

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00262-01(45310)

Actor: UNION TEMPORAL MANOLO ARTEAGA - PATRICIA ZAMBRANO

Demandado: ECOPETROL S.A.

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Procede la Sala a pronunciarse sobre los recursos de apelación presentados por las partes contra el auto del 19 de noviembre de 2010, a través del cual el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda presentada en ejercicio de la acción contractual por el señor Manolo Arteaga Ortega, integrante de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, contra Ecopetrol S.A. y negó la solicitud de suspensión provisional formulada en el escrito de la demanda (fls. 859 a 864, c. ppl. 2.).

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 22 de abril de 2010, el señor Manolo Arteaga Ortega, actuando en calidad de representante legal e integrante de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, presentó demanda en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo contra Ecopetrol S.A., con el propósito de que se hicieran, entre otras, las siguientes declaraciones: i) que se declare el incumplimiento de la entidad demandada en el contrato n.º 4018162 de 2008, ii) que se anulen las resoluciones 01 de 9 de septiembre de 2008 y 02 de 21 de noviembre de 2008, por las cuales se impuso una multa a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano y se decidió el recurso de reposición presentado contra la misma, respectivamente, iii) que se anule el acto de terminación unilateral del contrato n.º 4018162 de fecha 15 de diciembre de 2008, iv) que se anule el acto de liquidación unilateral del contrato n.º 4018162 e imposición de la cláusula penal de fecha 25 de junio de 2009, v) que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene la devolución de los dineros retenidos con base en los actos administrativos proferidos, y vi) que se condene a la demandada al pago de las sumas a que haya lugar por concepto de la ecuación económica del contrato (fls. 763 a 845, c . ppl. 1.).

Igualmente, solicitó la suspensión provisional de las resoluciones que impusieron y confirmaron la multa a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, del acto de terminación unilateral del contrato n.º 4018162 y del acto de liquidación unilateral del mismo (fls. 810 a 815, c. ppl. 1.), esto, por cuanto considera que dichas decisiones fueron expedidas sin que Ecopetrol S.A. estuviera facultado por la Constitución o la ley para hacerlo. Argumenta que como el contrato objeto de controversia se suscribió cuando ya se encontraba vigente el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, norma que establece de manera expresa que los contratos celebrados por

Ecopetrol S.A. en administración o desarrollo de su objeto social se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, no era posible que se expidieran los actos administrativos que se solicita suspender, pues afirma que las decisiones unilaterales de imposición de multa, terminación unilateral del contrato y liquidación unilateral del contrato hallaron su sustento en las facultades excepcionales o exorbitantes contempladas para los contratos sometidos a las normas de derecho público, esto es, a las establecidas en el Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007), las cuales, a consideración del demandante, son potestades exclusivas de la administración en contratos regidos por el derecho público y no forman parte de las reglas de derecho privado.

Así mismo, agrega el demandante que el desconocimiento del artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 también generó la consecuente vulneración de los artículos 9 y 12

de la Constitución Política, pues los servidores públicos únicamente pueden ejercer las funciones que les están permitidas en la Constitución y las leyes, y toda vez que en el presente caso se aplicaron las disposiciones excepcionales o exorbitantes establecidas en el Estatuto de Contratación Estatal para los contratos regidos por el derecho público, es claro que Ecopetrol S.A. incurrió en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Además, sostiene la parte demandante que los actos administrativos cuya suspensión se solicita vulneraron su derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la Constitución Política) y el principio de contradicción en las actuaciones administrativas (art. 3 del Código Contencioso Administrativo), ya que su expedición unilateral no permitió que se le escuchara antes de adoptar las decisiones, ni se le otorgó la posibilidad de presentar recursos contra estas, por el contrario, señala que Ecopetrol S.A. le manifestó que no eran procedentes los recursos por cuanto no se habían proferido actos administrativos.

Finalmente, en cuanto a los perjuicios ocasionados con los actos administrativos demandados, explicó el solicitante que estos consistieron en la disminución significativa del patrimonio de los integrantes de la Unión Temporal, situación que fue producto, entre otras, de la imposición de la multa (\$ 22.194.840), de la cláusula penal (\$ 221.948.395) y de haberse dejado de percibir la utilidad del contrato. Igualmente, a título de perjuicio se indicó que las medidas impuestas en los actos administrativos implicaban desventajas en otros procesos de selección, en la calificación de desempeño efectuada por Ecopetrol S.A. y generaban la afectación del buen nombre del Ingeniero Manolo Arteaga, el cual venía prestando sus servicios en Ecopetrol S.A. desde hace más de 16 años (fls.813 a 814, c. ppl. 1.).

