PERSONAL Y MATERIALES EN*

⁷⁶ Oficio PRO-GG-241-98 (f. 133-134, carpeta 2).

⁷⁷ Comunicación AJ-203-98 (f. 1186, c. 3)

⁷⁸ F. 1188-1191 y 1195, c. 3

⁷⁹ F. 1196, c.3

⁸⁰ F. 1200-1202 y 1205, c. 3.

CARROMOTOR – APOYO EMERGENCIA ATENTADO DINAMITERO KM-31+500L-12 POLIDUCTO GALAN – SALGAR”. Sin embargo se hizo la anotación: “parados x no pago seguro social”. El 23 de septiembre no se consignó dicha anotación, y el 24 se dijo “EL PERSONAL SE REPORTA POR LA O.T. E5098”⁸¹.

La misma circunstancia se presentó en los reportes de tiempo correspondientes a la orden de trabajo M0196⁸².

5.3.3. Situación de las obligaciones de Protécnica con proveedores y terceros

5.3.3.1. El 13 de diciembre de 1997, el Director Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja informó a Ecopetrol⁸³ acerca del “incumplimiento en los pagos de facturas dirigidas a la Gerencia Magdalena, correspondientes al contrato DIJ-1147 manejado en administración por la firma PROTÉCNICA LTDA”,

5.3.3.2. Los días 23 y 26 de febrero, 3 y 10 de marzo, 7 de mayo, 1 y 12 de junio y 13 de agosto de 1998, la interventoría del contrato requirió a Protécnica los soportes del pago y la cancelación de deudas adquiridas con los proveedores⁸⁴.

Según informe de la interventoría⁸⁵ del 11 de junio de 1998, Protécnica debía por concepto de “reembolsables”, “campamento y alquiler” de equipos y cuentas a terceros, sumado a las acreencias laborales, la suma de \$ 52’296.987,00.

5.3.4. Informes entre dependencias internas de Ecopetrol en relación con la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones de Protécnica

5.3.4.1. El 1º de septiembre de 1998⁸⁶, la Gerencia Magdalena le comunicó al Vicepresidente de Transporte la situación que, para ese entonces, reflejaba el contrato. Allí, además de los paros de los trabajadores, las obligaciones laborales y prestacionales insolutas, el incumplimiento con proveedores, y la aplicación de una multa se expone la siguiente información:

5.3.4.1.1. Que Ecopetrol y Protécnica celebraron dos actas de acuerdo. El primero, el 16 de marzo de 1998, mencionado antes⁸⁷, del cual se dijo que “[v]encido el plazo acordado, esto es 16 de mayo, prosiguieron algunos [inconvenientes, impago de salarios y paros laborales] y aparecieron otros”. El segundo, con fecha del 1º de julio del mismo año⁸⁸.

5.3.4.1.2. Entre enero y mayo se ordenaron cuatro embargos en contra de Protécnica, y así fue descrita la situación de estas medidas cautelares:

“Enero 22	Juzgado Primero Civil Circuito B/meja	\$18.000.000.
Abril 2	Juzgado Primero Civil Circuito B/meja	\$30.000.000.

⁸¹ F. 1206-1208, c. 3.

⁸² F. 1210-1212, c. 3.

⁸³ F. 378, carpeta 1.

⁸⁴ F. 249, 253, 256-257, 263, 265, 271, 283 y 291, carpeta 1.

⁸⁵ Comunicación AJ-135-98 (f. 305-307, carpeta 1)

⁸⁶ Oficio 3-42000-511 (f. 315-320, carpeta 1)

⁸⁷ Supra. nº 4.3.2.2.

⁸⁸ Supra. nº 4.3.2.6.

Mayo 5	Juzgado Doce Civil Circuito Bogotá	\$93.000.000.
Junio 17	Juzgado Segundo Civil Circuito B/meja	\$21.300.000.

Dichos embargos fueron cancelados así: El primer embargo directamente PROTECNICA LTDA. (sic) Frente a la Factura de Abril de 1998, se realizó la cesión de crédito por 133.000.000 al banco Ganadero, sin embargo dicha cesión no se llevó a cabo porque el dinero fue consignado a favor de los Juzgados Primero Civil Circuito B/meja y Doce Civil Circuito de Bogotá para cubrir embargos, por las sumas de \$30.000.000 y \$90.000.000 quedando pendiente \$3.000.000.

Frente a la Factura de Mayo por un valor de \$300.000.000, la Empresa consignó al Banco Ganadero sucursal B/meja \$110.000.000 y con lo restante fue cubierta deuda (sic) del Banco Ganadero sucursal Bogotá.

Con el valor de los reembolsables fue cubierto el saldo de \$3.000.000 existente en el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá.”

Agregó que posteriormente se comunicaron dos embargos más: Uno por valor de \$2.300.000.000 del Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá⁸⁹, y otro –del cual únicamente se dice tener información- por un monto de \$1.400.000.000.

5.3.4.1.3. Adicionalmente informó el estudio de alternativas para gestionar el incumplimiento contractual, así como las reuniones adelantadas con el contratista para remediar la situación:

“Ante el incumplimiento continuo, se acordó en el Comité Asesor de Contratación numeral 6 de fecha junio 10, iniciar el trámite correspondiente para declarar la caducidad del contrato, recolectando toda la documentación requerida tal como enviar comunicaciones a los Juzgados solicitando información sobre procesos en su contra, a la Superintendencia de Sociedades, recopilación de obligaciones pendientes (según datos de interventoría) y comunicaciones de acreedores.

No obstante, la Vicepresidencia de Transporte aconsejó analizar todas las posibles situaciones, señalándose la terminación por mutuo acuerdo. Ante esto, se cita al Representante de PROTECNICA LTDA para que explique la situación en que se encuentran y buscar soluciones permitidas legalmente.

Así mismo, como otra posibilidad se plantea la figura de la fiducia, en la cual obviamente ECOPETROL sería totalmente ajena, según disposiciones legales. Esta, permitiría asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales, la cancelación de proveedores y de terceros. Lamentablemente, el 3 de agosto se nos notifica a través del Mail el embargo a PROTECNICA LTDA, por valor de \$2.300 millones de pesos., situación que hace desechar de plano tal figura. Inmediatamente se decidió reiniciar el trámite correspondiente para declarar la caducidad del contrato.

El 21 de agosto del año en curso, a las 10:00 a.m. en la GMA Estación Galán, con la asistencia de los ingenieros: (...) por ECOPETROL y el señor (...) y (...) por PROTECNICA LTDA. en la que se señala:

- 1. El sr. (...) como Representante Legal de PROTECNICA LTDA, nos informa haber elevado una solicitud ante la Superintendencia de Sociedades, para que le autorice entrar en Concordato.*
- 2. Se le coloca de manifiesto por parte de ECOPETROL, la aplicación de la cláusula VIGÉSIMO CUARTA, mediante la cual el contratista autoriza a ECOPETROL para que de los saldos a su favor descuenta las sumas*

⁸⁹ Del 29 de julio de 1998, conocido por Ecopetrol el 30 de julio del mismo año (f.150, carpeta 2).

correspondientes cuando no efectúe el pago de cualquiera de sus obligaciones en relación con los trabajadores que emplee en la ejecución de las obras. Recargándosele un 20% sobre el valor de los mismos.

3. PROTECNICA LTDA, solicita que no se le haga el recargo argumentando que en la Gerencia Llanos estudiarían tal posibilidad. Esperando constatar tal situación y absteniéndose de responder afirmativamente, quedo este punto en suspenso. No obstante, somos conscientes de la imposibilidad de desconocer tal recargo, por cuanto éste fue pactado y aceptado entre ECOPETROL y PROTECNICA LTDA en forma voluntaria al suscribir el contrato DIJ 1147 además de aceptarlo estañamos frente a una modificación del contrato en mención.

En contacto con Gerencia Llanos, intercambiamos información y desvirtuamos lo señalado por el señor (...).

El 26 de agosto del año en curso, a través de la comunicación AJ-189.98, dirigida (sic) al Ing. (...) Coordinador de mantenimiento de línea, la interventoría autoriza orden de pago de la factura de personal y equipo del mes de julio-98 del contrato macro DIJ 1147 por valor de \$118.520.258. No obstante, aunque señalan anexar factura, sello y soportes, estos no se adjuntaron. (...). En comunicación No 3-42002-493 del 28 de agosto de 1998, ECOPETROL solicita a la interventoría información sobre la ubicación de la factura en mención. (...) A través de comunicación PT-MTTO-ING-0175-98 del 28 de agosto de 1998, PROTECNICA LTDA señala que no presentó la factura debido a que interventoría no había autorizado el pago señalado. (...)

Es por esto, que nos encontramos a la espera del ingreso de la factura del mes de julio causada por PROTECNICA LTDA, por cuánto esta debe contar con el Vo.Bo. de la interventoría, para proceder a los respectivos descuentos señalados por la ley, la aplicación de la cláusula VIGESIMO CUARTA del contrato DIJ 1147 y el depósito correspondiente por concepto de embargos.

Siendo la 1:30 p.m., se recibe una comunicación de fecha 28 de agosto de 1998 suscrita por el Representante Legal de PROTECNICA LTDA, solicitando la inclusión de la nómina administrativa al aplicarse la cláusula Vigésima Cuarta del contrato DIJ 1147, totalizando esta la suma de \$20.000.000. (...)

5.3.4.1.4. Por último, informó el avance de cumplimiento del contrato para esa fecha:

“El Contrato DIJ 1147 ha tenido una ejecución a julio 31 de 1998, de \$4.057'095.249 desde su iniciación el día 23 de diciembre de 1996, que corresponden al 79% del valor contratado de \$5.133'645.900 en el 80.2% del plazo contractual establecido de dos años. (...)

En los años 1996 y 1997, se ejecutaron \$2.775'449.625 correspondientes al 54% del valor contratado en el 51.1% del plazo.

Durante el año 1998 se han ejecutado \$281'645.624 con un presupuesto para el año de \$1.707'104.960. Se tiene una disponibilidad hasta el 22 de diciembre de 1998 de \$425'459.336, lo que supondría una ejecución proyectada de \$4.482'554.585 que equivaldría al 87.3% del valor total contratado. (...)

Durante el transcurso del contrato se han efectuado entre otras, obras tales como variantes de líneas, empalmes de líneas nuevas y existentes, atención de emergencias por robo de combustible, atentados y roturas, montaje de facilidades y equipos en estaciones y ejecución de variantes correspondientes a proyectos de inversión.”

5.3.4.2. El 14 de septiembre de 1998, la Coordinadora de la Asesoría Legal VIT de Ecopetrol contesta la consulta del Departamento de Contabilidad de la Empresa *“acerca de la viabilidad de efectuar el pago directo de las obligaciones laborales que por concepto de la ejecución del contrato DIJ-1147, ha adquirido la firma PROTECNICA LTDA., descontando dichas sumas de los saldos que en favor de la firma existen por el mismo concepto”*.

A esta inquietud, la coordinación respondió que teniendo en cuenta la cláusula vigesimocuarta del contrato, y el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, *“se debe proceder al pago directo de las acreencias laborales mencionadas, utilizando para tal fin los dineros correspondientes al rubro “pago de personal” de la factura presentada por la contratista, y que los dineros “correspondientes al rubro “equipo básico y equipo opcional” de la misma factura, deberán colocarse a disposición del Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá...”*

5.3.4.3. La Coordinación Legal VIT de la Empresa responde, mediante oficio del 15 de septiembre de 1998⁹⁰, a una consulta de la Gerencia Magdalena sobre estos supuestos: el incumplimiento de las obligaciones laborales y prestacionales de Protécnica y los embargos que pesaban en su contra. Allí indicó que los anteriores supuestos de hecho permitían:

“... inferir el incumplimiento del contratista en las obligaciones a que se comprometió en la ejecución del contrato. En caso de que con las actuaciones de contratista (sic) y las medidas cautelares enunciadas, previa valoración del administrador del contrato, se afecte de manera grave la ejecución del contrato, es necesario la terminación unilateral del mismo mediante acto administrativo motivado y soportado aduciendo como causal la cesación de pagos y la existencia de embargos que impidan el desarrollo del objeto pactado.”

También expresó la necesidad de comunicar los hechos a la compañía de seguros que garantizó el cumplimiento del contrato para *“hacer efectiva la póliza correspondiente”*.

5.3.4.4. El Jefe del Departamento Técnico de la Gerencia Magdalena manifestó, el 24 de septiembre de 1998⁹¹, que el contratista incumplió administrativa y financieramente las obligaciones del contrato. Para tal efecto, expresa los motivos que, en su parecer, *“pueden motivar la terminación o la caducidad del contrato”*.

Así, expresa que al 23 de septiembre de 1998 Protécnica debía \$137'327.436 discriminados en: a) nóminas quincenales, viáticos de personal básico y opcional, auxilio de manutención y liquidaciones por valor de \$48'987.480; b) en reembolsables (servicios de topografía, alquiler de estribas, compra de materiales, alquiler de herramientas, revelado fotográfico y doblado de tubería) la suma de \$6'154.611; y c) en cuentas especiales a terceros, un monto de \$82'185.345. No obstante, menciona que *“Ecopetrol canceló las deudas de nómina de Protécnica de julio y de agosto por un valor de \$97'305.981”*.

⁹⁰ F. 323, carpeta 1.

⁹¹ F. 328-332, carpeta 1.

También comunicó que el pago de aportes a la caja de compensación “CAFABA” fue efectuado un día antes de la misiva, sin embargo la Gerente de dicha institución *“informó que los cheques que pagó Protécnica a partir de julio carecen de fondos, razón por la cual están iniciando un proceso legal”*.

Relacionó el equipo y maquinaria empleado por Protécnica, algunos de propiedad de la empresa y otros utilizados mediante leasing.

En torno a la *“Operatividad y Administración del Contrato”* sostuvo que:

“A la fecha, la responsabilidad administrativa del contrato DIJ 1147 ha sido asumida en su totalidad por la Gerencia Magdalena. Las obligaciones laborales están siendo canceladas por la Empresa a partir del mes de septiembre y del Staff administrativo de Protécnica, el único que se encuentra en cumplimiento de funciones es el Ingeniero residente, quien recibe órdenes directas del personal autorizado de Ecopetrol para el desplazamiento de personal y equipo.”

Finalmente, concluyó que los anteriores hechos *“han generado perjuicios como el no cumplimiento de los programas de mantenimiento de línea trazados con anticipación y la desatención de emergencias de la línea (Atentado dinamitero del 21 de septiembre de 1998 a la línea 12” Galán – Salgar – Km 31), objeto básico del Contrato...”*

5.3.4.5. Después de la declaratoria de caducidad del contrato⁹², el Departamento Técnico de la Gerencia Magdalena se comunicó la asesoría legal VIT en oficios del 29 de octubre de 1998 y del 19 de noviembre del mismo año⁹³.