Con base en los anteriores argumentos, la parte demandante requiere que se acceda a la solicitud de suspensión provisional por encontrarse cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

1.1. Las pretensiones

Entre otras pretensiones, la actora solicita que se declare la nulidad de las resoluciones 01 de 9 de septiembre de 2008 y 02 de 21 de noviembre de 2008, del acto de terminación unilateral del contrato n.º 4018162 de 15 de diciembre de 2008 y del acto de liquidación unilateral del contrato n.º 4018162 e imposición de cláusula penal realizada el 25 de junio de 2009 (fl. 809 c. ppl. 1.).

1.2. Situación fáctica

1.2.1. El 4 de junio de 2008, Ecopetrol S.A., sociedad de economía mixta de conformidad con el

artículo 1 de la Ley 1118 de 2006, y la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, integrada por los señores Manolo Arteaga Ortega (50%) y Fanny Patricia Zambrano Ortega (50%), celebraron el contrato n.º 4018162, con el objeto de que se realizaran las “OBRAS PARA LA INSTALACIÓN DE RECUBRIMIENTO CON CONCRETO DE FIREPROOFING EN LAS UNIDADES DE PROCESO DE LA GERENCIA REFINERÍA DE BARRANCABERMEJA UBICADA EN BARRANCABERMEJA SANTANDER (fls. 50 a 66, c. ppl. 1). De este contrato se resalta la siguiente cláusula relevante:

10. MULTAS. Las multas que imponga ECOPETROL al CONTRATISTA serán por la suma equivalente al 1% del valor estimado del contrato, por cada situación o hecho constitutivo de incumplimiento, o por cada día en que el mismo se prolongue, y su valor se descontará de la factura correspondiente al mes siguiente a aquel en que la misma se impuso.

De otro lado, en el documento “Condiciones Genéricas de Contratación (CGC)”, el cual describe las condiciones y requisitos mínimos generales del Proceso de Selección (PS) realizado por Ecopetrol S.A., y que hace parte íntegra del contrato n.º 4018162 según su contenido (fl. 70, c. ppl. 1.), se consagraron las siguientes cláusulas relevantes (fls. 104 y 106, c. ppl. 1.):

CLAÚSULA 20 PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento definitivo del objeto del Contrato, o de que ECOPETROL declare la terminación anticipada del mismo por acciones u omisiones antijurídicas o apartamientos del Contrato imputables al CONTRATISTA, éste conviene en pagar a ECOPETROL, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor global o estimado del Contrato (según lo pactado en la minuta).

Dicha suma se imputará al monto de los perjuicios que sufra ECOPETROL, y su valor se podrá tomar directamente del saldo a favor del CONTRATISTA, si lo hubiere, o de la garantía de cumplimiento constituida. Si esto no fuere posible, la cláusula penal pecuniaria se cobrará por la vía ejecutiva, para lo cual el Contrato prestará el mérito de título ejecutivo.

La aplicación de la cláusula penal pecuniaria no excluye la indemnización de perjuicios a cargo del CONTRATISTA, si el monto de éstos fuere superior, a juicio de ECOPETROL, al valor de la cláusula penal pecuniaria aquí pactada.

(...)

CLAÚSULA 24 – TERMINACIÓN ANTICIPADA. ECOPETROL podrá declarar la terminación anticipada del Contrato en los siguientes eventos:

(...)

3. Cuando el incumplimiento de obligaciones del CONTRATISTA se deriven consecuencias que hagan imposible o dificulten gravemente la ejecución del Contrato.

1.2.2. Estando en la etapa de ejecución del contrato y debido a supuestos incumplimientos de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano en las obligaciones contractuales adquiridas, Ecopetrol S.A. expidió las siguientes decisiones: i) la resolución n.º 01 de 9 de septiembre de 2008, mediante la cual se impuso multa a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano por el supuesto incumplimiento de algunas de las obligaciones contempladas en el contrato n.º 4018162 (fls. 245 a 251, c. ppl. 1.), ii) la resolución 02 de 21 de noviembre de

2008, mediante la cual se negó la reposición de la multa impuesta y se confirmó íntegramente la resolución n.º 01 de 2008, iii) acta de terminación anticipada del contrato del 13 de diciembre de 2008, a través de la cual se declaró la terminación anticipada del contrato por supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales que hacían imposible o dificultaban gravemente la continuación de la ejecución del contrato. En esta acta también se decidió hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordenó la liquidación del contrato (fls. 326 a 339, c. ppl. 1.), y iv) acta de liquidación unilateral final del contrato del 25 de junio de 2009 (fls. 362 a 379, c. ppl. 1.).

1.3. Trámite de primera instancia

1.3.1. Mediante auto del 4 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander inadmitió la demanda de la referencia para que dentro del término máximo de cinco (5) días, se aportara al proceso poder debidamente conferido por todos los integrantes de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, esto por cuanto las uniones temporales no podían ser consideradas como personas jurídicas y solamente obraba en el expediente poder especial conferido por el señor Manolo Arteaga Ortega (fl. 1, c. ppl. 1.), quien actuaba en calidad de representante legal de la referida unión temporal según el documento privado de constitución (fl. 30 a 31 y 847 a 849, c. ppl. 1.).