5.3.4.5.1. En el primero de los mencionados, respondió a los argumentos del recurso de reposición interpuesto por Protécnica afirmando que la Empresa *“aplicó la cláusula 24 para las obligaciones laborales”* no para los reembolsables y compromisos comerciales de la contratista, que no podían ser pagados por Ecopetrol ni descontados de los saldos a favor por su magnitud. Bajo tales condiciones el contrato no podía continuar.

De igual manera, estimó que las suspensiones y paralizaciones de los trabajos, al motivarse por los paros de los trabajadores por falta de pago en sus acreencias laborales, fueron imputables a la contratista.

Agrega que los embargos si afectaban el desarrollo del contrato, puesto que su situación económica le había *“cerrado las puertas”* del comercio de Barrancabermeja y las demás ciudades en las que debían adquirir bienes y servicios para garantizar las prestaciones contractuales. En esa medida, argumenta que el contrato no era de *“suministro de personal”* sino que las obligaciones tenían un alcance mayor. Y concluyó diciendo:

“... si ECOPETROL asume la parte laboral en cuanto a elaboración de nóminas, pagos de aportes, etc. y Protécnica tampoco cumple con sus obligaciones comerciales; eso quiere decir que Protécnica deja de administrar el contrato y lo

⁹² Ut. Infra. p. 4.5.1.

⁹³ Oficios 3-42002-796 del 29 de octubre de 1998 y 3-42002-942 del 19 de noviembre de 1998 (f. 335-339, carpeta 1)

cede a ECOPETROL, en consecuencia no existe administración del contrato por parte de Protécnica y se pierde el objeto del mismo.”

5.3.4.5.2. En el segundo oficio, el Departamento Técnico señaló que Protécnica dejó de ejecutar seis órdenes de trabajo, además sostuvo que *“el día 22 de septiembre fue necesario desplazar la cuadrilla de Sebastopol hacia el km 29 de la línea de 12” Galán Puerto Salgar, la cual fue dinamitada el 21 de septiembre de 1998 en las horas de la noche, debido a que el personal de Protécnica se encontraba inhabilitado para laborar, por falta de pago de aportes al ISS”, y agregó:*

“Entiendo como administración del Contrato, las labores de selección, enganche, pago de salarios y liquidación de personal entre otras. Puesto que las labores de selección y enganche fueron suspendidas a partir de la reunión del 23 de agosto entre ECOPETROL y PROTECNICA, solamente subsisten las de pago de salarios y liquidación del personal existente. Como es de su conocimiento, estas labores las viene realizando en su totalidad ECOPETROL a través de su Interventoría contratada y su personal directo. Nuestros funcionarios actualmente se encargan, tanto en Bogotá como en Barranca, de recopilar información, calcular salarios, aportes, impuestos, contribuciones y liquidaciones, emitir los cheques de pago tanto a trabajadores como entidades y pagarlos de manera directa. Por lo tanto, me ratifico en mi afirmación de que la administración del Contrato DIJ 1147, en lo correspondiente a obligaciones de la firma PROTECNICA la viene haciendo ECOPETROL desde el mes de septiembre de 1998.”

Por último, manifestó que en la:

“...reparación de la línea Galán Salgar 12” el día 22 de septiembre tuvo un costo aproximado de cuatro millones quinientos mil pesos. Fue necesario desplazar una cuadrilla de otro sitio, generando viáticos adicionales y demoras en la reparación. Las obras dejadas de ejecutar en las Ordenes de Trabajo asignadas a Protécnica producen perjuicios que son intangibles en el momento presente, pero que en el futuro se verán reflejadas en fallas de los sistemas por falta de mantenimiento, las cuales generan altos costos de reparación y lucro cesante a la empresa.

5.3.5. Actas de constatación del Ministerio de Trabajo suscritas con el administrador de Protécnica

5.3.5.1. La oficina especial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en Barrancabermeja, a través de una de sus funcionarias, emitió actas de constancia en los días 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28 y 29 de octubre de 1998, en las que afirmó que *“el total de los trabajadores”* de Protécnica *“se hizo presente”* para trabajar en esas fechas⁹⁴.

5.3.5.2. Posteriormente, el Inspector de Trabajo de La Dorada profirió *“PAZ Y SALVO”*, afirmando que *“PROTÉCNICA LTDA no presenta reclamos laborales pendientes en esta oficina y puede proceder a la liquidación final del contrato que inició el 23 de Diciembre de 1996 al 13 de octubre de 1998.”*⁹⁵

⁹⁴ F. 77-100, c. 8

⁹⁵ F. 1952, c. 5.

5.3.5.3. Los Secretarios Ejecutivos de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Puerto Boyacá⁹⁶ y de Puerto Berrío⁹⁷ no hallaron reclamaciones pendientes ni investigaciones administrativas contra Protécnica.

5.3.6. Certificados aportados en relación con el pago de acreencias de Protécnica y la existencia de demandas laborales en su contra

5.3.6.1. El 22 de diciembre de 1998, la entonces jefe de aportes y subsidio familiar de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja (COOFABA) certificó que *“la firma PROTECNICA LTDA (...) canceló Aportes de Enero, Febrero, Marzo, Mayo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre y Octubre de 1998 por el valor de 39.430.442.00”*⁹⁸.

En el mismo sentido, la Coordinación de Recursos Financieros del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) certificó que Protécnica *“canceló aportes al ICBF (...) a través de la Caja de Compensación Familiar CAFABA por las vigencias de 1996 a 1998 [y] se encuentra al día”*⁹⁹.

5.3.6.2. El Juzgado Civil del Circuito de Puerto Boyacá, el 25 de enero de 1999, emitió constancia de que en dicho despacho no cursaba ninguna demanda laboral en contra de Protécnica¹⁰⁰. En el mismo sentido se pronunciaron los Juzgados Civil del Circuito de La Dorada¹⁰¹ y Promiscuo Municipal de Puerto Parra¹⁰².

Entre tanto, el 15 de enero de 1999, el Juzgado Laboral de Barrancabermeja certificó¹⁰³ que existían cinco procesos judiciales en que Protécnica era demandado. Sin embargo, según indicó el Secretario, de acuerdo con los hechos de las respectivas demandas ninguno relataba situaciones ocurridas en el año 1998, sino durante los años 1996 y 1997, sobre otros contratos suscritos por la mencionada sociedad.

5.3.7. Testimonios practicados en el proceso judicial en relación con la ejecución del contrato

5.3.7.1. José Hermínides Pérez Soto¹⁰⁴, quien dijo suministrar materiales y herramientas a Protécnica para ejecutar el contrato con Ecopetrol durante tres años expresó que nunca suspendió dichas prestaciones, que hubo normalidad en las mismas, salvo al final del vínculo en que *“quedó un saldo pendiente como de novecientos setenta mil pesos”*.

5.3.7.2. Javier Ramírez Quintero¹⁰⁵, gerente y representante legal de la sociedad Ramcal Ltda.¹⁰⁶, expresó que Protécnica le alquiló una retroexcavadora para la ejecución de *“un contrato que adelantaba esta sociedad con Ecopetrol”*. El

⁹⁶ F. 1954, c. 5.

⁹⁷ F. 1955, c. 5.

⁹⁸ F. 1945, c. 5.

⁹⁹ F. 1944, c. 5.

¹⁰⁰ F. 1947, c. 5.

¹⁰¹ F. 1953, c. 5.

¹⁰² F. 1956, c. 5.

¹⁰³ F. 1950-1951, c. 5.

¹⁰⁴ F. 478-479, c. 1.

¹⁰⁵ F. 480-481, c. 1.

¹⁰⁶ Según certificado de existencia y representación, f. 482-483, c. 1.

arrendamiento, según las palabras del declarante, *“fue ejecutado y facturado fue efectuado y en mi poder reposan las copias de las facturas que efectuó mi compañía y las cuales no fueron canceladas por PROTECNICA, es más, me tocó cancelarle sin haber recibido ni un peso el IVA facturado a la DIAN”*. Sin embargo, también expresó que el equipo siempre estuvo disponible durante la vigencia del contrato.

5.3.7.3. Néstor Rodríguez Cano¹⁰⁷ dijo trabajar para la firma contratista entre diciembre de 1996 y el 30 de octubre de 1998, como ayudante y técnico de soldadura. Por su cargo, según expresó, estaba en contacto con el *“carro-taller que constaba de un motor soldador, un camión trescientos (sic) y herramientas que se utilizaban en la actividad, y se encontraba en buen estado”* y disponible mientras duró el contrato.

5.3.7.4. Sigifredo de Jesús Restrepo Gil¹⁰⁸ señaló que laboró para Protécnica como operador de maquinaria pesada en el contrato hasta que *“el 13 de octubre de 1998 Ecopetrol nos pagó una plata y nos dijo que no respondía más por nosotros”* quedando únicamente a órdenes de Protécnica hasta el día 30 de octubre de 1998. Expresó que la maquinaria siempre estuvo disponible, y agrega que: *“incluso en ese lapso de tiempo, no recuerdo bien la fecha, pero del 13 al 30 de octubre se presentó una emergencia (...) rompieron el tubo y fuimos y lo reparamos”*. También afirma que el 21 de septiembre de 1998 hubo una emergencia que no fue atendida por Protécnica por causas desconocidas y ajenas a la contratista.

5.3.7.5. Eliecer Plata Pinilla¹⁰⁹ fue ayudante técnico al servicio de Protécnica como parte del llamado *“personal opcional”*, esto es, aquel que debía *“estar disponible para cualquier emergencia”*. Relató que el procedimiento de su empleadora para impartir instrucciones partía de un plan de trabajo dado por Ecopetrol, pero sin que le comunicasen a él en qué consistía dicho plan. Y aseguró en esta oportunidad que Protécnica le pagó y no le quedó debiendo nada.

5.3.7.6. Oscar Trujillo Jaramillo¹¹⁰, Jefe de Departamento Técnico de la Gerencia Magdalena de Ecopetrol para la época del contrato, hizo el siguiente recuento en torno a la ejecución del contrato DIJ-1147:

“El contrato en mención tuvo su iniciación en diciembre de 1996, la duración del contrato era de dos años calendario, el objeto general del contrato era el mantenimiento y la atención de atentados ilícitos de las líneas y las estaciones de los oleoductos y poliductos de Ecopetrol en el área del Magdalena Medio, este contrato tuvo un inicio normal y durante el año 1997 se cumplieron la mayoría de los objetivos de mantenimiento que se tenían, los inconvenientes con este contrato comienzan en el año 1998 donde fuimos informados primero de varios embargos que tenía la compañía PROTECNICA, adicionalmente se empezaron a presentar incumplimientos en los pagos al personal del contrato y a los proveedores en Barranca, es así como en varias ocasiones fue necesario suspender las labores de algunas de las cuadrillas de mantenimiento puesto no (sic) se habían hecho los

¹⁰⁷ F. 486-487, c. 1.

¹⁰⁸ F. 491-492, c. 1

¹⁰⁹ F. 506-509, c. 1

¹¹⁰ F. 516-524, c. 1

pagos de aportes parafiscales correspondientes a éstos trabajadores de la firma PROTECNICA. En el mes de mayo fue necesario asumir alguna de las obligaciones laborales de la firma PROTECNICA con sus trabajadores, tales como pago de salarios y parafiscales. En el segundo semestre del año 1998 se recibieron en contabilidad de ECOPETROL solicitudes de embargo contra PROTECNICA por más de mil millones de pesos, posteriormente se recibió otra demanda de embargo por más de dos mil millones de pesos. La semana del 16 al 21 de septiembre de 1998 fue necesario parar las labores de la cuadrilla básica de mantenimiento debido a que los trabajadores no tenían al día sus afiliaciones al Seguro Social, a las E.P.S., pagos parafiscales, etc. Compromiso que seguía en cabeza de la firma PROTECNICA. El 21 de septiembre ocurrió un atentado en una de las líneas de bombeo, comprometiéndose una de las ciénagas que están al sur de Barrancabermeja, éste atentado trajo como consecuencia un incendio que produjo el derrame de una gran cantidad de hidrocarburo. Era necesaria la atención inmediata por parte de la cuadrilla de PROTECNICA, la cual estaba asignada para tal fin, pero por los motivos antes mencionados esta cuadrilla no pudo trabajar, siendo necesario a cuenta y riesgo de ECOPETROL traer otro grupo de trabajo de otro contratista y desde otro sitio. Es necesario resaltar que ECOPETROL cumple con una función de abastecimiento de hidrocarburos a los centros de consumo del país y que tiene también la obligación de velar por los recursos ambientales y que en este contrato era claro que un incumplimiento podría generar unos perjuicios inmensos no sólo a ECOPETROL sino a la Nación. Es de anotar también, que durante gran parte del año la firma PROTECNICA no estuvo en capacidad de afrontar las labores de mantenimiento preventivo de acuerdo con el contrato, por lo cual sólo estuvo laborando la cuadrilla básica que se encargaba de atender el control de válvulas ilícitas y la respuesta a los atentados que por esa época eran recurrentes. Se presentaron los informes que cambian de acuerdo con el contrato y con la normatividad de ley y en el mes de octubre de 1998 ECOPETROL decidió hacer uso de la cláusula de caducidad.”

El declarante describió sus funciones como Jefe del Departamento Técnico de la Gerencia Magdalena, en relación con el contrato DIJ-1147: (i) *“administrar el contrato mencionado”*; (ii) *“entregar al representante de PROTECNICA los programas de trabajo para dicho contrato y en conjunto con él efectuar el cronograma de labores”*; (iii) *“transmitirle las órdenes de trabajo al contratista, las cuales tenían un costo y una duración previamente definida”*; (iv) *“informar al contratista los sitios de válvulas ilícitas y atentados dinamiteros para que este desplazara sus cuadrillas y procediera a efectuar las respectivas reparaciones”*; (v) *“observar el cumplimiento”* del contratista relativo a *“las labores de mantenimiento programadas previamente y efectuar los respectivos reparos en el caso de que dicho cumplimiento no fuera óptimo en calidad o en tiempo”*; (vi) *“revisar y efectuar la aprobación previa a las facturas de cobro que el contratista presentaba regularmente (sic) y; (vii) “presentar informes”* a sus superiores sobre el desarrollo del contrato.

También expresó que los motivos de Ecopetrol para declarar la caducidad del contrato fue el incumplimiento de las obligaciones de Protécnica, en particular la de contar con una *“cuadrilla de mantenimiento disponible para cuando se presentara alguno de los eventos”* de emergencia, que se necesitó varias veces pero la contratista no la proporcionó. Rememora que el evento más grave no atendido por Protécnica:

“... ocurrió el día 21 de septiembre de 1998 cuando se produjo la voladura de una de nuestras tuberías conductoras de hidrocarburo (...) puesto que a parte (sic) del

incendio se generó un derrame de una ciénaga cerca de Barrancabermeja que potencialmente podía producir un grave daño ambiental, era indispensable la atención inmediata de este evento por la responsabilidad que tenemos en la conservación de éstos cuerpos de agua, por los perjuicios que se podían causar a terceros como las comunidades que hacían uso de esa agua, tanto para consumo como para pesca, por el grave peligro que corrían dichas comunidades al ser expuestas a la eventualidad del incendio del hidrocarburo derramado, por la necesidad que se tenía de restablecer el bombeo de dicha línea para cumplir con los compromisos de abastecimiento tanto a la Refinería de Barrancabermeja, como a los centros de consumo del país y (...) finalmente por el grave perjuicio económico que sufrían tanto la Empresa como el país por tener dicho oleoducto parado generando lucro cesante.”

Indicó que, además de la obligación de mantener la cuadrilla de mantenimiento y la de pagar sus obligaciones laborales y tributarias, en virtud del contrato DIJ-1147 Protécnica debía *“desarrollar y cumplir con oportunidad y calidad las labores de mantenimiento programado”* asignadas por Ecopetrol; *“presentar programas detallados de los trabajos de mantenimiento programado que se fueran a realizar”* y; *“adquirir para la empresa a través de la figura del reembolso o reintegro los materiales que se solicitaran por parte de los ingenieros de mantenimiento de la empresa”*.

Ecopetrol, según el testimonio en comento, inicialmente trató la situación de incumplimiento de Protécnica asumiendo el pago de salarios de los trabajadores de la contratista, convirtiéndose de ese modo en el administrador del contrato. En varias ocasiones, la Empresa trató el tema con la contratista y, pese a que esta última manifestó que requerían de tiempo para solucionar sus problemas económicos y cumplir con sus compromisos, el incumplimiento persistió llegando a niveles graves a partir del mes de mayo de 1998. Concluyó entonces que:

“La firma PROTECNICA no estaba en condiciones de terminar el contrato, me baso en varias razones: la primera que el contrato estaba reducido en el momento de la caducidad al suministro por parte de PROTECNICA de una cuadrilla compuesta por ocho personas y algunos equipos para realizar labores de control de emergencias e ilícitos, éste no es el objeto total del contrato, ECOPETROL estaba pagando directamente dicha cuadrilla de mantenimiento, esta era una de las obligaciones de PROTECNICA (administrar sus trabajadores y equipos), otra razón por la cual PROTECNICA no estaba en condiciones de continuar el contrato era la de que no estaba dando ejecución y cumplimiento a las órdenes de trabajo emitidas por ECOPETROL relacionadas con el mantenimiento programado de las líneas y de las estaciones adscritas a dicho contrato. Los pagos mensuales eran de pequeña cantidad, por lo tanto me reitero en que PROTECNICA no estaba en condiciones de terminar el contrato cumpliendo con sus obligaciones”.

5.3.8. Informe Final de la interventora del contrato DIJ-1147

En dos tomos¹¹¹ la sociedad A.J. Compañía Ltda., en calidad de interventora, presentó un informe final de la ejecución del contrato DIJ-1147, en cuya presentación expresó:

“La Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, Vicepresidencia de Transporte Gerencia Magdalena - adelantó con fecha 18 de mayo de 1996, la apertura de la licitación pública No. DOL 015-995 cuyo objeto consiste en él:

¹¹¹ Carpetas nº 4 y 6.

"Mantenimiento mecánico de los oleoductos, poliductos, gasoductos y combustoleoductos de la zona centro del Distrito de Oleoductos".

La firma PROTECNICA LTDA presentó oferta para la ejecución de los trabajos objeto de la licitación pública No. DOL 015-95.

ECOPETROL mediante comunicación No. ECP-000704 de fecha 24 de octubre de 1996, previas las evaluaciones de rigor, adjudicó el contrato a la Empresa Promotora Técnica de Servicios PROTECNICA LTDA.

La Empresa Colombiana de Petróleos y la firma PROTECNICA LTDA, celebraron el contrato DIJ-1147 el día 26 de noviembre de 1996, cuyo objeto es: 'Mantenimiento mecánico de los oleoductos, poliductos, combustoleoductos y gasoductos de la zona centro del distrito de oleoductos, de ECOPETROL, jurisdicciones de los departamentos de Santander y Cesar, por el sistema de tarifas y gastos autorizados', con un plazo de ejecución de 24 meses y un valor de \$5.133.645.900.

El contrato DIJ-1 147 inició el día 23 de diciembre de 1996 y por incumplimiento en las obligaciones laborales y otras obligaciones, la Vicepresidencia de Transporte Gerencia Magdalena declaró con resolución No. 010 de 1998, la caducidad del contrato celebrado entre ECOPETROL y la firma Promotores Técnicos de servicios, PROTECNICA LTDA, el día 9 de octubre de 1998.

Debido a los trabajos ejecutados en las órdenes de trabajo, como recuperación de barreras de contención de hidrocarburos y cubriendo una emergencia, se reportó tiempo de personal y equipo hasta el día 13 de octubre de 1998.

ECOPETROL realizó cancelación a las obligaciones laborales correspondiente a los meses de agosto, septiembre y octubre de 1998, por los conceptos de nómina, liquidaciones, auxilio de manutención, viáticos, aplicando la retención en la fuente correspondiente.

Se cancelaron las obligaciones legales, de seguridad social y tributarias correspondiente a los meses de agosto, septiembre y octubre de 1998, Se realizó certificado de cancelación a los trabajadores donde se da constancia que el trabajador se declara a paz y salvo, hasta la fecha, tanto con el contratista, como con ECOPETROL, esta última quién ejecuta el pago directamente amparada en la autorización acordada con el contratista en la cláusula 24 del contrato DIJ-1147.

Se revisaron listados de personal y equipo hasta el día 13 de octubre de 1998 y los montos del contratista están acorde con los de la interventoría.

A la fecha PROTECNICA LTDA, debe por concepto de reembolsables (compras y servicios) correspondiente a los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 1998.

De acuerdo con el valor del contrato asignado y el tiempo ejecutado no se cumplió el 100%, debido a la declaración de caducidad del contrato por parte de ECOPETROL a la firma PROTECNICA LTDA, por el incumplimiento en los compromisos contractuales.

Se ejecutó el 90.41% del tiempo, dejándose de ejecutar el 9.58%.

Se ejecutó el 86% del valor del contrato, dejándose de ejecutar el 14%."

5.4. El trámite concordatario y –posteriormente- liquidatorio de Protécnica

5.4.1. A través del auto 410-8044 del 8 de octubre de 1998¹¹², la Supersociedades admitió la solicitud de apertura de trámite de concordato o acuerdo de recuperación de negocios radicada por Protécnica¹¹³. Dentro de las motivaciones del auto, está el resumen de la situación de la sociedad:

“2. Funcionarios del Grupo de Diagnóstico concursal realizaron un análisis de la situación contable y financiera de la sociedad solicitante, de cuyas conclusiones se puede extraer lo siguiente:

- Del análisis efectuado a los estados financieros comprendidos entre los periodos de 1995 a 1997, se estableció que la sociedad desde el año de 1997, mostró un descenso significativo en sus ingresos operativos al reducirse en un 65% para 1997 situación derivada de la no adjudicación de contratos por parte de Ecopetrol principalmente, de tal suerte que para 1997, la empresa liquidó pérdidas operacional y neta por las sumas de \$524 millones y \$1.051 millones.

- Para 1998, aunque la sociedad solo ha alcanzado el casi 50% de las ventas del mismo periodo del año anterior, registró utilidad operacional por valor de \$29 millones y logró reducir la pérdida neta a la suma de \$55 millones, gracias a la reducción de los costos y gastos operacionales.

- No obstante lo anterior, la sociedad no cuenta con los recursos operativos suficientes para asumir el costo de la deuda financiera, la que al concluir el octavo mes del año en curso alcanza la suma de, \$3.270 millones.

- Las obligaciones de la empresa a agosto de 1998 ascendían a la suma de \$5.299 millones, inferiores en 123 millones a las deudas a diciembre 31 de 1997, donde las financieras son las más representativas al participar con 01 61.7%, seguidas de las fiscales por \$1.602 millones (30%) principalmente. Así mismo el nivel de endeudamiento se redujo al pasar de 85.8% en 1997 al 76.3% en agosto de 1998. Es de anotar que al 52,2% del endeudamiento está concentrado en el corto plazo. (...)”

Esta decisión fue notificada mediante edicto emplazatorio fijado el 16 de octubre, y desfijado el 29 de octubre de 1998¹¹⁴.

5.4.2. La Supersociedades declaró cerrado el concordato al encontrar que la sociedad no respondía por sus obligaciones post-concordatarias, y convocó a Protécnica *“a un trámite de liquidación obligatoria de los bienes y haberes y derechos que conformaba en patrimonio a liquidar de la concursada, bajo las disposiciones de la Ley 222 de 1995”*¹¹⁵, a través del auto 410-19331 del 23 de diciembre de 1999¹¹⁶ que expuso, entre otras, las siguientes motivaciones:

“3. A través del Auto 410-12520 del 24 de septiembre de 1999, se calificaron y graduaron los créditos de la sociedad.

4. Mediante escrito radicado el 22 de octubre de 1999, el representante legal manifiesta que la sociedad se encuentra paralizada por la carencia de recursos para capital de trabajo, generada por la caducidad de los contratos con el Estado, lo que constituyó un obstáculo para su normal funcionamiento, impidiéndole estructurar una fórmula de arreglo con sus acreedores que le permitiera continuar

¹¹² F. 611-612, c.2.

¹¹³ F. 389-398, carpeta 2 y f. 339-346, c.1

¹¹⁴ F. 610, c.2.

¹¹⁵ Oficio 2018-01-002007 del 4 de enero de 2018 (f. 970, c. ppal.), radicado en la Corporación el día 24 de idénticos mes y año, como respuesta al decreto de pruebas de oficio hecha por la Sala de Subsección el 16 de noviembre de 2017.

¹¹⁶ F. 294-296, c. 1

como empresa en marcha y fuente generadora de empleo, solicitando a su vez la liquidación obligatoria de la sociedad.

5. Por medio del escrito radicado el pasado 8 de noviembre, con el número 400.655, el contralor corrobora lo manifestado por el gerente de la empresa, expresando además que el patrimonio se viene deteriorando en detrimento de los acreedores y de los socios e incumpliendo con el pago del pasivo postconcordatario el cual a septiembre 30 de 1999 asciende a la suma de \$3.262 millones.

6. De acuerdo con los últimos estados financieros que reposan en los archivos de esta Entidad, la sociedad a 30 de septiembre de 1999, poseía activos por valor de \$6.037 millones, un pasivo del orden de \$7.394 millones y registró una pérdida neta por \$480 millones.

Visto lo anterior y teniendo en cuenta por una parte que, la Corte Constitucional en Sentencia T-299/97 de junio 20 de 1997, señaló que “cuando una sociedad en concordato deja de pagar o retrasa injustificadamente el pago de las obligaciones postconcordatarias, ello implica que los supuestos del concordato preventivo obligatorio han dejado de existir y la empresa debe ser liquidada. Según el artículo 85-7 de la ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad para convocar de oficio a la sociedad al trámite de un proceso concursal (Concordato o Concurso liquidatorio) lo cual determina que si esa autoridad administrativa constata que por las razones indicadas los supuestos en que se funda el concordato ya no existen, está obligada a convocar, de oficio, a la empresa al trámite de un concurso liquidatorio” En consecuencia, la sociedad no posee recursos que le permitan sufragar las obligaciones postconcordatarias a su cargo, y por otra que, el objetivo del concordato es la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo y la protección adecuada del crédito, se hace necesario declarar terminado el proceso concordatario adelantado por la sociedad PROMOTORA TÉCNICA DE SERVICIOS PROTÉCNICA LTDA. con sus acreedores y decretar la apertura de un concurso liquidatorio de los bienes que conforman su patrimonio, con el fin de proteger los intereses de los acreedores y en especial los de carácter laboral, en concordancia con lo señalado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1080 de 1996.”

5.4.3. El 12 de febrero de 2007, mediante auto n° 441-0017354¹¹⁷, la Supersociedades “aprobó la rendición final de cuentas presentada por la liquidadora y (...) declaró terminado el proceso liquidatorio”.

5.5. La caducidad y liquidación unilateral del contrato DIJ-1147

5.5.1. Mediante resolución n° 010 del 9 de octubre de 1998, el Vicepresidente de Transporte de Ecopetrol, invocando facultades legales y reglamentarias especialmente las de los estatutos de la Empresa y de la Ley 80 de 1993, declaró la caducidad del contrato DIJ-1147 de 1996 suscrito con Protécnica¹¹⁸, y en consecuencia hizo efectivas (i) la cláusula penal pactada en el contrato, (ii) la garantía única de cumplimiento, además de (iii) ordenar la liquidación final del contrato y resolver que (iv) “[p]revia determinación de la cuantía a que ascienden los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato (...) formular la correspondiente reclamación entre la firma PROTECNICA y/o las autoridades pertinentes, acto para el cual prestan mérito ejecutivo la presente Resolución y el Acta de Liquidación del contrato (...)”. Esta decisión fue notificada personalmente

¹¹⁷ F. 971-974, c. ppal.

¹¹⁸ F. 145-151, carpeta 1.

al representante legal de la contratista en la misma fecha en que se adoptó¹¹⁹. De la parte motiva del acto conviene extractar estos aspectos:

5.5.1.1. El acto evalúa y califica como incumplimiento contractual grave de Protécnica la desatención de las obligaciones laborales y prestacionales con su personal. Por una parte, las del numeral 12 de la cláusula cuarta del contrato, que obligaba a la contratista al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal encargado de hacer los trabajos, y de solucionar cualquier inconsistencia en un término no mayor a quince días; y por otra, las del numeral 11 de la misma cláusula¹²⁰ relativa a la obligación de Protécnica de entregar las planillas quincenales del pago de salarios y comprobantes de pago de las prestaciones sociales, riesgos profesionales, parafiscales y caja de compensación.

Expresó que el incumplimiento de Protécnica en pagar los salarios *“ocasionó paros en la obra los días 13 de Febrero, 11 de Marzo, 8 de Junio y 11 de Junio”* de 1998, *“generando de igual forma malestar social en la comunidad, lo cual ha afectado paralelamente el avance de los trabajos y los intereses económicos de ECOPETROL”*.

Así mismo, manifestó que el incumplimiento en el pago de aportes a la seguridad social generó *“una situación de riesgo para los trabajadores, ante la eventual falta de atención por parte de las entidades que prestan los servicios de salud de conformidad con lo establecido en el actual régimen de seguridad social”*.

5.5.1.2. Aparte, señaló que Protécnica incumplió gravemente sus obligaciones contractuales entrando así en cesación de pagos. Reseñó que hubo incumplimientos de facturas correspondientes a *“servicios prestados en Sebastopol”* con varias personas naturales y jurídicas; también que habían obligaciones pendientes por pagar con terceros y proveedores que ascendían a \$6'074.548 y a \$82'185.345 respectivamente, y que pese a los compromisos adquiridos por la contratista estos nunca se cumplieron.