1.3.2. Estando dentro del término legal, el 17 de junio de 2010, la apoderada judicial del señor Manolo Arteaga Ortega presentó memorial en el que manifestó la imposibilidad de ubicar a la señora Patricia Zambrano Ortega, integrante de la unión temporal que no había conferido poder especial, por lo que solicitó que fuera el despacho el encargado de citarla en calidad de litisconsorte necesario conforme las reglas establecidas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil (fls. 850 a 853, c. ppl. 1.).

1.3.3. Por auto del 19 de noviembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda de la referencia, ordenó la vinculación de la señora Fanny Patricia Zambrano a través del trámite previsto en el artículo 83 del C.P.C. y negó la solicitud de suspensión provisional presentada en escrito de la demanda (fls. 859 a 864, c. ppl. 2.).

1.3.4. Tanto la parte demandante como la demandada Ecopetrol S.A. presentaron recurso de apelación oportunamente contra la providencia que admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional (fls. 865 a 871 y 883 a 889, c. ppl. 1.).

1.3.5. A través de auto del 11 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Santander concedió en el efecto suspensivo los recursos de apelación presentados por las partes (fl. 891, c. ppl. 2.).

1.4. La providencia impugnada

Mediante auto del 19 de noviembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda de la referencia y negó la solicitud de suspensión provisional formulada en la misma, por los motivos sintetizados a continuación (fls. 859 a 864, c. ppl. 2.):

1.4.1. Se consideró que era procedente admitir la demanda de la referencia porque ante la imposibilidad manifestada por el demandante de ubicar a la señora Fanny Patricia Zambrano, integrante de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano que no había conferido poder especial, era procedente dar trámite al proceso ordenando la vinculación de dicha persona en calidad de litisconsorte necesario, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del

C.P.C. (fls. 859 a 869, c. ppl. 2.).

1.4.2. En cuanto a la solicitud de suspensión provisional formulada en el escrito de la demanda, el Tribunal Administrativo de Santander la negó fundado en que no se evidenciaba de manera ostensible la violación de normas superiores, ni se allegó prueba sumaria de los perjuicios que la ejecución de los actos acusados podrían causarle. Así mismo, indicó que como la labor de dilucidar si los actos impugnados se encontraban o no ajustados a derecho correspondía a la decisión de fondo del proceso, solamente podía emitir una decisión sobre su legalidad al momento de dictar sentencia, una vez escuchadas las partes, recaudadas las pruebas de las partes y agotadas todas las etapas propias del proceso (fls. 860 a 862 c. ppl. 2.).

1.5. Los recursos de apelación

1.5.1. El 1 de diciembre de 2010, la demandada Ecopetrol S.A. presentó recurso de apelación contra la decisión de admitir la demanda. En síntesis, sus argumentos de inconformidad fueron los siguientes (fls. 865 a 871, c. ppl. 2.):

- Considera la inconforme que la parte demandante en ningún momento dio cumplimiento al requerimiento formulado en el auto inadmisorio de la demanda, pues se limitó a expresar que no le había sido posible obtener una respuesta de la señora Fanny Patricia Zambrano y no aportó el poder especial debidamente conferido, situación que a su sentir conllevaba al rechazo de la demanda conforme el artículo 143 del C.C.A.

- Argumenta que como la jurisdicción contencioso administrativa tiene la característica de ser rogada, no era posible que el demandante trasladara al administrador de justicia la responsabilidad de integrar el contradictorio. Además, agrega que la integración necesaria del contradictorio no se cumple dando traslado de la demanda a la señora Fanny Patricia Zambrano, de quien no se sabe con certeza si la dirección aportada efectivamente corresponde a su residencia y si es su deseo iniciar una acción contra Ecopetrol S.A. por los hechos descritos en la demanda.

- Igualmente, sostiene que es procedente el recurso de apelación contra la admisión de la demanda porque dicha decisión se adoptó en la misma providencia que resolvió sobre la suspensión provisional, la cual es apelable según el numeral 2 del artículo 181 del C.C.A.

Con base en lo anterior, la demandada Ecopetrol S.A. solicita que se revoque el auto admisorio de la demanda y, en su lugar, se inadmita y rechace la demanda de la referencia.