Por otra parte, enunció los cinco embargos de los que fue objeto Protécnica durante el plazo del contrato, entre los que destacó el del Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá por \$2.300'000.000 y el del Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá por \$3.500'000.000. Adicionalmente, enunció:

“3.7. Que la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, no obstante el incumplimiento en que ha incurrido la firma PROTECNICA LDA (sic), y la existencia de múltiples medidas cautelares en su contra, acordó el 16 de Marzo y el 1 de Julio de 1998 con el contratista, procurar el cabal cumplimiento del objeto del contrato, colaborando dentro de los términos permitidos por la ley con la firma PROTECNICA LTDA.

3.8. Que ante el incumplimiento por parte de la firma PROTECNICA LTDA en la cancelación de las obligaciones laborales tanto de personal directivo (básico y opcional) como administrativo, en virtud de la solidaridad legal consagrada en el

¹¹⁹ F. 156, carpeta 1.

¹²⁰ En el texto del acto se hace mención errónea al numeral 14 de la cláusula cuarta.

artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y con base en la autorización contractual contenida en la Cláusula Vigésimo Cuarta del contrato DIJ-1147, ECOPETROL procedió a pagar directamente las obligaciones laborales pendientes, esto es la suma de NOVENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$ 97.305.981,00).”

5.5.1.3. Aludió, igualmente, al informe del Jefe del Departamento Técnico de la Gerencia Magdalena del 24 de septiembre de 1998¹²¹.

5.5.1.4. Concluyó, en consecuencia, a través de los hechos reseñados, que ellos eran *“constitutivos de incumplimiento”* y *“en su conjunto, afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato DIJ-1147, ya que ellos demuestran que el contratista presenta problemas de organización y financieros imputables a él, respecto de los cuales PROTECNICA LTDA no ha formulado solución alguna que haga viable el cumplimiento del contrato por parte del contratista.”*

5.5.2. El 19 de octubre de 1998 Protécnica y la aseguradora¹²² interpusieron recurso de reposición en contra del acto que declaró la caducidad del contrato DIJ-1147¹²³. En dicha oportunidad, el contratista expresó que:

5.5.2.1. La responsabilidad por las *“interrupciones”* en la ejecución del contrato *“es compartida con ECOPETROL”* porque la contratista *“informó de esta situación en forma oportuna”* y *“manifestó [su] intención de evitar problemas en el contrato, solicitando dar aplicación a la cláusula 24 del contrato en debate”*, siendo esta última una *“facultad contractual para cancelar en forma ágil y oportuna las obligaciones laborales del contratista para con sus trabajadores”*, que debió ser aplicada en lugar de la caducidad del contrato.

5.5.2.2. No hubo culpa, descuido o negligencia de Protécnica en las paralizaciones sino que todas ellas obedecieron a las acciones de la interventoría o de Ecopetrol.

5.5.2.3. La declaratoria de caducidad no puede basarse en la iliquidez de la contratista, situación que para ese momento era conocida por Ecopetrol. Además, por disposición legal expresa –artículo 17.4 de la Ley 80 de 1993- ese supuesto fáctico correspondería a la terminación unilateral.

5.5.2.4. Aunque en estricto rigor la situación financiera del contratista pudiera dar lugar a la terminación unilateral del contrato, al ser admitida en concordato, Protécnica no podía ser objeto de estas medidas unilaterales.

5.5.3. Mediante Auto n° 01 del 4 de diciembre de 1998, la Vicepresidencia de Transporte de Ecopetrol abrió la etapa probatoria y solamente decretó pruebas testimoniales como parte del trámite del recurso de reposición¹²⁴ en contra del acto declarativo de caducidad.

¹²¹ Supra. pár. 4.3.4.4.

¹²² F. 166-172, carpeta 1.

¹²³ F. 157-165, carpeta 1.

¹²⁴ F. 616-617, c. 2.

Sin que conste en las respectivas transcripciones la citación previa, la asistencia o la participación de la recurrente durante las diligencias testimoniales, la oficina asesora legal de la Gerencia Magdalena de Ecopetrol tomó las declaraciones de las siguientes personas: José Leopoldo Gamboa¹²⁵, ingeniero residente de la sociedad interventora; María Antonia Roa López¹²⁶, trabajadora de la firma interventora; Gustavo Adolfo Pérez Serna¹²⁷, Félix Ojeda Garrido¹²⁸ y Eliécer Plata Pinilla¹²⁹, trabajadores de Protécnica; Jairo Amaya Marín¹³⁰, ingeniero residente de Protécnica para el contrato DIJ-1147; Arnulfo Gamarra Lizarazo¹³¹, funcionario de Ecopetrol; y Oscar Trujillo Jaramillo¹³², Jefe de Departamento Técnico de la Gerencia Magdalena.

5.5.4. El 5 de enero de 1999, la Vicepresidencia de Transporte de Ecopetrol confirmó la caducidad del contrato mediante la resolución nº 01¹³³. Frente a los argumentos de Protécnica, señaló:

5.5.4.1. El único condicionamiento legal para imponer la caducidad es *“que se incumplan las obligaciones del contratista, pero no las cualifica; y que tal incumplimiento conlleve a la afectación grave y directa en la ejecución del contrato y que pueda conducir a su paralización”*, razón por la que la recurrente no tenía razón en afirmar que dichos supuestos solo dieran lugar a la terminación unilateral del contrato, porque ello conduciría a dejar *“a la Administración en imposibilidad de ejercer el poder excepcional de declarar la caducidad cuando por las mismas razones se afecte gravemente el contrato y se paralice la ejecución”*.

5.5.4.2. Ecopetrol no tuvo responsabilidad en las *“interrupciones”* producidas a lo largo del contrato. Por el contrario, sostuvo que:

“... trató, por todos los medios, de recomponer el contrato y evitar, con su prolongada ayuda y auxilio, su paralización, cumpliendo así con los fines de la contratación estatal (...) y colaborando con el contratista para la correcta ejecución del contrato (...) razón por la cual en ese momento ECOPETROL no aplicó ninguna cláusula excepcional sino hasta cuando la negligencia del contratista en el manejo de sus asuntos influyó de manera tal en el ejercicio del contrato que evidenciaba su paralización con grave perjuicio para la entidad pública y para la comunidad.”

En ese sentido, aseguró que la contratante ejerció:

“... en forma gradual, continua y oportuna a lo largo de la ejecución del contrato su poder de dirección, manejo y de imponer a tiempo medidas correctivas, intimidatorias y sancionatorias para obligar al contratista a cumplir oportuna y eficientemente con la ejecución del contrato, ya que la caducidad es el último y más grave paso que debe tomar la administración para asegurar la adecuada marcha de los servicios públicos...”

¹²⁵ F. 633-637, c.2

¹²⁶ F. 697-700, c. 2

¹²⁷ F. 639-642, c. 2

¹²⁸ F. 691-694, c. 2

¹²⁹ F. 653-655, c. 2

¹³⁰ F. 645-651, c. 2

¹³¹ F. 664-669, c. 2

¹³² F. 684-689, c. 2

¹³³ F. 175-190, carpeta 1.

5.5.4.3. Aseveró que la entidad ya había utilizado la cláusula vigesimocuarta, puesto que Ecopetrol asumió la obligación de cancelar los compromisos laborales.

5.5.4.4. Al analizar la documentación del expediente administrativo del contrato, Ecopetrol consideró que del texto contractual se desprendía una *“naturaleza particular”* del negocio celebrado, en la medida en que Protécnica *“debía suministrar el personal, materiales y equipos para el mantenimiento a que estaba obligado contractualmente, en el momento en que ECOPETROL lo solicitara.”* Expuso que en el primer año de vigencia, el contrato se cumplió satisfactoriamente, pero que en 1998 se presentaron las anomalías generadoras de la decisión de caducidad.

5.5.4.5. Valoró los informes técnicos de la Gerencia Magdalena (párr. 5.3.4.), los informes y comunicaciones de la interventoría y las declaraciones recogidas durante el trámite del recurso. De todo ello, Ecopetrol concluyó que los incumplimientos con el personal y con los proveedores, además de lo ocurrido con la emergencia generada por el atentado al kilómetro 12 de la línea Galán – Puerto Salgar justificaban mantener la resolución impugnada.

5.5.4.6. La decisión fue notificada por edicto¹³⁴ fijado el 8 de enero de 1999 y desfijado el día 26 de idénticos mes y año.

5.5.5. A través de la Resolución nº 002 del 27 de enero de 1999, la Empresa aclaró las resoluciones de caducidad del contrato¹³⁵, fijando la cuantía de la cláusula penal pecuniaria en un valor de *“QUINIENTOS TRECE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS PESOS, (\$513'364.600,00)”*. Esta decisión fue notificada mediante edicto fijado el 10 de febrero de 1999 y desfijado el 24 de idénticos mes y año¹³⁶.

5.5.6. Alegando la extemporaneidad del acto, Protécnica interpuso recurso de reposición contra la decisión señalada en el párrafo anterior. Esta fue confirmada por Ecopetrol mediante Resolución nº 003 del 11 de marzo de 1999¹³⁷, asegurando que el acto aclaratorio fue expedido de forma oportuna en tanto el principal, esto es el de la declaración de caducidad, fue proferido en vigencia del plazo del contrato.

5.5.6. Mediante Resolución 009 del 8 de octubre de 1999, Ecopetrol liquidó unilateralmente el contrato DIJ-1147¹³⁸, incorporando para tal efecto la liquidación efectuada por el funcionario designado por la Empresa en que se incluía el valor de la cláusula penal pecuniaria que se ordenó hacer efectiva por la caducidad del contrato¹³⁹. En la liquidación se concluyó que:

“Conforme al balance económico del contrato DIJ-1147 (...) no resultan saldos a favor de la sociedad PROMOTORA TECNICA DE SERVICIOS PROTECNICA

¹³⁴ F. 152-153, carpeta 1.

¹³⁵ F. 193-196, carpeta 1.

¹³⁶ F. 197-198, carpeta 1.

¹³⁷ F. 206-214, carpeta 1.

¹³⁸ F. 218-225, carpeta 1.

¹³⁹ F. 228-243, carpeta 1.

LTDA., existiendo un saldo en su contra por la suma de cuatrocientos setenta y nueve millones cuatrocientos veintisiete mil setecientos veintidós pesos mcte (\$479.427.722)."

La resolución también ordena hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, así como *"la iniciación de las acciones legales que fueren pertinentes"* en contra de Protécnica y de la compañía aseguradora *"tendientes al cobro de los saldos que resultan a favor de ECOPETROL del balance económico final de la liquidación unilateral del contrato DIJ-1147"*.

Esta decisión se notificó por edicto fijado el 3 de noviembre de 1999 y desfijado el 18 del mismo mes y año¹⁴⁰.

5.6. Situación de otros contratos celebrados entre Ecopetrol y Protécnica como integrante de consorcios

5.6.1. Protécnica, como parte integrante del consorcio constituido entre esta y la sociedad mexicana "Constructora Kepler S.A. de C.V." celebró con Ecopetrol el contrato DIJ-940¹⁴¹ el 3 de enero de 1996, con duración de 480 días calendario, cuyo objeto fue adelantar trabajos correspondientes a:

"La Ingeniería detallada, gestión de compras, construcción, montaje, pruebas y puesta en marcha del proyecto Diseño, Compras y Construcción del Sistema de Contraincendio del Área de Galán y Casa de Bombas Nº 8, ubicada en el Complejo Industrial de Barrancabermeja, municipio de Barrancabermeja, Departamento de Santander".

5.6.2. Como parte integrante del consorcio que constituyó con las sociedades Disnaequipos S.A. y Conidol Ltda., Protécnica celebró el contrato VEP-003-97 con Ecopetrol¹⁴², el 3 de enero de 1996, cuyo objeto fue adelantar trabajos correspondientes a la:

"Ampliación de las Facilidades de superficie de las Estaciones de Producción Apiay y Suria de la Gerencia Llanos. Lo anterior incluye la Gestión de Compras, Suministro de Materiales y Equipos, Inspección, Transporte hasta la Obra, Construcción y Montaje, Alistamiento y Puesta en Servicio del Proyecto, ubicadas en la Gerencia, municipio de Villavicencio, Departamento del Meta".

Este contrato fue terminado por mutuo acuerdo a partir del 3 de marzo de 1999, mediante acta del 19 de enero del mismo año.¹⁴³

5.6.3. El 26 de agosto de 1998, a través del memorando SPL-079¹⁴⁴, el Superintendente de Proyectos de la Gerencia Llanos de Ecopetrol informó al Director Jurídico de la Empresa la situación de los contratos que fueron celebrados con Protécnica, haciendo referencia puntual a los negocios jurídicos mencionados en los dos puntos anteriores, en estos términos:

¹⁴⁰ F. 224-225, carpeta 1.

¹⁴¹ F. 2093-2113, c. 5.

¹⁴² F. 2115-2126, c. 5.

¹⁴³ F. 316-317, c. 1.

¹⁴⁴ F. 326-330, c. 1.

“1. El 3 de enero de 1996, La GCB celebró el contrato DIJ-940-96 con el Consorcio Protécnica Ltda y Constructora Kepler, (...). Ese contrato ya se liquidó, la Constructora se retiró del país, quedando Protécnica Ltda con las deudas a proveedores. La Citada sociedad presentó a Ecopetrol una reclamación en nombre del Consorcio por Diez mil millones de Pesos (\$10.000.000.000.000=) que está pendiente de definición, relacionada en una supuesta modificación del objeto del contrato.

2. Los proveedores de ese Consorcio, afectados por la mora en los pagos iniciaron procesos ejecutivos, dentro de los cuales ya se profirieron medidas cautelares cuyos límites ascienden aproximadamente a Tres Mil Novecientos Millones de Pesos (\$3.900.000.000=).

3. Las órdenes judiciales han afectado principalmente el contrato VEP-003-97 celebrado con el consorcio PDC (Protécnica Ltda, Disnaequipos S.A. y Conicol Ltda), para ampliar facilidades de superficie en la Gerencia Llanos, el cual podría tener dificultades para su ejecución total, al tener que poner a disposición de los Juzgados aproximadamente Novecientos Cuarenta Millones de Pesos (\$940.000.000) que indiscutiblemente son necesarios para que el Consorcio culmine las obras contratadas.

(...)

4. Protécnica Ltda, actualmente ejecuta un contrato de mantenimiento de línea de oleoducto, celebrado con la Gerencia Magdalena de la Vicepresidencia de Transporte, por un valor de \$5.000.000.000, el cual también se afecta por las órdenes judiciales, principalmente y en su orden, a) En favor de SIEMENS, por \$141.000.000, b) BANCO ANDINO por \$2.300.000.000 y c) SIEMENS por \$1.410.000.0000 (sic).

5. En los dos contratos ya se empezaron a cancelar salarios directamente por Ecopetrol, evitando posibles demandas por la figura de la solidaridad por tratarse de actividades propias de nuestra industria. (...).”

6. Análisis de la Sala

A fin de resolver el conflicto jurídico, la Sala analizará todos los cargos sustentados¹⁴⁵ de nulidad por los que la actora protestó la actuación de Ecopetrol, para valorar si, conforme al material probatorio traído al proceso, tienen vocación de prosperidad.

6.1. Competencia funcional del Vicepresidente de Transporte de Ecopetrol para declarar la caducidad del contrato.

Anteriormente se reseñó (párr. 2) que, según Protécnica, el Vicepresidente de Transporte de Ecopetrol carecía de facultades para declarar la caducidad del contrato DIJ-1147, y que la demandante echó de menos una modificación a la cláusula decimoquinta del contrato, o la existencia un acto administrativo de delegación que previa y expresamente transfiriera la función de aplicar las

¹⁴⁵ En ese sentido, la Sala no estudiará el cargo de desviación de poder que la parte actora desarrolló en la demanda y en el recurso de apelación fundamentado en una supuesta grabación magnetofónica de conversación entre representantes de Protécnica y funcionarios de Ecopetrol, porque no hay soporte alguno de este en el expediente de acuerdo con lo enviado a la Corporación por el Tribunal de instancia, en que no aparece si quiera mención de un elemento contentivo de un audio (f. 804, c. ppal.), y no fue enlistado en el escrito de demanda ni en actos procesales posteriores. Tampoco hay transcripción diferente al extracto citado en la demanda y en el recurso de apelación.

cláusulas excepcionales en cabeza del Presidente de la Empresa al mencionado Vicepresidente.

Este razonamiento coincide con el del agente del Ministerio Público quien aseveró que los actos enjuiciados debían ser anulados al no mediar un acto formal de delegación del Presidente de Ecopetrol al Vicepresidente de Transporte.

Por su parte, Ecopetrol argumentó que el Vicepresidente de Transporte era competente para declarar la caducidad del contrato, y en su defensa alegó que los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993 le permiten al representante legal de la Empresa delegar sus competencias contractuales en cargos de niveles directivo o ejecutivo, voluntad que se plasmó plasmada en el mismo contrato a través de la cláusula decimoquinta en la cual se dispuso la transferencia de la gestión del contrato del Presidente de la Empresa a la Gerencia de Oleoductos, cuya ubicación en la estructura interna de la demandada hace parte del área de “Transporte de Hidrocarburos”, encabezada por la Vicepresidencia de Transporte que tiene funciones de dirección, y a su turno, está desconcentrada en Gerencias Regionales que cumplen funciones operacionales, siendo una de ellas la especificada en la estipulación contractual. Argumentos que, a grandes rasgos, fueron compartidos por el *a quo* en la sentencia apelada.

Ahora, teniendo en cuenta los manuales internos de contratación y de control administrativo aportados por la demandada (párr. 5.1.), la Sala encuentra que desde la expedición del pliego de condiciones de la licitación que antecedió al contrato y hasta su finalización, pueden distinguirse tres momentos claves de la ordenación interna de la Empresa, relevantes para la solución de este cargo: (i) el manual de contratación con el que inició el procedimiento de selección, del 14 de diciembre de 1993 (párr. 5.1.2.); (ii) la “*versión*” del manual de contratación del 20 de noviembre de 1996 de la cual Ecopetrol afirma no tener información (párr. 5.1.1.) y; (iii) el manual de control administrativo de la demandada del 15 de enero de 1997 (párr. 5.1.3.).

Advirtiendo que el contrato se celebró el 26 de noviembre de 1996 (párr. 5.2.2.), cabe anotar que el Tribunal a quo se equivocó en basar su decisión en normas posteriores a la época de los hechos. Así que es necesario indagar qué manuales internos guiaron la actuación de Ecopetrol en el contrato bajo juzgamiento, más precisamente la declaración de caducidad y la adopción de liquidación unilateral; y si sus disposiciones podían entenderse modificadas con la adopción posterior del manual de control administrativo. También si en ello incide la cláusula decimoquinta (párr. 5.2.6.), que no sufrió modificación alguna durante la vigencia del plazo contractual.

6.1.1. Párrafos atrás (supra. # 3) quedó sentado que el régimen jurídico del contrato DIJ-1147 tenía entre sus normas rectoras las siguientes dos: el Decreto 1209 de 1994 y la Ley 80 de 1993 en su artículo 76, última norma referida a los contratos cuyo objeto es la “*exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables*” y a las actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales que las desempeñan, siendo una de ellas la Empresa

demandada. En ese punto también se dijo que, pese a tratarse de un régimen especial de contratación (derecho privado), las mencionadas entidades públicas cuentan con autorización legal para establecer internamente sus procedimientos de selección y las cláusulas excepcionales que podrán pactar en dichos contratos.

En relación con estas atribuciones, la Sala encuentra necesario establecer diferencias: esas cláusulas excepcionales eran, por antonomasia, cláusulas de derecho público, y en cuanto tales constituían un ámbito de excepción en el régimen contractual para ese entonces aplicable a los contratos que celebraba Ecopetrol con el objeto de explorar y explotar recursos naturales renovables y no renovables y de desarrollar las actividades comerciales e industriales que le eran propias; el establecimiento de procedimientos de selección, por el contrario, remitía al desarrollo de la actividad de contratación en su fase precontractual y formaba parte del ámbito general, de derecho privado que regía su contratación.

Ahora bien, que no obstante su adscripción al ámbito de derecho privado, debieran tomarse en consideración los principios de transparencia, economía y responsabilidad previstos en la ley 80 de 1993 al momento de establecer internamente tales procedimientos, no implicaba, en modo alguno, que la entidad estuviera conminada a adoptar en sus reglamentos la misma tipología de los procedimientos de contratación que preveía la normativa de la contratación estatal, ni menos aún, que debiera extrapolar las reglas que la ley 80 de 1993 fijó para cada uno de esos tipos de procedimientos, a su manual interno de contratación. Significaba, sí, que en un ejercicio de autonomía podían establecer procedimientos, nominarlos y reglarlos conforme a esa principialística, entendiendo que los principios dan cabida a una rica multiplicidad de potenciales reglas, tan amplia como el ámbito de supuestos fácticos que su propia iniciativa y creatividad permitiera, pues en ello reside la diferencia entre el principio y la regla.

6.1.2. En el marco del derecho privado, el documento que contiene la oferta para la celebración de un contrato equivale al documento que en la contratación pública se denomina pliego de condiciones¹⁴⁶. Nada obsta, sin embargo, para que en ejercicio de su autonomía la entidad lo denomine así: pliego de condiciones. Y así como la jurisprudencia administrativa ha predicado la fuerza vinculante del pliego de condiciones, calificándolo como la “ley del contrato”¹⁴⁷, llegando a afirmar que *“frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer*

¹⁴⁶ El artículo 860 del Código de Comercio, invocado en algunas ocasiones por la jurisprudencia de la Sala (Por ej. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección C. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Rad. 25000232600019960203001 (16656)) indica: *“En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.”*

¹⁴⁷ *“Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como “la ley del contrato”. (...) Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2000. Rad. 10399).

aquél”, y a hablar de la intangibilidad del pliego como garantía de “la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes”¹⁴⁸, así mismo en derecho privado, la oferta de contrato¹⁴⁹, en cuanto proyecto de negocio jurídico que contiene sus condiciones esenciales¹⁵⁰ y del que se puede deducir el interés inequívoco en celebrarlo por parte de quien la profiere, de modo que sólo haga falta la aceptación para su perfeccionamiento¹⁵¹, esa oferta, llámesele pliego de condiciones o no, también tiene fuerza vinculante, y bajo determinadas condiciones, se torna obligatoria e intangible.

6.1.3. Por estas razones, los reglamentos internos de la contratación de Ecopetrol que se incorporaron a la oferta y que una vez aceptada ésta, debían tenerse en consideración para interpretar el clausulado del contrato DIJ-1147, eran los vigentes para el momento en que estos fueron incorporados en la oferta (pliego), es decir, para el caso, los vigentes desde 1994 (párr. 5.1.2. a 5.1.3.).

De esta manera, los entonces oferentes y, por supuesto, la contratista, conocían las pautas de actuación de la Empresa, y en particular las facultades que esta podía ejercer durante la escogencia del contratista y las excepcionales que podía ejercer en desarrollo de la ejecución del contrato, las cuales, se reitera, gozan de reconocimiento legal en virtud del objeto contractual. Sobre la base del conocimiento previo de la organización interna de la contratante, de las reglas a las cuales esta misma se sometió, y que hacía parte de las condiciones del negocio, se debió fundar la confección de la propuesta.

6.1.4. Ahora bien, el artículo 1 de los estatutos vigentes de la Empresa Colombiana de Petróleos para la época de celebración del contrato que nos atañe, adoptados mediante decreto 1209 de 1994, esta era una empresa industrial y comercial del Estado que en su organización interna y en sus relaciones con terceros funcionaba como una sociedad de naturaleza mercantil, ha de

¹⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779).

¹⁴⁹ El artículo 860 del Código de Comercio, invocado en algunas ocasiones por la jurisprudencia de la Sala (Por ej. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección C. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Rad. 25000232600019960203001 (16656)) indica: “En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.”

¹⁵⁰ Código de Comercio – Artículo 845: “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”

¹⁵¹ La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no toda invitación previa a contratar puede considerarse oferta, en estos términos: “... El anuncio, ha dicho la Corte, que puede llevarse a cabo por cualquier medio probatorio, es la pauta del concurso y al propio tiempo contiene tanto la característica del contrato proyectado como las reglas fundamentales a través de las cuales queda vinculado el anunciante, aspecto este último determinante del carácter atribuible a este tipo de actos y del papel que juega en procedimientos de esta naturaleza, habida cuenta que su significación no es fatalmente la misma en todos los supuestos posibles, pues en unos, quizá los más comunes, no habrá verdaderas ofertas sino apenas simples invitaciones a formularlas, mientras que en otros, ante una declaración concluyente hecha en tal sentido, por quien tomó la iniciativa de convocar al concurso, forzoso será estimar que éste se abrió para ser celebrado el contrato sin reserva, es decir involucrando una oferta completa y obligatoria de contratar con el concursante que resultare favorecido. Dicho en otras palabras, el significado del anuncio es cuestión circunstancial y cualquier duda ha de resolverse por interpretación del sentido razonable de las palabras utilizadas por el anunciante en su declaración, confirmado por la actitud subsiguiente que el mismo hubiera adoptado; lo corriente es, entonces, que de no presentarse factores que abonen la otra alternativa, una invitación a concursar representa tan sólo la posibilidad de concurrir al certamen formulando las verdaderas ofertas bajo el supuesto de que el anunciante se ha reservado para sí la libertad de adjudicar o no, lo que equivale a decir que el proyectado contrato no podrá tenerse por perfeccionado sino mediante la adjudicación, caso por cierto diferente a aquel en que la invitación es una auténtica oferta, vale decir una proposición que, en los términos que indican los artículos 845, 846 y 860 del C. de Co., dejará vinculado contractualmente al proponente - anunciante- por el sólo hecho de haberse formulado, con acatamiento de las reglas del concurso, la correspondiente aceptación por alguno de los llamados a participar en su realización” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 1989. Reiterado por la misma Corporación en sentencia del 4 de abril de 2001. Rad. 5716.)

entenderse. En lo que fuera pertinente. En virtud de ello, su organización interna constaba, como lo anticipaba el artículo 16 del decreto 3130 de 1968, de una junta o consejo directivo; de un presidente, y de los demás funcionarios que en un ejercicio de autonomía determinarían los actos pertinentes de la junta o consejo. Las relaciones internas entre tales órganos, mientras no entrañaran ejercicio de competencias típicamente administrativas, se regían, como correspondería en una sociedad de tipo mercantil, por normas internas establecidas autónomamente. Así, por ejemplo, si en un ámbito regido por el derecho privado, un órgano interno de la empresa pretende autorizar el ejercicio en relación con terceros, de una función que a él se encuentra asignada, puede apelar al instituto típico del mandato con representación, del que da cuenta la legislación privada.

Empero, si se trata de autorizar el ejercicio en relación con terceros, de una prerrogativa de derecho público que a él se encuentra atribuida, ha de entenderse que ese traslado opera en el ámbito jurídico que corresponde a esa prerrogativa, que es el de derecho público, y ello remite al instituto de la competencia, con los principios y reglas que lo gobiernan, y a la modalidad o forma de operar tal traslado cuando de competencias se trata, vale decir, al instituto de la delegación de competencias.

En ese contexto, la delegación de la competencia para el ejercicio de las cláusulas excepcionales¹⁵² se encuentra gobernada por principios y reglas de derecho público incluso en regímenes contractuales especiales de entidades públicas donde prima la aplicación del derecho privado¹⁵³. Y en cuanto tal, no podía, ni debía hacer parte del aspecto intangible de los pliegos, ni tampoco su oportunidad y aplicación tenían por qué permanecer inalterados por un pacto entre las partes.

Ello es así porque (i) la delegación es un principio de organización administrativa¹⁵⁴ y un mecanismo de fuente constitucional¹⁵⁵, legal y

¹⁵² En ese sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (en: "Curso de Derecho Administrativo". Tomo 1. 12ª ed. Civitas. Madrid. 2004, p. 743) exponen: "Este poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones. A la administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la Ley no se conforme con reconocer a la Administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento".

¹⁵³ Por ejemplo, respecto del régimen contractual en materia de servicios públicos domiciliarios, la jurisprudencia de esta Sección recordó recientemente que "la propia Ley 142 de 1994, al disciplinar la materia, decidió reservar un reducto de derecho público. Así, de la mano de otras disposiciones consagradas en la misma ley (...), el propio artículo 31 reservó la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993 a los actos y contratos donde se utilicen cláusulas exorbitantes, cuya inclusión puede convertirse en obligatoria, para ciertos contratos, por consideración de las comisiones de regulación, o facultativa, para otros, previa consulta expresa por parte de las propias empresas prestadoras." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Rad. 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800). Subrayas ajenas al original).

¹⁵⁴ "Sea lo primero, comenzar citando el artículo 209 Superior, que establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones." (Corte Constitucional. Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999 – Subrayas de la Sala).

¹⁵⁵ Constitución Política de Colombia. "ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...) ARTICULO 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. // La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel,

reglamentaria¹⁵⁶ al que no se le puede oponer disposición inferior que la entorpezca, y (ii) porque el acto de delegación, en estricto rigor, vincula al delegante y delegatario¹⁵⁷, al margen de los actos de este último que afecten a terceras personas, y comprometan tanto a la entidad como a la responsabilidad personal de los respectivos funcionarios.