1.5.2. Por su parte, el 1 de diciembre de 2010, la parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de negar la suspensión provisional. En el escrito del recurso se reiteraron los argumentos plasmados en el escrito de la demanda y se adicionaron los siguientes (fls. 876 a 882, c. ppl. 2.):

- Indica que para que una entidad estatal pueda ejercer una exorbitancia o una prerrogativa en contra de un particular debe existir una tipificación legal que le permita actuar en ese sentido, y como Ecopetrol S.A. no se encuentra sometida al Estatuto de Contratación Estatal, compendio normativo que consagra las facultades exorbitantes, no era posible que la demandada expidieran los actos administrativos que se solicita suspender. Para respaldar este argumento se citan varios pronunciamientos de esta corporación relacionados con las facultades exorbitantes.

- Respecto a la manifestación del a quo consistente en que la legalidad de los actos

administrativos correspondía a un asunto de fondo, expresa que la finalidad de la suspensión provisional es evitar un daño mayor, por lo que se estarían cumpliendo todos los presupuestos del artículo 152 del C.C.A.

Con base en lo anterior, la parte demandante solicita que se revoque el auto proferido por el a quo el 19 de noviembre de 2010 en lo que tiene que ver con la negativa de ordenar la suspensión provisional solicitada y, en su lugar, se acceda a la misma.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 12, 181.

y 146

del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, normatividad aplicable por factor temporal al proceso de la referencia, esta Corporación y Sala son competentes para conocer del presente asunto.

No obstante, comoquiera que tanto la parte demandante como la demandada presentaron recurso de apelación contra la providencia que admitió la demanda y negó la suspensión provisional, y que sus argumentos de inconformidad recaen sobre aspectos diferentes, esto por cuanto la parte demandante pretende que se revoque la negativa a suspender los actos administrativos demandados, mientras que la demandada pretende que se revoque la admisión de la demanda, la Sala estudiará de manera independiente cada uno de los recursos presentados a fin de determinar su procedencia y prosperidad.

2.2. Problemas jurídicos a resolver

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar la procedencia de los recursos de apelación presentados por las partes contra el auto del 19 de noviembre de 2010, a través del cual se admitió la demanda de la referencia y se negó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

En segundo lugar, de ser procedentes los recursos de apelación presentados, corresponde a la Sala determinar: i) si era viable jurídicamente la admisión de la demanda de la referencia o, si por el contrario, debió ser rechazada por no haber sido subsanada en lo solicitado, y ii) en caso de encontrarse factible la admisión de la demanda, determinar si era procedente acceder a la suspensión provisional de los actos administrativos demandados por evidente ilegalidad o, si por el contrario, no es viable su suspensión por corresponder a un asunto de fondo que debe ser resuelto en la sentencia.

Con base en la metodología antes planteada, a continuación se estudiarán de manera separada los recursos de apelación presentados por las partes:

2.3. Respecto del recurso de apelación presentado por Ecopetrol S.A. (fls. 865 a 871, c. ppl. 2.)

Luego de revisar el contenido del recurso de apelación presentado por Ecopetrol S.A., se encuentra que sus inconformidades recaen única y exclusivamente en la decisión de admitir la demanda, pues considera que la parte demandante no dio cumplimiento al requerimiento efectuado por el a quo en el auto inadmisorio y lo procedente era disponer el rechazo de la

demanda conforme lo establece el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo. Por otra parte, señaló que como en la providencia que se admitió la demanda también se resolvió sobre la suspensión provisional, el recurso procedente era el de apelación de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del C.C.A.

Con el propósito de determinar en el sub judice la procedencia del recurso de apelación contra la decisión de admitir la demanda, es preciso poner de presente algunos apartes de los artículos 143 y 181 del C.C.A.:

Artículo 143. Inadmisión y rechazo de la demanda. Subrogado por el artículo 45 de la Ley 446 de 1998. Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpe los términos para la caducidad de la acción. (...)

Contra el auto admisorio sólo procederá recurso de reposición, pero si resuelve sobre suspensión provisional procederá el de apelación, cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal en primera instancia o, el de reposición, cuando sea dictado por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal o del Consejo de Estado en única instancia. (...)

Artículo 181. Apelación. Modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales, de los Jueces y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus Secciones o Subsecciones, según el caso; o por los Jueces Administrativos: (...) 2. El que resuelva sobre la suspensión provisional. (...)

De acuerdo con las disposiciones antes transcritas, resulta claro que el legislador contempló la posibilidad de que en una misma providencia pudiera decidirse sobre la admisión de la demanda y la suspensión provisional de los actos administrativos acusados. Sin embargo, con el ánimo de diferenciar estas decisiones, estableció que contra el auto admisorio de la demanda procedería el recurso de reposición y contra la medida de suspensión provisional el recurso de apelación.

Si bien es cierto que el pronunciamiento de la medida de suspensión provisional de los actos administrativos demandados depende de la admisión de la demanda, ya que si no se admite o se rechaza la demanda no hay lugar a pronunciarse sobre la suspensión, esto no significa que el recurso de apelación previsto para la suspensión provisional se hace extensible a la admisión de la demanda por encontrarse en la misma providencia en que se resuelve la suspensión provisional, pues dichas determinaciones encuentran su sustento en normas procesales diferentes y entenderlo de otra forma podría derivar en el desconocimiento de la distinción realizada en la ley para efecto de la procedencia de recursos.