Cabe agregar, como lo ha desarrollado profusamente la jurisprudencia¹⁵⁸, que la delegación es un instrumento en el que se produce la transferencia del ejercicio de funciones administrativas a colaboradores o a otras autoridades, siendo un mecanismo indispensable para el desempeño óptimo de las entidades en las tareas que les compete, evitando la centralización de decisiones en un solo órgano o persona, así como la posibilidad de que se dilate su gestión¹⁵⁹.

Siendo así, su aplicación es reglada pero al tiempo discrecional *“respecto de la oportunidad y del sujeto destinatario del mismo, debido a que el delegante está en libertad de delegar o no, de escoger el momento de hacerlo y el subordinado o agente suyo, de entre los posibles, como delegatario”*¹⁶⁰, de manera que la delegación, por los fines instrumentales que esta expresa, exige dos cosas: la norma que la habilite y el acto del delegante basado en términos de oportunidad y conveniencia para el desempeño mismo de la función:

*“La norma de delegación crea, para el delegante, más que la posibilidad de renunciar al ejercicio de su propia competencia, el poder de satisfacer mediante un acto que no importe un ejercicio directo, los deberes funcionales ínsitos en sus propias atribuciones. Respecto al delegado la norma de delegación obra como una verdadera norma de competencia. Por el acto de delegación el delegado podrá ejercer la competencia que le fuera acordada por la norma de delegación. El acto de delegación realiza la situación jurídica en la que adquiere eficacia y aplicación efectiva la norma de competencia que constituye la premisa principal del instituto de la delegación”*¹⁶¹.

reasumiendo la responsabilidad consiguiente.// La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.” (Subrayas de la Sala).

¹⁵⁶ En materia contractual, para la época de los hechos del caso estaban vigentes: (i) la redacción original del artículo 12 de la Ley 80 de 1993: *“ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.”*; (ii) el artículo 25 numeral 10 de la Ley 80 de 1993: *“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...) 10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento”*; (iii) el artículo 37 del Decreto Ley 2150 de 1995: *“ARTÍCULO 37. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.”* Además, (iv) el artículo 14 del Decreto 679 de 1994 disponía que *“los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades.”*

¹⁵⁷ *“Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación.”* (Corte Constitucional. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002).

¹⁵⁸ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 31 de octubre de 2007. Rad. 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503) y del 31 de julio de 2008. Rad. 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP), entre muchas otras.

¹⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-372/02, ya citada.

¹⁶⁰ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *“Manual del Acto Administrativo”*. 7ª ed. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá D.C. 2016, p. 129.

¹⁶¹ DIEZ, Manuel María. *“El acto administrativo”*. 2ª ed. Tipográfica Editora Argentina (T.E.A.) Buenos Aires, 1961, p. 183.

Así las cosas, un reproche por incompetencia para la expedición del acto declaratorio de la caducidad contractual, debe encontrarse respaldado, para que tenga visos de prosperidad, de la aducción de la inexistencia del acto previo de delegación, de la prueba de la extralimitación de las facultades conferidas, o de la invalidez del acto de delegación, entre otros motivos que son propios del derecho público.

6.1.5. En el caso sub-lite, la actora trató de refutar la validez de las decisiones demandadas, indicando que no hubo acto expreso de delegación, aserto en relación con el que se debe precisar lo siguiente: el Manual de Contratación vigente para el momento en que se adelantó la licitación sí disponía de reglas de delegación en los vicepresidentes de la Empresa (párr. 5.1.2.4.), pero hasta una cuantía de 4500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 1996 –fecha del contrato- era de \$636'562.500 y para el año 1998 –año en que se adoptó la caducidad- era de \$917'217.200, topes que en cualquiera de las dos hipótesis estarían excedidos respecto a la cuantía del contrato cuyo valor estimado era de \$ 5.133'.645.900 (párr. 5.2.5.). Ello reconduciría el cargo, a la extralimitación de las funciones delegadas al Vicepresidente de Transporte, descartando la inexistencia del acto de delegación.

Ahora, es un hecho probado que a principios del año 1997, Ecopetrol, mediante el Manual de Control Administrativo (párr. 5.1.3. a 5.1.3.2.) modificó la tabla de delegaciones según la cuantía y a diferencia de lo que prescribía el Manual de Contratación, en la nueva preceptiva del Manual de Control Administrativo el Vicepresidente de Transporte de Ecopetrol no tenía límite para actuar por razón de la cuantía del negocio.

Por ello, la Sala considera que a la actora no le asiste razón en su aserto, porque contrario a su apreciación sí hubo acto expreso de delegación y para la época en que se profirieron los actos (octubre de 1998) el Vicepresidente de Transporte no tenía limitación en razón de la cuantía para ejercer la delegación de funciones de la gestión, vigilancia y control de la ejecución del contrato, y dicha modificación interna no tenía por qué limitarse en función de lo pactado en el contrato ni en la normativa aplicable a los pliegos dada su fuente jurídica superior y a sus efectos relativos entre delegante y delegatario, como se explicó anteriormente (párr. 6.1.4.).

En consecuencia, este cargo no se abre paso.

6.2. Competencia temporal de Ecopetrol para declarar la caducidad del contrato DIJ-1147

Protécnica aseguró que Ecopetrol declaró la caducidad del contrato de forma extemporánea porque su ejecutoria no se produjo dentro del plazo de ejecución del contrato. A este señalamiento se opone la empresa afirmando la oportunidad de la decisión adoptada el 9 de octubre de 1998, antes del 23 de diciembre del mismo año en que el plazo expiró.

Al punto viene bien recordar que la jurisprudencia de la Sección¹⁶² entiende que el ejercicio de la cláusula excepcional de caducidad debe hacerse dentro del plazo de ejecución del contrato, y ello tiene sentido si se consulta la teleología de las potestades exorbitantes, orientada a la procura del cumplimiento óptimo de su objeto y de la satisfacción plena de los propósitos buscados a través del negocio jurídico, perspectiva desde la que ha dicho esta Corporación en relación con la cláusula de caducidad:

“(que)... el ejercicio del poder exorbitante de declarar la caducidad de un contrato se traduzca en una sanción para el infractor del mismo, es un efecto que se desprende de él, pero que no muta la finalidad perseguida a través de la misma; vale decir, la caducidad como terminación unilateral de un contrato ante la infracción de las prestaciones a las que está obligado el contratista, si bien conlleva una sanción para él, la más drástica en sede administrativa, no es el fin mismo de la institución, sino el medio y el efecto propio que se deriva de su imposición para garantizar el interés público de que se ejecuten debidamente sus prestaciones, objetivo para el cual está consagrada.”¹⁶³

Más adelante, desarrollando en profundidad estos asertos, la mencionada providencia expresó:

“En tal virtud, como el vencimiento del plazo de ejecución pactado en el contrato para el cumplimiento oportuno de las obligaciones ya le permite a la entidad pública continuar directamente con los fines que se perseguían con él o contratar a otra persona para atender las necesidades que lo motivaron, la declaración de caducidad del contrato por parte de la Administración ante un incumplimiento del contratista luego de fenecido ese período convenido, no estaría inspirada en la finalidad ni consultaría el sentido antes indicado para el ejercicio de esta facultad excepcional, sino que sólo entrañaría un ánimo sancionatorio. Por eso, con acierto la jurisprudencia de la Sección años atrás había puntualizado que:

“Los poderes exorbitantes fueron dados por la ley para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución por la administración o un tercero y no para convertirla en juez del contratista más allá de sus límites temporales de competencia.

Esos poderes son así de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción.”¹⁶⁴

En conclusión, teniendo en cuenta que el instituto de la caducidad busca la preservación del servicio público o la realización de la obra pública o el suministro del bien requerido en el contrato, quizá la razón más importante para señalar la improcedencia de su declaración durante la etapa de la liquidación, consiste en que cuando el plazo de ejecución ha expirado, ya no es necesario desplazar, excluir o sustituir al contratista para proseguir con el objeto contractual y los fines frustrados con el incumplimiento del contratista, dado que en esas circunstancias no habría restricción jurídica para que la entidad pública retome el servicio, la obra o el suministro, directamente o mediante la celebración de otro contrato, con el propósito de continuarlos en orden a colmar la específica necesidad pública requerida.”¹⁶⁵

¹⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 50422-23-31-000-1992-01369-01(17031), reiterada por el pleno de la misma Sección en sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024).

¹⁶³ Sent. 20-nov-2008, ya citada.

¹⁶⁴ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 1986, Exp. 4550.” (cita nº 52 original de la sentencia)

¹⁶⁵ *Ibíd.*

A su vez, la Sala Plena de la Sección Tercera ha señalado que:

“...las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal¹⁶⁶ –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica^{167, 168}.

A la luz de los antecedentes jurisprudenciales atrás referidos, ha de entenderse que la administración debe ponderar, antes de hacer efectiva la cláusula de caducidad, no sólo la gravedad de la amenaza que se cierne sobre la continuidad del servicio por causa del incumplimiento del contratista, juicio en el que juegan insoslayable importancia el objeto del contrato y los antecedentes de la ejecución, sino también, el margen de acción que le resulta posible, una vez la decisión

¹⁶⁶ “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” (cita original de la sentencia n° 18)

¹⁶⁷ “El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.° 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.” (cita original de la sentencia n° 19)

¹⁶⁸ Sentencia del 12 de julio de 2012, ya referenciada.

adquiera firmeza, en orden a la prosecución del objeto contractual, asumiendo el lugar del contratista incumplido, en procura de la satisfacción de los fines que amenazó gravemente el incumplimiento de parte de aquel.

Y esto último, porque, esos efectos no los puede poner en acción hasta tanto la decisión haya adquirido firmeza, de modo que, si al ponderar ese margen de probabilidad, la administración puede anticipar **razonablemente** que el acto declarativo de la caducidad no alcanzará a adquirir esa firmeza¹⁶⁹ durante el plazo de ejecución contractual, también le debe resultar previsible que con esa declaración no logrará satisfacer uno de sus propósitos principales, cual es el de permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que *“la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...”*

Este ejercicio de ponderación de probabilidades, como podrá entenderse, resulta exigible en un marco de razonabilidad, para evitar que la administración tome decisiones de esta índole y gravedad *ad portas* del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, pero en modo alguno puede apreciarse *ex post* en función del tiempo que tomó la decisión del recurso de reposición que haya interpuesto el contratista contra el acto administrativo mediante el cual se adoptó la medida. Una exigencia tal, no sólo resultaría irrazonable, sino que, además, comportaría una contracción injustificada de la competencia temporal para el ejercicio de esta prerrogativa.

Traídas estas consideraciones al caso, la Sala observa que el objeto del contrato consistía en el mantenimiento mecánico de los oleoductos, poliductos, gasoductos y combustoleoductos de la zona centro de la contratante, ubicados entre los departamentos de Santander y Cesar, y que su alcance se extendía a la ejecución de las reparaciones y trabajos necesarios para la **atención de emergencias**. El carácter neurálgico de estas actividades en los procesos de transporte de hidrocarburos no puede pasar desapercibido para esta Sala, menos cuando, obra en el plenario prueba del impacto que sobre esa infraestructura estaba causando el accionar de la insurrección, y las grave amenaza que para ese servicio de transporte, y eventualmente para el ecosistema, representaba el incumplimiento del contratista a su obligación de prestar mantenimiento correctivo a la infraestructura afectada por actos de esa naturaleza, tal y como se puede inferir de lo ocurrido en la emergencia producida por el atentado ocurrido entre los días 21 y 22 de septiembre sobre el poliducto Galán-Sebastopol.

Por otro lado, en lo que atañe al juicio de ponderación de las probabilidades que tenía Ecopetrol de dar continuidad a los trabajos en sustitución del contratista incumplido, la Sala, considerando que el plazo de ejecución contractual (párr. 5.3.1.) de 24 meses (párr. 5.2.4.) que no sufrió modificación alguna, vencía el 22 de diciembre de 1998, esto es, 74 días después del día en que Ecopetrol declaró la caducidad del contrato DIJ-1147, considera que a ese momento, y de cara a los

¹⁶⁹ “ARTICULO 62. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso. // 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. // 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos. // 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.”

riesgos que se cernían sobre la infraestructura objeto del mantenimiento a cargo del contratista, la medida se revelaba razonable en cuanto permitía que la contratante tomara posesión de la obra o continuara inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien a través del garante o bien con intervención de otro contratista. En tal sentido le asistiría razón a la demandada cuando manifiesta en su defensa haber hecho ejercicio de la prerrogativa dentro del marco que *ratione temporis* le confería la ley para el efecto. Por el contrario, la Sala no podría compartir el argumento de la accionante según el cual, la decisión de caducidad devendría extemporánea, porque su ejecutoria se produjo 100 días después de extinguirse el plazo de ejecución del contrato, y tras el vencimiento del término para liquidar unilateralmente el negocio. Exigir a la entidad contratante que encuentra amenazado el cumplimiento de sus propósitos y fines por causa de incumplimiento del contratista, y que, tras el agotamiento de varias medidas paliativas se entiende abocada a la declaración de caducidad que estime el tiempo que ha de demandar la resolución de eventuales recursos contra su decisión, para determinar si esta resulta oportuna, no es razonable, y como ha quedado expuesto, deviene contrario a la norma que determina por el factor tiempo, la competencia de la entidad para el efecto.

Ahora, la Sala encuentra que la protesta de la demandante y ahora recurrente admite otra interpretación con fundamento en la preceptiva del inciso 2º del artículo 59 C.C.A., vigente para la época de los hechos. En tal caso, habría de entender la Sala que, a juicio del recurrente, Ecopetrol debió tomar en consideración la incidencia que en el sentido de la decisión a adoptar tenía el paso del tiempo entre la interposición del recurso y el momento de su decisión, incidencia que para el caso indicaría, a su juicio, que vencido como se hallaba para entonces el término de ejecución del contrato, se imponía la revocación de la decisión recurrida, que era la declarativa de caducidad.

Pues bien, el estudio del mérito que pueda ver en esta arista del cargo demanda una interpretación sistemática de los artículos 52 y 59 del C.C.A. que establecía, el primero, los requisitos que debían reunir los recursos, y el segundo, el contenido de la decisión que los resolviera. De los requisitos, viene al caso aquel que exigía la expresión concreta de los motivos de inconformidad que tuviera el recurrente contra el acto; y del contenido de la decisión, la obligación de motivarla *en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia*, si fuere del caso, y la de resolver *todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes*.