En este sentido, esta Corporación——— ha sostenido en diversas ocasiones que cuando la admisión de la demanda es adoptada en el mismo auto que se resuelve la suspensión provisional, no hay lugar a interpretar que el recurso procedente contra ambas decisiones es el de apelación, ya que, como se dijo anteriormente, estas decisiones son independientes y los recursos previstos en la ley para su contradicción son el de reposición para la admisión de la demanda y el de apelación para la medida de suspensión provisional.

En este orden de ideas, la Sala no realizará un estudio sobre los argumentos del recurso de apelación presentado por Ecopetrol S.A. y lo rechazará por improcedente.

2.3. Respecto del recurso de apelación presentado por la Unión Temporal Manolo Arteaga –

Patricia Zambrano (fls. 876 a 882, c. ppl. 2.)

Comoquiera que el recurso de apelación presentado por la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano pretende que se revoque la negativa del a quo a acceder a la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, medida que fue solicitada oportunamente en el escrito de la demanda (fls. 810 a 815, c. ppl. 1.), y que el numeral 2 del artículo 181 del C.C.A. señala que es apelable el auto que resuelve sobre la suspensión provisional, la Sala encuentra procedente el recurso y procederá a su estudio.

2.4. Sobre la medida de suspensión provisional

Estima la Sala que en el caso bajo estudio se debe modificar parcialmente el auto del 19 de noviembre de 2010, en el sentido de dejar sin efectos la negativa a acceder a la solicitud de suspensión provisional solicitada en el escrito de la demanda y, en su lugar, acceder parcialmente a la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, por los motivos expuestos a continuación:

La suspensión provisional es una figura excepcional que fue concebida por el legislador como una interrupción de la regla general de la presunción de legalidad que ostenta todo acto administrativo (art. 66 del C.C.A.) al tiempo que afecta, como ha dicho la jurisprudencia, el poder de que está investida la administración para ejecutar de inmediato lo necesario para el cumplimiento del acto afectado con esta medida. De ahí que esta “priva al acto administrativo impugnado de atributos propios de su esencia sin los cuales no produce los efectos que la ley le reconoce

.
Este instituto precautorio consagrado en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollado en el artículo 152 del C.C.A. (artículo 31 del decreto 2304 de 1989

, concebido como una medida cautelar para evitar los daños que se estén produciendo o que se pueden producir como consecuencia de un acto aparentemente ilegal, es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 Constitucionales) y tiene por thelos sancionar -como lo ha señalado esta Corporación- la rebeldía de la administración en la expedición de actos administrativos ante mandatos superiore

. De allí que el rasgo característico dominante de esta medida cautelar radica en que de la sola confrontación se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado.

Debido a que la parte demandante sostiene que la ilegalidad manifiesta de los actos administrativos demandados se deriva del ejercicio de supuestas facultades excepcionales o exorbitantes que no podían ser ejercidas por la naturaleza privada de la relación contractual, esto por cuanto considera que el contrato n.º 4018162 se encontraba sometido al artículo 6º de la Ley 1118 de de 2006 y las determinaciones de imposición de multa, terminación anticipada del contrato, imposición de la cláusula penal pecuniaria y liquidación unilateral del contrato se basaron en las facultades exorbitantes previstas en el Estatuto General de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007) para su expedición, la Sala estima pertinente analizar las facultades exorbitantes previstas en la ley a favor de las entidades públicas y su ámbito de aplicación en los contratos sometidos a las reglas de derecho privado.

2.4.1. Sobre las cláusulas excepcionales o exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, y su aplicación en los contratos sometidos a las reglas de derecho privado en los que haga parte una entidad estatal

Las cláusulas exorbitantes o excepcionales son estipulaciones que confieren derechos u obligaciones que en el marco de las leyes comunes o comerciales no podrían ser consentidas libremente por el desequilibrio o desigualdad que podrían generar en las relaciones contractuales, en las cuales, en principio, prima el estado de igualdad y la autonomía de la voluntad de las partes. Estas cláusulas o poderes excepcionales suponen que una de las partes en la relación contractual se ponga en una posición más privilegiada o dominante, ya que al ser ajenas a los principios de libertad contractual, igualdad y autonomía de la voluntad, resultan convirtiéndose en imposiciones que no son objeto de negociación o acuerdo voluntario entre las partes.

Debido a que las cláusulas o poderes excepcionales o exorbitantes suponen una imposición y el quebrantamiento de la igualdad entre las partes contratantes, su fuerza vinculante no encuentra su sustento en el acuerdo voluntario que constituye ley para las partes, como sucede en los contratos sometidos estrictamente al derecho común, sino que proviene de la ley o de una norma superior que autoriza y confiere esa facultad a un sujeto determinado bajo el cumplimiento de ciertos requisitos previamente definidos.

En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra que el Estatuto General de la Contratación Estatal –Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007- estableció que únicamente las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a sus disposiciones pueden pactar a su favor, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad, de reversión

y de imposición unilateral de multa

, determinación que excluye de entrada el pacto de cláusulas excepcionales en contratos celebrados entre particulares o en contratos que no se encuentren sometidos a las reglas establecidas en el Estatuto General de Contratación Estatal.

Como se puede observar, estas cláusulas poseen la característica esencial de que pueden ser ejecutadas de manera unilateral por la entidad que las pactó a su favor, lo que significa que no deben acudir a instancias judiciales para obtener el cumplimiento de la obligación ni deben contar con la aprobación de la otra parte contratante, potestad de ejecución que, en principio, en el ámbito del derecho privado se encuentra proscrita por estar reservada exclusivamente para las entidades estatales, motivo adicional para afirmar que las cláusulas exorbitantes serían inoperantes en las relaciones contractuales de índole privado en las que no exista habilitación legal.

De igual manera, un amplio sector de la doctrina

también ha respaldado la posición consistente en que en las relaciones contractuales sometidas al derecho privado no es conveniente pactar o ejercer potestades de naturaleza exorbitante, ya que además de suponer su inclusión un desequilibrio y limitación a la autonomía contractual de las partes, su habilitación en el ámbito privado podría conllevar al ejercicio arbitrario o abusivo de las cláusulas por la posición preferencial de una de las partes en el contrato, circunstancias

que en últimas desconocerían la finalidad de su consagración legal para la contratación de las entidades públicas, la cual no es otra sino obtener la protección del patrimonio público y hacer prevalecer el interés general sobre el particular.

Así las cosas, resulta claro que el cumplimiento o ejercicio de las cláusulas excepcionales o exorbitantes fue una potestad que se reservó el Estado para su actividad contractual, y que frente a la actividad contractual sometida al derecho común, en principio, esas prerrogativas o potestades no se encuentran habilitadas por una ley o norma superior.

Ahora, en cuanto a la estipulación de cláusulas excepcionales o exorbitantes en contratos sometidos a reglas de derecho privado en los que haga parte una entidad estatal, esta Corporación ha sostenido que como en aquellos casos las entidades estatales actúan por disposición de la ley en igualdad de condiciones con los particulares, no es posible que se incluyan o ejerzan las potestades excepcionales o exorbitantes previstas en las normas públicas que rigen la contratación estatal, pues tales potestades no se encuentran atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, y su habilitación en ningún caso puede provenir de la autonomía de la voluntad de las partes o por extensión de las normas de contratación estatal.

Sobre el particular, esta Corporación al estudiar sobre la viabilidad de incluir cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos de servicios públicos domiciliarios, los cuales por disposición de la ley también se encuentran sometidos a las reglas de derecho privado, sostuvo

:

La administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994. (...) Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 121 y 122 superiores). Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la situación descrita acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito. (...) el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) faculta al juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas. (...) Así las cosas, el juez administrativo no sólo está facultado sino que tiene el deber de declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabiente

.

En este orden de ideas, es dable concluir que en aquellos eventos en los que las entidades públicas, por disposición legal, celebran contratos sometiendo a las reglas de derecho privado, no les es posible pactar a su favor las cláusulas excepcionales o exorbitantes establecidas en el Estatuto General de la Contratación Estatal (como lo serían las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad y de reversión

.

Ahora bien, respecto de las multas la jurisprudencia de esta Corporación consideró que aun cuando el artículo 7

del Decreto 222 de 1983 –anterior Estatuto de Contratación Estatal- contemplaba la facultad de exigir su cumplimiento de manera unilateral a través de resolución motivada, con ocasión de la expedición de la Ley 80 de 1993 las entidades públicas sometidas a las normas públicas de contratación estatal perdieron esta facultad, ya que al haber sido derogada la disposición del Decreto 222 de 1983 que la autorizaba, y al no haberse contemplado en la Ley 80 de 1993 esa potestad, las entidades públicas sometidas a sus disposiciones perdieron la potestad de hacer cumplir las multas pactadas en el contrato de manera unilateral

.

Así las cosas, si el Estatuto General de la Contratación Estatal –Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007- no contempló la posibilidad de que las entidades públicas sometidas a sus disposiciones pudieran cobrar unilateralmente las multas pactadas, mal haría en considerarse que los particulares o las entidades públicas sometidas a las normas de derecho común en su actividad contractual sí se encuentran facultadas para hacerlo, pues de igual forma carecerían de sustento legal para ello.

De acuerdo con los anteriores argumentos, es posible llegar a las siguientes conclusiones relevantes: i) que las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las reglas de derecho común no pueden pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, salvo que la ley o una norma superior lo autorice de manera clara y expresa, y ii) que la ejecución o cumplimiento unilateral de una cláusula excepcional o exorbitante en los contratos sometidos al derecho común es ilegal por comportar una potestad exclusiva del Estado, salvo que se ejerza bajo el amparo de una ley o norma superior.

2.4.2. El caso sub judice

En el caso bajo estudio se encuentra que la controversia suscitada tiene que ver con el contrato n.º 401862 suscrito entre Ecopetrol S.A. (entidad contratante) y la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano (contratista) el 4 de junio de 2008, cuyo objeto era que se realizaran “OBRAS PARA LA INSTALACIÓN DE RECUBRIMIENTO CON CONCRETO DE FIREPROOFING EN LAS UNIDADES DE PROCESO DE LA GERENCIA REFINERÍA DE

BARRANCABERMEJA UBICADA EN BARRANCABERMEJA SANTANDER (fls. 50 a 66, c. ppl. 1).

De acuerdo con el contenido del referido contrato (fl. 50, c. ppl. 1.), y atendiendo la fecha de su suscripción, se tiene que este fue celebrado con observancia a las disposiciones contenidas en la Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006, la cual se refirió expresamente al régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por Ecopetrol S.A. en su artículo 6° de la siguiente manera:

Artículo 6°. Régimen aplicable a Ecopetrol S.A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

Igualmente, para la fecha de la suscripción del contrato de obra n.º 401862 se encontraba vigente la Ley 1150 del 16 de julio del año 2007, en cuyo artículo 1

se reafirmó la aplicación de las reglas privadas a las actividades económicas y comerciales desarrolladas por Ecopetrol S.A., adicionando que estas debían ser ejecutadas con observancia de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y sometiendo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal

Teniendo en cuenta que las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato establecían que Ecopetrol S.A. se sometería a las reglas del derecho privado en los contratos y actuaciones que administraran o desarrollaran su objeto social, sin que la ley u otras normas de igual o superior jerarquía establecieran excepciones a esta regla distintas a la aplicación de los principios propios de la función pública y al sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y que en el presente caso el objeto del contrato n.º 401862 tenía relación con la administración del objeto social de la entidad contratant toda vez que consistió en realizar obras de recubrimiento en la refinería de Barrancabermeja, resulta claro para la Sala que en el contrato objeto de discusión no podían ser pactadas las cláusulas excepcionales al derecho común consagradas en el Estatuto General de Contratación Estatal por inexistencia de habilitación legal expresa, pues aunque se hicieron extensibles los principios propios de la función pública a las actuaciones de las entidades sometidas a regímenes exceptuados o especiales, estos principios no pueden dar lugar a la aplicación de las cláusulas excepcionales o exorbitantes del régimen público porque su consagración escrita no establece esa facultad, requisito indispensable para el ejercicio de las potestades excepcionales o exorbitantes.

Si bien es cierto Ecopetrol S.A. es una entidad de naturaleza pública en los términos del artículo 30 de la Ley 489 de 1998, no se puede pasar por alto que fue deseo del legislador que el desarrollo de su objeto social se efectuara en igualdad de condiciones con los particulares sujetándose a las reglas del derecho común, en las que, por regla general, no existe la prerrogativa o poder excepcional de hacer cumplir de manera unilateral las disposiciones pactadas en el contrato, de ahí que también pueda considerarse que el ejercicio del poder exorbitante de hacer cumplir las cláusulas de manera unilateral supone la vulneración al principio de legalidad cuando es ejercida por una entidad pública sometida al derecho común.

Así las cosas, comoquiera que en el presente caso Ecopetrol S.A. i) impuso multa de manera unilateral a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano mediante la resolución 01 de 9 de septiembre de 2008, confirmada por la resolución 02 de 21 de noviembre de 2008 (fls. 245 a 251, c. ppl. 1.), ii) terminó de manera unilateral el contrato n.º 401862 a través de la que denominó ACTA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE CONTRATO de fecha 13 de diciembre de 2008, en la cual además hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordenó la liquidación del contrato (fls. 326 a 339, c. ppl. 1.) y, posteriormente, iii) liquidó unilateralmente el contrato por la que denominó ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO de fecha 25 de junio de 2009 (fls. 362 a 379, c. ppl. 1.), la Sala estima procedente acceder a la suspensión provisional de estos actos administrativos por cuanto la facultad de ejecutar o hacer cumplir de manera unilateral las cláusulas de un contrato constituye la característica distintiva de las cláusulas excepcionales o exorbitantes, y en el presente caso esa potestad de cumplimiento no podía ser ejercida de manera unilateral por encontrarse sometida la relación contractual a las reglas propias del derecho privado, en las que no se permite -salvo en ciertos casos expresamente previstos en la ley- que las partes contratantes ejecuten o hagan cumplir las disposiciones pactadas. Por este motivo, es evidente que las decisiones unilaterales adoptadas por Ecopetrol S.A. de imponer multa, declarar el incumplimiento grave del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidar unilateralmente el contrato son manifiestamente ilegales al haber sido expedidas sin ostentar la competencia legal y por desconocer los artículos 6º de la Ley 1118 de 2006 y 14 de la Ley 1150 de 2007, disposiciones que regularon el régimen al que se sometería el contrato celebrado por Ecopetrol S.A. con la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano.