Y para ese análisis viene a ser determinante el alcance que ha de recibir el sintagma “y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes” en cuanto parecería que este puede dar cabida al fenecimiento sobreviniente a la decisión recurrida, del plazo para la ejecución del contrato. Para la definición de ese alcance, esta Sala acoge la siguiente interpretación que del sintagma en estudio hizo en providencia anterior la Sección Tercera de esta Corporación: “Si bien es cierto la norma que se deja transcrita agrega: “Y las (cuestiones) que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes”, no quiere esto significar que a la administración se le concedan poderes

oficiosos de revocatoria. No, el texto impone otra interpretación armónica y sistemática: en él se le da amplitud al recurrente para que con motivo del recurso pueda plantear puntos nuevos no alegados durante el procedimiento de expedición del acto inicial (o definitivo en la terminología de inciso final del artículo 50 ibídem); y se le permite a la administración que estime o considere puntos nuevos, siempre y cuando encajen en la órbita de lo pretendido por el recurrente.”¹⁷⁰

Así las cosas, como la Sala observa que el tema de la extemporaneidad sólo fue propuesto por Protécnica con ocasión del recurso que interpuso contra la aclaración del acto definitivo, tampoco encuentra que Ecopetrol haya debido tomar en consideración el fenecimiento del plazo de ejecución como fundamento para revocar la caducidad que fue declarada oportunamente.

Con las fechas recién mencionadas, fácilmente se concluye que Ecopetrol expidió en tiempo la declaración de caducidad del contrato DIJ-1147 y, por tanto, la Sala no encuentra motivo en este cargo para declarar la nulidad de los actos demandados, tanto los de caducidad del contrato, como los actos proferidos como consecuencia de la decisión mencionada (aclaraciones y liquidación unilateral), y procede, a continuación al análisis de los demás cargos sustentados de la demanda.

6.3. La incidencia del trámite concordatario en la decisión de caducidad del contrato

La actora expresó que al declarar la caducidad del contrato la demandada desconoció una norma superior, el artículo 103 de la Ley 222 de 1995, porque al ser admitida la contratista en trámite concordatario no podía declararse la caducidad contractual en su contra.

El precepto legal invocado indicaba que:

“Se tendrá por no escrita la cláusula en la que se pacte la admisión a concordato, como causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo.

Igualmente, no podrá decretarse la caducidad administrativa por la admisión del concordato de los contratos celebrados con el Estado.” (Subraya la Sala)

La Sala discrepa de la interpretación que hace la actora respecto de la norma en cita, hoy en día derogada¹⁷¹, porque de su simple lectura se observa que ésta no impedía el ejercicio de la caducidad administrativa sobre los contratos estatales celebrados por personas admitidas en concordato, y que el objeto de la norma residía en prohibir que con fundamento o por causa de la admisión del contratista a concordato se declarara la caducidad del contrato. En otras palabras, la ley no imposibilitaba el ejercicio de la caducidad administrativa, pero sí disponía que la medida excepcional no podía tener, como causa antecedente y relevante, que el

¹⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp No. 6157. Sentencia del 17 de Julio de 1991.

¹⁷¹ Derogada por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006.

contratista haya iniciado el trámite concordatario. Estas afirmaciones merecen algunos comentarios:

El estatuto contractual anterior a la Ley 80 de 1993, esto es, el Decreto Ley 222 de 1983, en su artículo 62 establecía que la caducidad administrativa del contrato tenía lugar, entre otras causales, por:

“[I]a incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra, se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente; igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente” (literal e.)

Con la implementación del estatuto contractual del año 1993, vigente en esta materia, desapareció la incapacidad financiera del contratista como causal de caducidad administrativa dejando para su procedencia la dos requisitos sustanciales esenciales: el incumplimiento grave del contratista y que este conduzca de forma inminente a la parálisis de la ejecución contractual¹⁷². En ese sentido, la jurisprudencia ha destacado que:

“Contrario a lo que sucede hoy en día, en el régimen del [decreto ley] 222 no solo el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista daba lugar a la imposición de esta sanción, pues, tal decisión también obedecía por la muerte del contratista, su incapacidad física, la interdicción judicial, la disolución de la persona jurídica, la incapacidad financiera que se presumía cuando se declaraba en quiebra, se le abría concurso de acreedores o era intervenido por autoridad competente, se retrasaba en el pago de salarios o prestaciones sociales o era embargado judicialmente. En buena hora la Ley 80 de 1993 restringe esta facultad, y permite a la Administración Pública declarar unilateralmente la caducidad del contrato por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecten seriamente la ejecución del objeto contractual. De esta suerte, se faculta a la entidad contratante para excluir definitivamente al contratista fallido y asumir directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio, o confiarla a un tercero que reúna la idoneidad técnica y la solvencia económica o financiera necesaria para ejecutar las prestaciones encaminadas a la satisfacción del interés público

Con todo, el incumplimiento de las obligaciones debe ser de tal gravedad, que se pueda inferir la imposibilidad del contratista de ejecutar sus prestaciones dentro del plazo contractual y en ese sentido en ambos regímenes ha operado dicho criterio, pues, no cualquier falta imputable al contratista legitima a la entidad contratante para ejercer la sanción resolutoria.”¹⁷³

Sin embargo, el estatuto no dejó de lado que la insolvencia o las dificultades financieras del contratista pueden afectar gravemente la ejecución del contrato

¹⁷² *“ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. // En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. // Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. // La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.” (Se subraya).*

¹⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de abril de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1993-8732-01(12852)

estatal, justificando así el ejercicio de otra cláusula excepcional: la terminación unilateral del contrato. En todo caso, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 prescribe que la admisión a trámite concordatario no da lugar a extinguir unilateralmente el negocio y que en tal caso su ejecución se someterá a la administración de negocios del deudor en concordato¹⁷⁴.

Luego, las normas que regulan la recuperación económica de empresas y la administración de sus deudas, llámese concordato, acuerdo de reorganización o proceso de reestructuración¹⁷⁵, siguen la orientación trazada por el legislador de 1993, impidiendo que el mero inicio del trámite de estas vías de lugar a la aplicación de cláusulas excepcionales, con el propósito de preservar las sociedades que acuden a estas.

Empero, esto no implica que una contratista inmersa en esta clase de procedimientos incumpla gravemente sus obligaciones en un contrato estatal, generando la parálisis del servicio o la construcción de la obra contratada, y adquiera, merced a su admisión a concordato o sus equivalentes.

Por estas razones, a la parte demandante no le asistió razón en denunciar la ilegalidad de los actos de caducidad contractual en virtud del artículo 103 de la Ley 222 de 1995 puesto que el contenido normativo de ese precepto no obstaculizaba la posibilidad de que, previa verificación de los presupuestos sustanciales y esenciales de la caducidad administrativa, pudiera imponerla.

6.4. El juicio de proporcionalidad y de razonabilidad sobre la declaración de caducidad. Alcance de la cláusula 24 del contrato. Debido proceso.

6.4.1. La demandante formula varios reproches diferentes en desarrollo de este cargo:

(i) Ecopetrol declaró la caducidad del contrato DIJ-1147 de forma desproporcionada e irrazonable. Considera que las dificultades económicas que experimentaba Protécnica, y los efectos que esta derivó en relación con la ejecución del contrato, que nunca tuvieron la gravedad que les atribuyó Ecopetrol, esta nunca estuvo en riesgo de parálisis. Tal situación prestaba mérito, a lo sumo, para que Ecopetrol adoptara una de las siguientes dos medidas, aplicar la cláusula de terminación del contrato, o dar aplicación que la cláusula 24 del contrato, la que, a su juicio, incorporaba un “derecho” para el contratista a que la Empresa, a

¹⁷⁴ “ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: (...) 3º. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. // 4º. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. (...) La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.” (Se subraya).

¹⁷⁵ El artículo 15 de la Ley 550 de 1999, en su inciso primero, dispone que: “Por el hecho de la promoción o iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario; y se tendrá por no escrita la cláusula en que se pacte que dicha promoción o iniciación sea causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo.”. Del mismo modo, el inciso primero del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 expresa: “Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.”

cambio de un beneficio, respondiera inicialmente por sus acreencias laborales cuando aquel no pudiera satisfacerlas.

(ii) Ecopetrol violó el debido proceso de la contratista porque las pruebas recaudadas no pudieron ser controvertidas ni se tuvo en consideración el auto de admisión a concordato aportado con el recurso de reposición.

6.4.2. En la contestación de la demanda, Ecopetrol enfrentó estas sindicaciones con exposición de las razones que considera, revelan la razonabilidad y ponderación que observó en la aplicación de la cláusula de caducidad; y con señalamiento de la gravedad que tuvo el incumplimiento de la contratista, y de la amenaza de parálisis que ella generó en la continuidad de la operación del transporte de combustibles objeto del contrato. Por otro lado, aludió a las garantías procedimentales que brindó a Protécnica, para lo cual hizo expresa mención a la oportunidad que tuvo de presentar recursos, y de solicitar y obtener el decreto de unos testimonios, como un medio para ilustrar mejor los hechos que dieron lugar a la caducidad.

El Tribunal Administrativo de Santander encontró de buen recibo y debidamente acreditados estos argumentos defensivos, y en consecuencia, desestimó los reproches que agrupó el recurrente bajo este cargo.

6.4.3. Esta Sala, abordará el estudio del primero de los motivos de inconformidad atrás resumidos, recordando que el ejercicio de las cláusulas excepcionales se encuentra reglado en función de rodear a la administración de medios extraordinarios para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación, pero que está parcialmente abierto al arbitrio de la administración en cuanto deja al buen juicio de ella la escogencia de la medida a aplicar en consideración a razones de conveniencia vinculadas, justamente, con la satisfacción del interés público comprometido en la ejecución contractual¹⁷⁶.

Este margen de discrecionalidad no implica, en modo alguno, arbitrariedad, puesto que la selección de la medida pertinente debe hacerse en función de las circunstancias particulares que acuse la ejecución contractual, de modo que aquella se revele razonable, proporcional a los hechos que le sirven de causa, y simultáneamente, adecuada para satisfacer los fines que movieron al ordenamiento jurídico a autorizar la aplicación de medidas tan excepcionales, máxime si comportan sanción para el contratista¹⁷⁷, como ocurre con la caducidad administrativa del contrato.

¹⁷⁶ "... en la escogencia de la medida a aplicar (multa, sanciones pecuniarias, terminación unilateral, caducidad) punto en el cual como toda facultad discrecional "() debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa ()" (Art. 36 C. C. A) que en este caso lo constituyen la proporcionalidad que debe existir entre medida adoptada y la gravedad del incumplimiento y su incidencia en la prestación cumplida y eficiente de los servicios públicos." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Rad. 73001-23-31-000-1995-04431-01(14431)).

¹⁷⁷ "Con fundamento en los artículos 2º (fines del Estado) y 366 (finalidades sociales del Estado), de la Constitución Política, a todos los poderes públicos les corresponde cumplir los fines esenciales del Estado de donde surge el principio de razonabilidad del cual es elemento esencial el concepto de proporcionalidad de la actividad administrativa ejercida por una autoridad pública o un particular encargado de un servicio público. // La razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. // Se pretende la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores. // Lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo arbitrario, o no tiene

Sobre el principio de proporcionalidad, la Sección ha apuntado lo siguiente:

“En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada¹⁷⁸. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego¹⁷⁹.

*Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana¹⁸⁰, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija”.*¹⁸¹⁻¹⁸²

Traídas al caso sub iudice estas consideraciones preliminares, y vistas las pruebas relativas a los accidentes que experimentó la ejecución del contrato, esta subsección encuentra debidamente acreditado que Protécnica, durante dicha ejecución, observó recurrentemente conductas contrarias a las que le imponía el acuerdo de voluntades, particularmente en lo atinente a las que le eran exigibles a partir de lo convenido en los numerales resaltados de la cláusula cuarta del contrato (párr. 5.2.3.); conductas que fueron denunciadas desde finales del año 1997 (párr. 5.3.3.1.), y que se hicieron patentes durante el año 1998 con la protestada insatisfacción de las obligaciones contractuales adquiridas con proveedores y terceros, pero, sobre todo y en forma especialmente sensible para la debida ejecución del objeto contractual, con la falta de pago o la consignación tardía de salarios y prestaciones sociales.

motivación respetable, sino -pura y simplemente-, la conocida sit pro ratiōne volūntes o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad. (...)” (Corte Constitucional. Sentencia T-015 del 25 de enero de 1994.)

¹⁷⁸ “RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, p. 25.” (cita original de la sentencia nº 105).

¹⁷⁹ “DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 160.” (cita original de la sentencia nº 106).

¹⁸⁰ Como ponen de presente, entre otros, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, p. 500; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses...*, cit., p. 25.” (cita original de la sentencia nº 107).

¹⁸¹ Vid, entre otros, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses...*, cit., p. 25; DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, c it., pp. 160-161; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad...*, cit., 120-124; MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 286-288.” (cita original de la sentencia nº 108).

¹⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Rad. 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074).

El incumplimiento imputable a la contratista de sus obligaciones para con el personal a su cargo generó 4 suspensiones del contrato entre los meses de febrero y junio de 1998 (párr. 5.3.2.1. a 5.3.2.4.), y lo que denotó más gravedad, dio motivo para que no se honrara la obligación de atención, entre el 15 y el 22 de septiembre de 1998 (párr. 5.3.2.9.), de la emergencia producida por un atentado terrorista perpetrado sobre el poliducto Galán-Sebastopol (párr. 5.3.2.10. y 5.3.7.6.), emergencia ésta que competía cubrir a Protécnica (párr. 5.2.1) y a la que no pudo ésta concurrir por cuanto sus trabajadores no tenían cobertura en seguridad social.

Para la prestación efectiva del servicio de transporte de materiales combustibles, en la considerable longitud de oleoductos, poliductos, combustoleoductos y gasoductos amparada por el contrato (párr. 5.2.1.), era primordial la atención permanente del contratista sobre los ductos por los cuales dichos elementos peligrosos eran conducidos, de modo que era esencial para la prestación principal tener permanentemente el personal a disposición y contar con los elementos necesarios para efectuar las labores de mantenimiento y las ordenes de emergencia que pudieran presentarse, aspectos estos que estaban a su cargo con fuente tanto en el contrato como en el pliego de condiciones.

Estas omisiones de la contratista en la fase de ejecución del contrato comportaron infracciones considerables para los propósitos queridos por la Empresa al establecer el vínculo comercial, y no dejan margen para la duda en relación con la grave afectación que por causa de ellas pudo sufrir el servicio de transporte de hidrocarburos cada vez que los trabajadores de la contratista se mostraron indispuestos para laborar, por causa de la insatisfacción de sus derechos laborales. Tal amenaza, tanto como su gravedad, se hicieron particularmente evidentes cuando la contratista no pudo honrar su obligación de prestar urgente mantenimiento correctivo al ducto descompuesto por causa del atentado terrorista. Estos son hechos consumados que no pudieron ser explicados y menos justificados por la contratista, para oponerse a la caducidad contractual declarada inicialmente.

Al margen de lo anterior, la Sala encuentra probado que Ecopetrol tenía información de la crisis económica por la que travesaba la contratista, por lo menos, desde marzo de 1998, pero también encuentra suficientemente acreditados los plazos que solicitó y los compromisos que adquirió Protécnica en la perspectiva de superar su difícil situación y de corregir sus falencias en la ejecución contractual (párr. 5.3.2.3. y 5.3.2.6).