Ahora, en cuanto a la causación de perjuicios, es evidente que la ejecución de los actos administrativos podría derivar en la afectación del patrimonio económico de los miembros de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, por tal razón, se encuentra necesaria la imposición de la medida preventiva a fin de evitar la causación de un perjuicio a la parte demandante.

No sobra mencionar que la ilegalidad encontrada se deriva de la ejecución unilateral de algunas de las cláusulas pactadas en el contrato, pues precisamente la exorbitancia consiste en la facultad de adoptar decisiones unilaterales y ejecutarlas de manera inmediata por quien las pactó a su favor sin necesidad de acudir a instancias judiciales o a un tercero que las haga cumplir, potestad que como se dijo sí ostentan las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación Estatal.

Además, aunque Ecopetrol S.A. señaló que sus decisiones no podían ser catalogadas como actos administrativos, sino que tenían la calidad de ser actos contractuales, lo cierto es que son actos administrativos pues aparte de haber sido expedidos con base en facultades consagradas en normas de derecho público en las que se les confiere esa calidad, estas tienen la esencia de un acto administrativo al contener una manifestación unilateral de una entidad estatal dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada. Inclusive Ecopetrol S.A. les confirió esa naturaleza al disponer que su forma de notificación y contradicción en sede de vía gubernativa se regiría por las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo (fls. 250, 251, 338 y 339, c. ppl. 1.), argumentos más que suficientes para concluir que las decisiones controvertidas constituyen actos administrativos susceptibles de contradicción ante esta jurisdicción.

De otro lado, no se considera necesario estudiar los argumentos de inconformidad relacionados con la supuesta vulneración del debido proceso, por cuanto se accedió a la medida de suspensión solicitada.

Finalmente, vale la pena poner de presente a las partes que esta decisión en nada afecta las consideraciones o determinaciones que sobre el asunto se adopten en la sentencia, ya que esta es apenas una decisión provisional respecto de algunos de los actos administrativos demandados y no constituye una decisión inmodificable que goce del atributo de la cosa juzgada, lo que conlleva a que no genere derechos ciertos a favor de la parte demandante ni limita al a quo en su autonomía al tomar una decisión sobre el fondo del asunto al momento de dictar sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR por improcedente el recurso de apelación presentado por Ecopetrol S.A. el 1 de diciembre de 2010, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR parcialmente el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 19 de noviembre de 2010, en cuanto denegó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las resoluciones 01 de 9 de septiembre de 2008 y 02 de 21 de noviembre de 2008, por las cuales se impuso una multa a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano (fls. 245 a 251, c. ppl. 1.), del acta de terminación anticipada del contrato de fecha 13 de diciembre de 2008 (fls. 326 a 339, c. ppl. 1.) y del acta de liquidación unilateral final del contrato de fecha 25 de junio de 2009 (fls. 362 a 379, c. ppl. 1.) y, en su lugar, se dispone:

SUSPENDANSE PROVISIONALMENTE los efectos de los siguientes actos administrativos: i) de las resoluciones 01 de 9 de septiembre de 2008 y 02 de 21 de noviembre de 2008, por las cuales se impuso una multa a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano y se decidió el recurso de reposición presentado contra la misma, respectivamente (fls. 245 a 251, c. ppl. 1.), ii) del acta de terminación anticipada del contrato de fecha 13 de diciembre de 2008, a través de la cual se declaró la terminación anticipada del contrato n.º 401862, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordenó la liquidación del contrato (fls. 326 a 339, c. ppl. 1.), y iii) del acta de liquidación unilateral final del contrato n.º 401862 del 25 de junio de 2009 (fls. 362 a 379, c. ppl. 1.).

TERCERO: CONFIRMAR las demás decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo de Santander en auto del 19 de noviembre de 2010 (fls. 859 a 864, c. ppl. 2.).

CUARTO: Una vez ejecutoriada esta providencia, comuníquese a la demandada Ecopetrol S.A. lo decidido y devuélvase la totalidad del expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

1. **DANILO ROJAS BETANCOURTH**
2. **Presidente de la Sala**
3. **STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**4. RAMIRO DE JESÚS PAZOS
GUERRERO**



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