Estas circunstancias obligan a responder la siguiente cuestión: ¿Fue imprudente la actitud de tolerancia que observó Ecopetrol con la aprobación que impartió a los compromisos de la contratista? La respuesta a esta inquietud demanda una apreciación integral de la situación, empezando por la revisión del comportamiento histórico del contratista en sus obligaciones para con la Empresa, el conocimiento de las razones que expuso para soportar sus compromisos de corregir las falencias que acusaba en la ejecución contractual, la mitigación que podía causar la Empresa en algunos de los incumplimientos que venía observando, y por

supuesto, un cálculo de probabilidades de dar rápido remedio a una terminación abrupta y anormal de la relación contractual.

Pues bien, los asertos de las partes a lo largo del proceso, y las pruebas que se trajeron a este contencioso contractual, apreciadas integralmente, permiten inferir razonablemente que Protécnica era, para ese entonces, una sociedad que suscribía con relativa frecuencia contratos con Ecopetrol, bien por sí misma, o bien válida de la modalidad consorcial. En el proceso hay referencia a por lo menos dos contratos más, celebrados por consorcios de los que ella formaba parte. Además, la experticia rendida a solicitud suya con el objeto de acreditar perjuicios atribuye a la cesación de contratos con Ecopetrol, una importante relación de causalidad con su crisis. Por tanto, resulta razonable pensar que se trataba de una sociedad que gozaba de buen crédito como contratista, circunstancia que explicaría razonable, pero además, plausiblemente, el voto de confianza que dio Ecopetrol a sus promesas de corregir los defectos que había acusado su ejecución del contrato DIJ-1147 hacia marzo, y aún hacia julio de 1998. Por otro lado, no conoce la Sala los motivos y razones que expuso Protécnica para rodear a sus compromisos de la credibilidad necesaria para abonar ese voto de confianza. Al punto, sin embargo, la sala debe señalar que no honra en buen modo la buena fe, el que venga al contencioso a protestar la falta de decisiones oportunas, cuando ella misma contribuyó a cimentar la confianza en su capacidad de corregir el estado que acusaba y, por ende, a diferir la toma de aquellas.

Por otro lado, Ecopetrol no se limitó a esperar pacientemente por la recuperación de su contratista. De hecho, se encuentra probado, pero, además, aceptado por las partes, que hizo uso, a iniciativa de la contratista, de la autorización que le fue conferida en la cláusula 24 del contrato, para satisfacer las obligaciones laborales insolutas de aquella, y que, incluso, contempló la posibilidad de terminar el contrato por mutuo acuerdo con la contratista (párr. 5.3.4.1.3.), y, ya en septiembre de 1998, estudiaba la posibilidad de ejercer la prerrogativa de terminar unilateralmente el contrato (párr. 5.3.4.3.).

Sobre el alcance que tenía la cláusula 24 antes citada, la Sala no puede admitir la tesis de la demandante, quien pretende derivar de ella una suerte de traslado de las obligaciones laborales a su cargo, para que ésta las asumiera como suyas. Una recta interpretación de esta estipulación debe conducir al entendimiento del remedio que con ella se procuraba para conjurar, que no para purgar, el incumplimiento de sus obligaciones laborales por la contratista. Según quedó visto (párr. 5.2.7.), dicha cláusula hacía parte de una serie de efectos dispuestos por el contrato ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, consistente en la “*autorización*” de esta última a la Empresa para descontar de las sumas existentes a su favor el valor correspondiente únicamente a las obligaciones laborales que esta no hubiera pagado, y de las cuales se añadiría un “*recargo*” por concepto de “*administración*”.

Tal estipulación no era, en ese sentido, una fuente de derechos para la contratista, sino una consecuencia remedial de su conducta desconocedora de los deberes contractuales; no era un derecho ni una garantía para el patrimonio de Protécnica,

por el contrario era una medida de salvaguarda de la Empresa cuyo propósito era precaver conflictos laborales que, eventualmente, representarían condenas en contra de la contratante.

A este respecto, cabe resaltar que antes de declarar la caducidad del contrato Ecopetrol ya había efectuado descuentos a través de este mecanismo contractual a petición de Protécnica (párr. 5.3.2.7.), para pagar las obligaciones laborales y prestacionales de los meses de agosto, septiembre y octubre de 1998 según lo refirió la empresa interventora (párr. 5.3.8.).

Menos aún se trataba de una cláusula de aplicación preferente a las prerrogativas unilaterales reconocidas al contratante, en tanto estas tienen una fuente legal – particularmente los artículos 14, 18 y 76 de la Ley 80 de 1993– soportada en el interés público, y no contractual, y por ende, es inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible ni puede existir pacto que obstaculice o condicione su práctica¹⁸³. Por ello, no resulta procedente declarar la nulidad por este motivo.

¿Qué precipitó, entonces, la aplicación de la cláusula de caducidad? La desatención de parte del contratista, entre el 15 y el 22 de septiembre de 1998, de su obligación de brindar mantenimiento de emergencia a la voladura que había causado un atentado terrorista sobre el poliducto Galán-Sebastopol, omisión sobre cuya gravedad e incidencia en la continuidad del servicio ya se detuvo la Sala líneas atrás bajo este mismo acápite.

Por tanto, esta Subsección encuentra razonable y proporcional la medida adoptada por Ecopetrol, y no halla mérito en los reproches que por esta causa formula la demandante contra los actos demandados.

6.4.4. En el último de este grupo de cargos, denostó la impugnante la legalidad de los actos demandados, básicamente, porque en el trámite del recurso de reposición de la resolución que inicialmente declaró la caducidad administrativa del contrato no se valoró la admisión a trámite concordatario ni se le permitió controvertir los testimonios aducidos en su contra para confirmar la decisión.

Pues bien, la expedición del acto administrativo en forma irregular y con desconocimiento del derecho de audiencia –que forma parte de la garantía constitucional al debido proceso¹⁸⁴– es una de las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del CCA, que –como lo ha manifestado la Sala se configura– “[...] cuando, de una parte, la expedición irregular se relaciona con trámites substanciales o de fondo que inciden en la formación o en el sentido de la decisión y cuando, de otra parte, el desconocimiento de audiencia elude un paso necesario dirigido a garantizar el debido proceso”¹⁸⁵. Las normas sobre procedimiento tienen un carácter instrumental, ya que se dirigen a la materialización de los derechos sustanciales reconocidos en abstracto¹⁸⁶. Así, el

¹⁸³ Ver: Sentencia del 27-nov-2003, ya citada.

¹⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, rad. núm. 11001-03-25-000-2009-00075-00(1087-09).

¹⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2003, exp. 14431.

¹⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 1995.

vicio de forma invalidante del acto administrativo tiene también un carácter instrumental, por lo que adquiere relevancia cuando altera el sentido de la decisión de fondo¹⁸⁷, lo que se presupone cuando ha sido omitido en su totalidad.

Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho. Esta nulidad irradia la providencia en que se funda, cuando esta se sustenta únicamente en el elemento de juicio irregularmente recabado¹⁸⁸. De igual forma, estima la Sala, el acto administrativo se reputa nulo cuando se hubiera basado únicamente en la prueba inválida o cuando, al menos, esta hubiera tenido una incidencia determinante en el sentido de la decisión adoptada en el acto.

Con sujeción a ese criterio, la Sala observa que, si bien en el asunto de autos no se acreditó que las pruebas testimoniales recabadas en el trámite de reposición contra el auto que había decretado la caducidad contractual hubieran sido practicadas con audiencia de Protécnica, estas –a juicio de esta judicatura– no incidieron en la orientación de la Resolución 01 de 1999, con la que el Vicepresidente de Transporte (E) de Ecopetrol resolvió los recursos de reposición interpuesto por Protécnica y Mundial de Seguros contra la Resolución 010 de 1998, mediante la cual había decretado la caducidad del contrato DIJ-1147.

En respuesta a los cargos planteados por Protécnica, Ecopetrol expuso en la Resolución 01 de 1999 que: **(i)** el ordenamiento no exige un incumplimiento calificado del contrato, en cuanto conlleve una afectación grave y directa en su ejecución, que pueda conducir a su paralización; **(ii)** la interrupciones de la ejecución contractual no son imputables a Ecopetrol, ya que esta empresa dio aplicación a la cláusula vigesimocuarta del contrato, al punto de asumir su administración y cancelar los compromisos laborales a cargo de la contratista, conforme a los informes de interventoría que obran en el expediente administrativo; **(iii)** es evidente que si no se cancelan las prestaciones laborales a favor de los trabajadores, estos suspenderán sus actividades, por lo que el impago constituye la *“causa eficiente de la afectación y paralización del contrato”*; y **(iv)** el acto recurrido no estaba viciado por falta de motivación, ya que, si bien fueron mencionados en esta algunos actos de incumplimiento de la contratista, *“lo que motiva la declaratoria de caducidad es la afectación grave y directa en el cumplimiento del contrato y su evidente paralización y si bien, como lo afirma el recurrente, ECOPETROL tenía conocimiento de tales circunstancias desde que comenzaron a presentarse, la entidad buscó por todos los medios ‘salvar’ el contrato”*, encontrándose esto acreditado con las actas de acuerdo del 16 de marzo y el 1º de julio de 1998, y los informes de la Gerencia Magdalena.

En el apartado de la Resolución 01 de 1999 titulado *“ANÁLISIS PROBATORIO”*, el Vicepresidente de Transporte de Ecopetrol tuvo en cuenta que: **(i)** a inicios de 1998, comenzaron a presentarse anomalías en los pagos a trabajadores y

¹⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ T. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 672.

¹⁸⁸ *“En concordancia con lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 29 y con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 1995, conviene aclarar que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, irregularidad que no afecta la validez del fallo pertinente, sino solo en los eventos en los que este tiene como único sustento un elemento de juicio irregular”*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019, exp. 47116.

proveedores de Ecopetrol, lo que constituye un desconocimiento flagrante del objeto del contrato, y se demuestra con “*las actas de suspensión de trabajos Nros. 001 del 13 de febrero de 1998 (fol. 103), 002 del 11 de marzo de 1998 (fol. 105), 003 del 8 de junio de 1998 (fol. 107) y 004 del 11 de junio de 1998 (fol. 109)*”; **(ii)** con ánimo de colaboración, Ecopetrol suscribió dos actas de acuerdo en las que Protécnica “*reconoce la difícil situación económica por la que atraviesa la compañía y que ha generado los reiterados incumplimientos [...]*”; **(iii)** los reportes de obligaciones contenidos en los informes de interventoría dan cuenta de los incumplimientos de Protécnica en el pago a sus proveedores; **(iv)** la Gerencia Magdalena le informó a la contratista sobre su obligación de cancelar deudas pendientes, para culminar normalmente la ejecución del contrato; **(v)** a su vez, la interventora del contrato fue haciendo requerimientos periódicos a Protécnica sobre su incumplimiento de obligaciones contractuales, como consta en “*las comunicaciones del 28 de enero de 1998, del 2 de febrero, del 12 de febrero, del 20 de febrero, del 23 de febrero, del 24 de febrero, del 26 de febrero, del 3 de marzo, del 5 de marzo, del 10 de marzo, del 31 de marzo, del 21 de abril, del 4 de mayo, del 7 de mayo [...] y del 26 de agosto de 1998 donde se reiteran las obligaciones pendientes por cancelar*”; **(vi)** en comunicación del 24 de septiembre de 1998, que obraba en el expediente administrativo, la Gerencia Magdalena hizo una “*relación pormenorizada de las deudas por personal, maquinaria y equipo de los meses agosto y septiembre de 1998, obligaciones incumplidas que acarrearán la paralización en la ejecución del contrato por imposibilidad en los medios necesarios para realizar la labor contratada*”; **(viii)** la emergencia que se presentó por el atentado dinamitero perpetrado en el kilómetro 29 de la línea de 12” Galán-Puerto Salgar tuvo que ser atendida por una compañía distinta a Protécnica, a la que le correspondía, “*ya que de no haberlo hecho así, los perjuicios tanto para Ecopetrol como para la comunidad hubieran sido incalculables*”, lo que se acreditó con los informes diarios de la empresa que acudió a atenderla; **(ix)** Ecopetrol también se vio obligada a realizar labores de mantenimiento a cargo de Protécnica, lo que se acredita con permiso de trabajo en caliente; **(x)** Ecopetrol decidió auxiliar al contratista, ante la solicitud de pagar sus obligaciones laborales y parafiscales vencidas, formulada por el gerente de Protécnica en comunicaciones del 28 de agosto y el 1º de septiembre de 1998, de lo cual obra prueba documental en el expediente administrativo; y **(ix)** a partir de ese entonces, el personal a cargo de la ejecución del contrato estuvo bajo la responsabilidad de Ecopetrol, “[...] *como lo demuestran las solicitudes del ingeniero residente de Promotores Técnicos de Servicios Protécnica Ltda. en asuntos laborales, reconociendo a Ecopetrol casi como a su empleador*”.

Adicionalmente, en la Resolución 01 de 1999 se efectuó un breve recuento de las pruebas testimoniales recabadas en el trámite de reposición, en el que, principalmente, fueron mencionados los incumplimientos de Protécnica en la ejecución del contrato DIJ-1147, añadiendo que hubiera sido muy difícil culminar a satisfacción con dicha ejecución.

La Sala encuentra así que la incidencia de los testimonios indebidamente practicados en la decisión adoptada por Ecopetrol con la Resolución 01 de 1999, en la que se tuvo principalmente en cuenta la eventual paralización del contrato

que se presentaría pese al auxilio de la contratante, fue insignificante. El acto se apoyó en múltiples pruebas documentales, analizadas en conjunto por la Vicepresidencia de Transporte, que daban cuenta de los reiterados incumplimientos de la firma contratista, así como –particularmente– de la necesidad de acudir a otro contratista para conjurar las gravísimas consecuencias que podían derivarse del atentado en la línea Galán-Puerto Salgar, ante la incapacidad de Protécnica de acudir a esa labor en cumplimiento del contrato DIJ-1147. Ello, aunado a la incapacidad de la contratista de dar cumplimiento a sus obligaciones laborales, que finalmente tuvo que asumir la Empresa –lo que se acreditó con pruebas documentales– fue lo que determinó la decisión de confirmar la declaración de caducidad contractual, sin que tuvieran mayor relevancia en ello las declaraciones indebidamente recabadas.

No sobra mencionar que la omisión del auto de admisión a concordato aportado con el recurso de reposición resultó inane, conforme a los razonamientos expuestos en el apartado 6.3 de esta providencia.

En consecuencia, al no tener relevancia las pruebas reputadas como nulas u omitidas en el sentido de la decisión adoptada con la Resolución 01 de 1999, el cargo analizado es desestimado.

7. Costas

De acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., al no evidenciarse temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

PRIMERO: Confírmese la sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas, por no aparecer acreditadas.

TERCERO: Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro el voto

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado