**ECOPETROL – Naturaleza jurídica**

A través de la Ley 165 del 27 de diciembre de 1948 se autorizó al Gobierno Nacional para la creación de una Empresa Colombiana de Petróleos, en principio de carácter mixto, cuyo patrimonio contara con la participación de la nación y de capital privado nacional y extranjero, señalándose que de no ser ello posible se organizaría como empresa Oficial. Posteriormente, mediante el Decreto 30 del 9 de enero de 1951 el Gobierno la organizó como una empresa oficial con autonomía y personería jurídica que tendría a su cargo la concesión petrolera “*De Mares”*, con sus oleoductos y demás instalaciones referentes a la explotación, refinación y transporte de petróleo y derivados que revertieron a la Nación, iniciando así su intervención en la cadena de producción de petróleo, teniendo en cuenta que la exploración y explotación de ese producto se encontraba a cargo de compañías extranjeras, debido a la política estatal y a los altos costos y complejidad técnica inherentes a esta actividad. Mediante el Decreto 3211 del 9 de diciembre de 1959 se reorganizó como una empresa de carácter industrial y comercial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, pudiendo actuar en su organización interna y en sus relaciones con terceros como sociedad comercial, siendo autónoma para realizar todos los actos, operaciones y contratos que desarrollaran su objeto, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado. Por medio del Decreto No. 1760 del 26 de junio de 2003, se ordenó la Escisión de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol- dando origen a la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia y aquella a su vez quedó organizada como sociedad pública por acciones, denominada Ecopetrol S.A., con capital 100% estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regida por sus propios estatutos. Finalmente a través la Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006, la Empresa Colombiana de Petróleos se organizó como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, de orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, también denominada Ecopetrol S.A. estableciéndose que a todos sus actos jurídicos, contratos y demás actuaciones encaminadas al desarrollo de su objeto social se les aplicaría de forma exclusiva las normas de derecho privado, con independencia del porcentaje de participación del estado en su capital social.

**ECOPETROL –** **Régimen legal aplicable – Autonomía de la voluntad de las partes**

A los actos y contratos celebrados por Ecopetrol le son aplicables las normas de derecho privado, régimen que se funda primordialmente en la autonomía dispositiva o negocial, entendida ésta como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas para autoregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos. De ésta forma se entiende que las partes en ejercicio de ese poder o facultad para autoregular sus intereses pueden a través de estipulaciones contractuales determinar el contenido, alcance y modalidad del contrato o negocio jurídico que van a celebrar, siempre y cuando éstas no vayan en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe, ni comporten el ejercicio abusivo de sus derechos.

**ECOPETROL - Contenido del contrato**

Cuando se habla de contenido del contrato se hace referencia a la forma, los términos o condiciones con los cuales las partes van a regular o disponer de sus intereses y, según lo establece el artículo 1501 del Código Civil, en ese contenido deben distinguirse las cosas o elementos que son de su esencia, los que son de su naturaleza y los que son puramente accidentales; entendiendo por esenciales aquellos sin los cuales el contrato o negocio jurídico no existe o degenera en otro, por naturales los que no siendo esenciales se entienden incorporados en él sin estipulación de las partes, y por accidentales aquellos que no siendo esenciales ni naturales, son incorporados por las partes a través de estipulaciones expresas. Así pues, en los contratos del Estado que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o incluso sancionarlo.

**CLÁUSULAS ACCIDENTALES –** **Contratos estatal – Régimen privado – Autonomía de la voluntad de las partes**

Resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público. (…) sí esas estipulaciones no contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres, el principio de buena fe contractual y no comportan el ejercicio abusivo de un derecho, ellas rigen las relaciones derivadas del contrato y su ejercicio no es otra cosa que la utilización de una facultad contractual. Por último, es de precisar en éste punto que teniendo en cuenta que la tipología de contratos que se viene analizando no se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 y que el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros, se funda primordialmente en la autonomía dispositiva, su inclusión no comporta el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Régimen legal aplicable**

Resulta alejado de la realidad jurídica sostener que es ilegal la inclusión de tales cláusulas en un contrato del Estado que se rige por el derecho privado puesto que semejante aseveración no tiene en cuenta la elemental consideración, que es del ABC del derecho privado, que en este las partes pueden regular sus intereses como a bien lo tengan, eso sí, sin vulnerar las normas imperativas, las buenas costumbres, la buena fe y sin hacer un ejercicio abusivo del derecho. Luego, como semejantes pactos no están prohibidos en el derecho privado, es corolario que pueden ser incluidos en los contratos del Estado que se rigen por este ordenamiento y, entonces, en estos casos, su ejercicio no implica el ejercicio de una potestad exorbitante del Estado sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual que de consuno y en pie de igualdad las partes admitieron que pudiera ser ejercida por alguna de ellas.

**NEGOCIO JURÍDICO – Concepto**

El negocio jurídico es una manifestación o expresión de la voluntad encaminada indefectiblemente a la producción de unos efectos jurídicos previstos y queridos de antemano, esto es, para la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Con otras palabras, se trata de un acto humano voluntario y con efectos jurídicos, desplegado en ejercicio de la autonomía dispositiva, con el objeto de regular o disponer de los intereses.

**ACTOS CONTRACTUALES –** **Concepto**

Los actos contractuales son todas aquellas manifestaciones o expresiones de la voluntad que se producen con ocasión del contrato y que se fundan preponderantemente en lo pactado.

**ACTOS CONTRACTUALES – Actos unilaterales de la administración – Diferencia – Naturaleza – Régimen legal aplicable**

La naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos. Así, los actos que se expiden en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado en ejercicio de las cláusulas accidentales a través de las cuales las partes convienen el ejercicio de facultades o figuras tales como las multas, la terminación o liquidación unilaterales, se constituyen en meros actos contractuales y su expedición por alguna de las partes no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común. Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos.

**ACTO ADMINISTRATIVO – Definición**

El Acto Administrativo se define como “toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

**ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos**

Es un acto positivo, una manifestación positiva expresa, concreta o específica de la administración. Tiene un carácter unilateral, es decir, es una manifestación de voluntad unilateral de la administración donde no hay un consentimiento del administrado en su producción, y en la que en todo caso debe respetarse el derecho al debido proceso del destinatario. Es una expresión de voluntad que se sujeta al principio de legalidad. Esa manifestación de voluntad positiva y unilateral puede provenir tanto de los órganos que hacen parte del poder ejecutivo así como de aquellos que no siendo parte de ésta rama ejercen ése tipo de funciones. El poder decisorio de la manifestación de voluntad, se concreta en la potencialidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas a partir de su contenido. Al respecto se ha señalado que “La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio.” Así, la declaración de voluntad indefectiblemente ha de estar encaminada a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, esto es, a la producción de efectos jurídicos o de lo contrario no podría ser considerado como un acto administrativo.

**ACTOS CONTRACTUALES – Control judicial**

Teniendo en cuenta que los actos que se expiden con fundamento en facultades otorgadas por las partes en el pacto negocial, cuyo régimen es el de derecho privado, se constituyen en meros actos contractuales, el control judicial que se realice de los mismos debe darse a través del análisis del comportamiento contractual, más no por vía de nulidad. Es decir, cuando lo que se impugna es un acto contractual expedido por la entidad contratante en ejercicio de las facultades o mecanismos convenidos por las partes en ese determinado contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, la demanda no debe estar encaminada a que se declare la nulidad de ese acto, sino a que se analice si con su expedición la entidad incurrió en el incumplimiento de alguna de las prestaciones a su cargo, si vulneró alguna de las cláusulas negociales, o si violó normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe o implicó el ejercicio abusivo de su derecho.

**ACTOS CONTRACTUALES – Jurisdicción competente**

La posibilidad de redargüir actos relacionados con los contratos del Estado, no se restringe a los casos en que tales contratos se rijan por la Ley de contratación pública, pues también los actos contractuales relacionados con contratos del Estado que se rigen por el derecho privado, son cuestionables entre las partes, desde luego, y en últimas ante la jurisdicción contencioso administrativa.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Desarrollo jurisprudencial**

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor sólo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.” En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento” y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil.(…) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor. en efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación”.

**TÉRMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Pacto – Autonomía de la voluntad**

Se ha admitido la posibilidad de que las partes en ejercicio del principio de autonomía dispositiva puedan proceder a pactar cláusulas de terminación unilateral en aquellos contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por supuesto, sin que ello comporte una ruptura de la igualdad, un desequilibrio en este tipo de relaciones negociales, así como tampoco que vaya en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, la buena fe contractual o comporte el ejercicio abusivo de un derecho. (…) Es de precisar en éste punto que con independencia del nombre o denominación que las partes le den a una determinada facultad en el contrato, ello no modifica la naturaleza intrínseca de las mismas, ni los efectos jurídicos que se producen con ocasión de su ejercicio. (…) si lo que ocurre en un determinado asunto es que las partes en ejercicio del principio de autonomía dispositiva, convienen en que una de las partes pueda darlo por terminado unilateralmente ante el incumplimiento de la otra, esa estipulación resulta válida, siempre y cuando no vaya en contra de las normas imperativas, las buenas costumbres, la buena fe contractual y no comporte un ejercicio abusivo del derecho.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Liquidación unilateral del contrato – Definición - Regulación**

La liquidación de los contratos se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “*dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”.* La liquidación unilateral en los contratos del Estado es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar. De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente siempre y cuando no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral. (…) Teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos del Estado se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes a través de los cuales se regula el ejercicio de esas potestades. Así las cosas, si se entiende que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades excepcionales al derecho común, a fortiori nada impide que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, buenas costumbres, de la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho. Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato de mutuo acuerdo, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, de las buenas costumbres, la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho. Luego si lo que ocurre es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, las partes pactan la facultad de una de ellas para liquidar unilateralmente el contrato en caso de que no se haya podido intentar la liquidación bilateral, dicha cláusula resulta totalmente válida, así como también los diferentes actos contractuales que se expidan en su ejercicio, siempre y cuando no vaya en contra de normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00554-01(57394)**

**Actor: ELÍAS FRANCISCO SERPA TORRES**

**Demandado: ECOPETROL S.A.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

**Asunto: Recurso de apelación**

Contenido: Descriptor: Se niegan las pretensiones de la demanda porque el accionante no logró acreditar el incumplimiento de la entidad contratante Restrictor: Naturaleza Jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos- Ecopetrol- y el régimen aplicable a sus actos y contratos/ Regulación del incumplimiento contractual mediante la inclusión de cláusulas accidentales en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado/ Naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de las denominadas cláusulas accidentales en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado/ Noción y elementos del acto administrativo/Efectos jurídicos e impugnación de los actos contractuales/ El incumplimiento contractual / Validez del pacto de cláusulas de terminación unilateral en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado/ Validez del pacto de cláusulas de liquidación unilateral en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, mediante la cual se niegan las súplicas de la demanda.

 **I.ANTECEDENTES.**

1. **Lo pretendido.**

El 27 de julio de 2011[[1]](#footnote-1) el **Señor Elías Francisco Torres** presentó demanda, la cual posteriormente corrigió el 28 de octubre de 2011[[2]](#footnote-2) contra la **Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A.**, solicitando que se declarara que ésta incumplió el contrato No. 5202829 suscrito entre éstos el 3 de diciembre de 2007, por haber ordenado la terminación anticipada y su posterior liquidación con fundamento en hechos contrarios a la realidad.

Solicita, como consecuencia de la anterior declaración que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de $307´367.757, por concepto de la diferencia existente entre el valor del contrato (505´572.140) y las sumas efectivamente canceladas por la demandada ($198´204.383); de la suma equivalente a 200 SMLMV, por concepto del daño al buen nombre y de la suma equivalente a 100 SMLMV, por concepto de daño moral, sumas que debían estar debidamente actualizadas, más los intereses causados.

Pide también que se declare la nulidad de la Resolución No. 05 del 29 de octubre de 2009, mediante la cual se ordenó la liquidación unilateral del contrato No. 5202829 del 3 de diciembre de 2007 y de los actos administrativos a través de los cuales la demandada le impuso unas multas por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Solicita además, que se expidan las copias respectivas y *“que de presentarse ambigüedad, confusión, error en la interpretación del título de imputación; sea aplicado o enderezado por el juzgador de conformidad con las probanzas, en aplicación del principio IURA NOVIT CURIA”.*

Por último, pide que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

1. **Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

El 3 de diciembre de 2007 se celebró entre el demandante y la demandada el contrato No. 5202809, por virtud del cual aquel se obligó frente a ésta a prestar el servicio de empaque de polietileno en la bodega de la gerencia complejo Barrancabermeja de Ecopetrol S.A, ubicada en Barrancabermeja (Santander) durante las vigencias de 2007, 2008 y 2009, por un valor de $505´572.140 sin incluir IVA.

El término de duración del contrato se fijó en 670 días calendario o máximo hasta el 15 de diciembre de 2009, contados a partir de la suscripción del Acta de inicio de las obras, esto es, desde el 9 de enero de 2008.

Dicho plazo se suspendió por la paralización de la planta de producción de polietileno por mantenimiento desde octubre de 2008 hasta el 16 de enero de 2009, fecha en la que las partes suscribieron un acta de reinicio de las obras labores de aseo y limpieza.

Precisa que las labores de empaque de polietileno se reiniciaron hasta el 19 de enero de 2009 y de forma intermitentemente.

Si bien tanto en el anexo No. 4 de las Condiciones Específicas de Contratación, cómo en el anexo No. 1 del contrato se calculó una producción de polietileno para empaque de 1´072.000 bultos, distribuidos así: para el año 2007 de 24.000 bultos y un día de aseo por un valor de $10´641.121,00, para el año 2008 de 584.000 bultos y 30 días de aseo por $266´757.749,00 y para 2009 de 464.000 bultos y 25 días de aseo por $228´173.270,00; dichas sumas no se facturaron por causas imputables a Ecopetrol S.A., que se concretan en la ausencia de interventor para el año 2007, la aceptación de volúmenes inferiores de polietileno para empaque por Ecopetrol S.A. mediante actas parciales de obra y la paralización de la planta de producción de polietileno por mantenimiento.

Manifiesta que si bien como valor total del contrato se fijó la suma de $505´572.140,00, Ecopetrol S.A. únicamente le canceló $198´204.383, quedando un saldo a su favor equivalente a $307´367.757,00, sin incluir el IVA.

Dice que por medio de la Resolución No. 01 del 30 de septiembre de 2008 Ecopetrol S.A le impuso una sanción por no haber suministrado los dos (2) montacargas con sus respectivos operadores, sin tener en cuenta que ésta misma le sugirió contratar los que se encontraban en las instalaciones de la entidad y eran de propiedad de uno de sus funcionarios.

Contra dicha Resolución se instauró el recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 02 del 16 de diciembre de 2008, en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

La baja producción de polietileno para empaque generó un desequilibrio económico del contrato y pese a los diversos requerimientos presentados por el señor Elías Francisco Serpa, Ecopetrol S.A. se negó a elevar las cantidades de producción y a modificar las condiciones exigidas inicialmente en cuanto al mantenimiento de maquinaria y trabajadores en el lugar objeto de la prestación del servicio contratado, lo que dio lugar a que el 3 de febrero de 2009 el contratista se negara a continuar con la ejecución del contrato.

Señala que mediante la Resolución No. 03 del 3 de marzo de 2009 Ecopetrol S.A. ordenó la terminación anticipada del contrato ante la imposibilidad de producir polietileno en las cantidades calculadas a la fecha de celebración del contrato, decisión que confirmó a través de la Resolución No. 04 del 12 de mayo de 2009.

Mediante la Resolución No. 05 del 29 de octubre de 2009 se ordenó la liquidación final del contrato No. 5202809 en la que se reconoció un saldo a favor del contratista equivalente a $17´463.200,00.

Aduce que una vez suscrita el acta de reinicio de las obras presentó otros 2 montacargas cuyo mantenimiento le reportó costos mensuales equivalentes a $4´500.000,00 y su transporte desde Barranquilla $2´800.000,00,

Por último, señala que también incurrió en sobrecostos al verse obligado a mantener los trabajadores, un vigía y un ingeniero residente en el lugar objeto de la prestación del servicio de empaque de polietileno, sin que se presentara un incremento en su producción.

**2.1. Los cargos de nulidad.**

Manifiesta el actor que con la expedición de los actos administrativos impugnados Ecopetrol S.A. vulneró los artículos 2º, 6º, 11º, 13º, 90, 123, 124, 209 y 217 de la Constitución Política, 87 del Código Contencioso Administrativo, 867, 1602, 1608 y 1609 del Código de Comercio, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y las normas contenidas en las Condiciones Generales de Contratación de Ecopetrol S.A.

Señala que teniendo en cuenta que el contrato No. 5202809 de 2007 se rige por normas de derecho privado, deben dejarse sin efecto alguno las facultades excepcionales de interpretación, modificación, terminación unilateral y caducidad consagradas en las cláusulas Nos. 24, 25, 26 y 27 del Capítulo 7º del documento de Condiciones Generales de Contratación de Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A. vulneró el artículo 1602 del Código de Comercio y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al ordenar la liquidación unilateral del contrato sin que se hubiera configurado alguna de las causales previstas en la Ley para ello.

La terminación anticipada del contrato se estructuró sobre el incumplimiento de Ecopetrol S.A., pues el contratista siempre le manifestó la imposibilidad de continuar con su ejecución en las condiciones de producción de polietileno inferiores a las inicialmente calculadas y asumiendo los costos de mantenimiento de maquinaria y personal sin que se presentara un incremento en su fabricación.

La demandada se encuentra obligada a reparar los perjuicios que causo por la falta de planeación e información de lo que iba a contratar.

No se le puede endilgar incumplimiento alguno al señor Elías Francisco Serpa, pues teniendo en cuenta que la planta de producción de polietileno se paralizó éste no pudo cumplir con su obligación de empaque, al no existir el material suficiente para ello.

Si bien por medio del Oficio del 12 de junio de 2009 el interventor reconoció que la paralización en la planta de producción de polietileno ocasionó un desbalance económico para el contratista, la demandada estaba obligada a explicar los motivos de la inactividad, certificar el tiempo de ésta y demostrar el impacto económico generado.

Por último, señala que la contratante al imponerle multas vulneró el artículo 1609 del C.C. y los principios generales que rigen la actividad contractual del Estado, pues habiendo incumplido con las obligaciones a su cargo por no producir las cantidades de polietileno inicialmente calculadas, no podía entonces proceder a declarar el incumplimiento del contratista ni mucho menos imponerle sanciones de forma unilateral.

1. **El trámite procesal.**

Luego de fracasada la audiencia de conciliación prejudicial por falta de ánimo conciliatorio[[3]](#footnote-3), se admitió la demanda[[4]](#footnote-4) y noticiada la demandada del auto admisorio[[5]](#footnote-5) el asunto se fijó en lista y la demandada Ecopetrol S.A. le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretadas[[6]](#footnote-6) y practicadas las pruebas se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[7]](#footnote-7), oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte demandada.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 16 de diciembre de 2015 el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander resolvió negar las súplicas de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal pronunciándose sobre las excepciones de cumplimiento del contrato de buena fe, la de contrato cumplido y la de culpa exclusiva de la víctima, para señalar que teniendo en cuenta que éstas se encontraban directamente relacionadas con el fondo el litigio, serían resueltas al proferir sentencia de mérito.

Dice que conforme a la jurisprudencia proferida por ésta Corporación, para que sea procedente la declaratoria de incumplimiento de un contrato, quien así lo solicita no sólo debe acreditar que cumplió con las obligaciones a su cargo, sino también el incumplimiento en el que incurrió su co-contratante y como así no lo hizo el señor Elías Francisco Serpa Torres en el presente asunto, no podía ahora venir a solicitar que se declarara el incumplimiento del contrato No. 5202829 de 2007 suscrito con Ecopetrol S.A.

Hace referencia a la teoría de la imprevisión y trae a cuento algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación al respecto, para luego señalar que si bien se podían presentar circunstancias imprevisibles que hicieran más onerosa la ejecución del contratista, ello no era óbice para que el contratista pudiera justificar el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Luego de hacer referencia a la pretensión de declaratoria de incumplimiento del contrato, a la carga de la prueba en cabeza de quién la pide, de traer a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 22 de julio de 2009 bajo el radicado No. 17.552 y de hacer un breve recuento de los hechos probados en el proceso, concluye señalando que teniendo en cuenta que en el presente asunto el actor no demostró ni el cumplimiento de sus obligaciones, ni el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratante, ni mucho menos los costos y gastos en los que incurrió en la ejecución del contrato, las pretensiones de declaratoria de incumplimiento del contrato No. 5202809 de 2007 por parte de Ecopetrol S.A. se encontraban totalmente destinadas al fracaso.

Conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, era al actor a quién le correspondía acreditar en el presente asunto que sí había cumplido con sus obligaciones y como así no lo hizo, el Tribunal no podía suplir esa falencia probatoria.

Con fundamento en las anteriores consideraciones niega la pretensión relativa a la declaratoria de incumplimiento del contrato por Ecopetrol S.A. y en su lugar considera que debe preservarse la validez de las Resoluciones Nos. 03 del 3 de marzo de 2009, la No. 04 del 12 de mayo de 2009, mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la terminación anticipada del contrato No. 5202809 de 2007 y se confirmó dicha decisión; y de la No. 05 del 29 de octubre de 2009, a través de la cual se ordenó su liquidación unilateral.

Por último niega la pretensión relativa a la condena en costas.

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Para adoptar su decisión el Tribunal de primera instancia parte de la idea equivocada de considerar que fue el contratista quién incumplió el contrato, cuando fue Ecopetrol S.A. quien lo incumplió al producir cantidades inferiores de polietileno a las calculadas inicialmente en el pliego de condiciones y en el anexo No. 1 del contrato; y no tuvo en cuenta que la planta de producción se paralizó por causas imputables a esta.

El contratista no incumplió con su obligación de presentar los dos montacargas, pues estos se encontraban en las instalaciones de la entidad demandada y eran de propiedad de uno de sus funcionarios, así como tampoco con su obligación de empaque, pues al no producirse polietileno, mal podía exigírsele el empaque de algo que no existe.

Si bien en diversas oportunidades le pidió a la contratante que le informara si en vigencia del Contrato No. 5202809 de 2007 había suscrito otros contratos de empaque de polietileno, la accionada nunca le suministró esa información.

Para la fecha en la que se celebró el contrato la Entidad contratante no había designado un interventor y si bien informó que con posterioridad al 3 de febrero de 2008 suscribió un contrato con *“Alpopulara”* y otro con *“Carreño Mora”*, el primero de ellos correspondía al empaque de polietileno con ciertas especificaciones y el segundo al empaque de polietileno sin especificaciones.

Reitera que la accionada sólo le canceló la suma de $198´204.383,00, cuando el valor total del contrato se fijó en la suma de $505´572.140,00, que el contrato se suspendió por la paralización de la planta de producción de polietileno a partir del 23 de octubre hasta el 19 de enero de 2009, que el 3 de febrero de 2009 se negó a continuar con la ejecución de las obras y que Ecopetrol S.A. ordenó la terminación anticipada del contrato por la imposibilidad de producir polietileno en las cantidades calculadas inicialmente en el pliego de condiciones.

Por último, señala que el Tribunal no valoró algunas pruebas y no se allegaron otras solicitadas.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

**V. CONSIDERACIONES.**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Naturaleza Jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol- y el régimen aplicable a los actos y contratos celebrados por ésta; **2)** Regulación del incumplimiento contractual mediante la inclusión de cláusulas accidentales en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado; **3)** Naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de las denominadas cláusulas accidentales en los contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado; **4)** Noción y elementos de los actos administrativos; **5)** Efectos jurídicos e impugnación de los actos contractuales; **6)** El incumplimiento contractual; **7)** Validez del pacto de cláusulas de terminación unilateral en los contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado; **8)** Validez del pacto de cláusulas de liquidación unilateral en los contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado; **9)** Los hechos probados; **10)** La solución del caso concreto.

1. **Naturaleza jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol- y el régimen aplicable a los actos y contratos celebrados por ésta.**

A través de la Ley 165 del 27 de diciembre de 1948[[8]](#footnote-8) se autorizó al Gobierno Nacional para la creación de una Empresa Colombiana de Petróleos, en principio de carácter mixto, cuyo patrimonio contara con la participación de la nación y de capital privado nacional y extranjero, señalándose que de no ser ello posible se organizaría como empresa Oficial.

Posteriormente, mediante el Decreto 30 del 9 de enero de 1951[[9]](#footnote-9) el Gobierno la organizó como una empresa oficial con autonomía y personería jurídica que tendría a su cargo la concesión petrolera “*De Mares”*[[10]](#footnote-10), con sus oleoductos y demás instalaciones referentes a la explotación, refinación y transporte de petróleo y derivados que revertieron a la Nación[[11]](#footnote-11), iniciando así su intervención en la cadena de producción de petróleo, teniendo en cuenta que la exploración y explotación de ese producto se encontraba a cargo de compañías extranjeras, debido a la política estatal y a los altos costos y complejidad técnica inherentes a esta actividad

Mediante el Decreto 3211 del 9 de diciembre de 1959[[12]](#footnote-12) se reorganizó como una empresa de carácter industrial y comercial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, pudiendo actuar en su organización interna y en sus relaciones con terceros como sociedad comercial, siendo autónoma para realizar todos los actos, operaciones y contratos que desarrollaran su objeto, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado.

Por medio del Decreto No. 1760 del 26 de junio de 2003[[13]](#footnote-13), se ordenó la Escisión de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol- dando origen a la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia y aquella a su vez quedó organizada como sociedad pública por acciones, denominada Ecopetrol S.A., con capital 100% estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regida por sus propios estatutos.

Finalmente a través la Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006[[14]](#footnote-14), la Empresa Colombiana de Petróleos se organizó como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, de orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, también denominada Ecopetrol S.A. estableciéndose que a todos sus actos jurídicos, contratos y demás actuaciones encaminadas al desarrollo de su objeto social se les aplicaría de forma exclusiva las normas de derecho privado, con independencia del porcentaje de participación del estado en su capital social.

Ahora bien, en el presente asunto se encuentra que para la época en la que se celebró el contrato que dio lugar al presente litigio, esto es, el 3 de diciembre de 2007, la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A., ostentaba la naturaleza jurídica de Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial y que sus actos y contratos se rigen por las normas de derecho privado.

1. **Regulación del incumplimiento contractual mediante la inclusión de cláusulas accidentales en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado.**

Pues bien, tal cómo se señaló en líneas anteriores a los actos y contratos celebrados por Ecopetrol le son aplicables las normas de derecho privado, régimen que se funda primordialmente en la autonomía dispositiva o negocial, entendida ésta como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas para autoregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos.

De ésta forma se entiende que las partes en ejercicio de ese poder o facultad para autoregular sus intereses pueden a través de estipulaciones contractuales determinar el contenido, alcance y modalidad del contrato o negocio jurídico que van a celebrar, siempre y cuando éstas no vayan en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe, ni comporten el ejercicio abusivo de sus derechos.

Ahora bien cuando se habla de contenido del contrato se hace referencia a la forma, los términos o condiciones[[15]](#footnote-15) con los cuales las partes van a regular o disponer de sus intereses y, según lo establece el artículo 1501 del Código Civil, en ese contenido deben distinguirse las cosas o elementos que son de su esencia, los que son de su naturaleza y los que son puramente accidentales; entendiendo por esenciales aquellos sin los cuales el contrato o negocio jurídico no existe o degenera en otro, por naturales los que no siendo esenciales se entienden incorporados en él sin estipulación de las partes, y por accidentales aquellos que no siendo esenciales ni naturales, son incorporados por las partes a través de estipulaciones expresas.

Así pues, en los contratos del Estado que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o incluso sancionarlo.

Con otras palabras, resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público.

Ahora, sí esas estipulaciones no contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres, el principio de buena fe contractual y no comportan el ejercicio abusivo de un derecho, ellas rigen las relaciones derivadas del contrato y su ejercicio no es otra cosa que la utilización de una facultad contractual.

Por último, es de precisar en éste punto que teniendo en cuenta que la tipología de contratos que se viene analizando no se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 y que el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros, se funda primordialmente en la autonomía dispositiva, su inclusión no comporta el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común.

En efecto, resulta alejado de la realidad jurídica sostener que es ilegal la inclusión de tales cláusulas en un contrato del Estado que se rige por el derecho privado puesto que semejante aseveración no tiene en cuenta la elemental consideración, que es del ABC del derecho privado, que en este las partes pueden regular sus intereses como a bien lo tengan, eso sí, sin vulnerar las normas imperativas, las buenas costumbres, la buena fe y sin hacer un ejercicio abusivo del derecho.

Luego, como semejantes pactos no están prohibidos en el derecho privado, es corolario que pueden ser incluidos en los contratos del Estado que se rigen por este ordenamiento y, entonces, en estos casos, su ejercicio no implica el ejercicio de una potestad exorbitante del Estado sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual que de consuno y en pie de igualdad las partes admitieron que pudiera ser ejercida por alguna de ellas.

1. **Naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de las denominadas cláusulas accidentales en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado.**

El negocio jurídico es una manifestación o expresión de la voluntad encaminada indefectiblemente a la producción de unos efectos jurídicos previstos y queridos de antemano, esto es, para la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Con otras palabras, se trata de un acto humano voluntario y con efectos jurídicos, desplegado en ejercicio de la autonomía dispositiva, con el objeto de regular o disponer de los intereses.[[16]](#footnote-16)

Por su parte, los actos contractuales son todas aquellas manifestaciones o expresiones de la voluntad que se producen con ocasión del contrato y que se fundan preponderantemente en lo pactado.

Así por ejemplo, los actos que realiza una de las partes del contrato en ejercicio de facultades previamente convenidas, tales como las multas, la terminación unilateral y la liquidación unilateral, entre otras, se constituyen en meros actos contractuales, pues se originan en la autonomía dispositiva o negocial y no en una facultad legal y al pactarlas no se otorga a ninguna de ellas un poder excepcional al derecho común, teniendo en cuenta que *“su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial”[[17]](#footnote-17).*

En conclusión, la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos.

Así, los actos que se expiden en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado en ejercicio de las cláusulas accidentales a través de las cuales las partes convienen el ejercicio de facultades o figuras tales como las multas, la terminación o liquidación unilaterales, se constituyen en meros actos contractuales y su expedición por alguna de las partes no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos.

1. **Noción y elementos del acto administrativo.**

El Acto Administrativo se define como “*toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos[[18]](#footnote-18)”.*

Sus elementos se concretan en:

Es un acto positivo, una manifestación positiva expresa, concreta o específica de la administración.

Tiene un carácter unilateral, es decir, es una manifestación de voluntad unilateral de la administración donde no hay un consentimiento del administrado en su producción, y en la que en todo caso debe respetarse el derecho al debido proceso del destinatario.

Es una expresión de voluntad que se sujeta al principio de legalidad.

Esa manifestación de voluntad positiva y unilateral puede provenir tanto de los órganos que hacen parte del poder ejecutivo así como de aquellos que no siendo parte de ésta rama ejercen ése tipo de funciones.

El poder decisorio de la manifestación de voluntad, se concreta en la potencialidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas a partir de su contenido.

Al respecto se ha señalado que “*La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio.[[19]](#footnote-19)”*

Así, la declaración de voluntad indefectiblemente ha de estar encaminada a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, esto es, a la producción de efectos jurídicos o de lo contrario no podría ser considerado como un acto administrativo.

Ahora, los actos administrativos expedidos unilateralmente por alguna de las partes en la ejecución de un contrato estatal, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues tal como se señaló en líneas precedentes la expedición de aquellos se produce como consecuencia de las prerrogativas previamente dispuestas en la ley y, en cambio la emisión de los otros se funda en la autonomía dispositiva y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los actos que se expiden con fundamento en facultades otorgadas por las partes en el pacto negocial, cuyo régimen es el de derecho privado, se constituyen en meros actos contractuales, el control judicial que se realice de los mismos debe darse a través del análisis del comportamiento contractual, más no por vía de nulidad.

Es decir, cuando lo que se impugna es un acto contractual expedido por la entidad contratante en ejercicio de las facultades o mecanismos convenidos por las partes en ese determinado contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, la demanda no debe estar encaminada a que se declare la nulidad de ese acto, sino a que se analice si con su expedición la entidad incurrió en el incumplimiento de alguna de las prestaciones a su cargo, si vulneró alguna de las cláusulas negociales, o si violó normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe o implicó el ejercicio abusivo de su derecho.

Así lo ha precisado ésta Subsección al señalar:

*“(…) la demanda contra los actos contractuales proferido en ejercicio de sus facultades convencionales por una entidad pública que se rige por el derecho privado, debe incoarse por el incumplimiento del contrato y no por nulidad del acto, ya que con su expedición se habrá vulnerado una norma convencional que no legal, aunque la jurisdicción competente para conocer el ligio(sic) seguirá siendo la contenciosa administrativa, en atención a la naturaleza pública de la entidad contratante (criterio orgánico)”[[20]](#footnote-20).*

1. **Efectos jurídicos e impugnación de los actos contractuales**

Con otras palabras, el hecho de que en los casos en que el contrato del Estado se rige por las normas del derecho privado y que en desarrollo de aquel se produzcan actos unilaterales con fundamento en ejercicio de facultades convenidos por las partes, como por ejemplo la terminación unilateral o la imposición de una multa, tal como ocurre en teste caso concreto, no significa entonces que tales actos, por regirse por el derecho privado, carezcan de la posibilidad de ser reclamados o cuestionados ante la parte que los profirió o demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, como se trata de actos jurídicos, es decir de actuaciones que tienen repercusiones en el mundo del derecho y específicamente en el contrato, su impugnación, si es que el impugnante considera que no se ajustan al ordenamiento jurídico ni al contrato, puede hacerse directamente ante quien lo expidió para que lo reconsidere y se solucionen las diferencias, y, en últimas, si persiste la discrepancia sobre la juridicidad de lo actuado, ante la jurisdicción contencioso administrativa para que esta decida con autoridad de cosa juzgada sobre a quién le asiste la razón, sin que estas posibilidades les quiten el carácter de actos contractuales.

En síntesis, la posibilidad de redargüir actos relacionados con los contratos del Estado, no se restringe a los casos en que tales contratos se rijan por la Ley de contratación pública, pues también los actos contractuales relacionados con contratos del Estado que se rigen por el derecho privado, son cuestionables entre las partes, desde luego, y en últimas ante la jurisdicción contencioso administrativa.

1. **El incumplimiento contractual.**

En lo relativo al incumplimiento contractual ésta Subsección ha señalado con precisión:

*“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor sólo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.*

*No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”*

*En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.*

*Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”[[21]](#footnote-21) y esta situación, por regla general,[[22]](#footnote-22) no da lugar a la responsabilidad civil.[[23]](#footnote-23)*

*(…) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.*

*En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación”[[24]](#footnote-24).*

1. **Validez del pacto de cláusulas de terminación unilateral en los contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado.**

Si bien algunos autores señalan que la decisión de uno de los cocontratantes de dar por terminado unilateralmente un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, supone una ruptura de la igualdad, de la correlatividad o del equilibrio existente entre las partes, la Sala considera que dicha decisión *per se* no supone una desigualdad o privilegio a favor de una de ellas, pues la terminación unilateral no comporta necesariamente el beneficio exclusivo de la parte cumplida teniendo en cuenta que en algunos casos ésta también puede ver perjudicados sus intereses, sentirse frustrada porque el contrato no se llevó a feliz término y seguramente obligada a celebrar un nuevo negocio jurídico.

Por otro tanto, la parte incumplida no necesariamente puede verse perjudicada, sino que también puede resultar favorecida toda vez que se liberara de las prestaciones a su cargo o de ejecutar el objeto del contrato cuando éste sea de imposible cumplimiento.

Así las cosas, se ha admitido la posibilidad de que las partes en ejercicio del principio de autonomía dispositiva puedan proceder a pactar cláusulas de terminación unilateral en aquellos contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por supuesto, sin que ello comporte una ruptura de la igualdad, un desequilibrio en este tipo de relaciones negociales, así como tampoco que vaya en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, la buena fe contractual o comporte el ejercicio abusivo de un derecho.

Al respecto, ya ésta Subsección había señalado con precisión:

*“(…) aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica en el ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos, en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es el de la autónoma regulación de las relaciones negociables que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del Derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídicos.*

*Esta configura la diferencia básica y primordial frente a las llamadas clausulas excepcionales propias de la contratación pública, cuyo fundamento se haya básicamente en la prevalencia del interés colectivo de la administración, entre tanto que quienes se desempeñan al amparo del derecho privado ejercen la autonomía de su voluntad en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes*.

*Ahora, la viabilidad de estas estipulaciones es tan evidente, que a la luz del Derecho privado existen tipos contractuales que encuentran la fuente de la terminación unilateral por incumplimiento en las previsiones legales que gobiernan la materia. Tal es el caso, entre otros, de los contratos de compraventa (art. 1882 del C.C.)[[25]](#footnote-25), arrendamiento de cosas (arts. 1983[[26]](#footnote-26) y 1984[[27]](#footnote-27) del C.C.), contrato de suministro (art. 973 del C.Co.[[28]](#footnote-28)), agencia comercial (art. 1325 del C.Co.)[[29]](#footnote-29), mandato (art. 2185 del C.C.[[30]](#footnote-30) y 1279 del C.Co.[[31]](#footnote-31)) y cajillas de seguridad (art. 1420 del C.Co.[[32]](#footnote-32))[[33]](#footnote-33).*

*Ahora bien, lo propio ocurre en el derecho comparado donde la tendencia actual es la de ampliar el ámbito de aplicación de la terminación unilateral del contrato. Así por ejemplo países como Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca y Suiza, entre otros, prevén facultades de ruptura unilateral en caso de incumplimiento y los modernos códigos de Holanda, Brasil y Quebec son de la misma tendencia[[34]](#footnote-34).*

*La jurisprudencia francesa ha admitido la ruptura unilateral del contrato en ausencia de disposición legal o cláusula convencional, cuando el interés de uno de los contratantes lo exige urgentemente o por la preminencia del riesgo de incumplimiento[[35]](#footnote-35).*

*Del mismo modo los instrumentos de Derecho internacional prevén esta facultad. La Convención de Viena sobre compraventa internacional (artículos 49 a 64) autoriza a ambas partes para declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial; el artículo 7.3.1 de los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales da derecho a una parte para resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial y el artículo 9:304 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, sobre el “incumplimiento previsible”, señala que “[c]uando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato”*

*Entonces, si la ley nacional e internacional, civil y comercial, establecen la terminación unilateral por incumplimiento como un elemento natural de determinados contratos, ya sean estos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo; por qué no podrían contemplarla las partes como un elemento accidental de su negociación, que atienda el interés particular del contrato y de los intervinientes.*

*Por el contrario, la Sala considera absolutamente viable que los contratantes, en el ejercicio de su autonomía negocial y en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, establezcan cláusulas como la terminación unilateral del contrato, entre otras, para proveerlo de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial.*

*Sobre el particular la doctrina sostiene*

“En efecto, por medio de una cláusula es posible pactar que el incumplimiento de cualquiera de los contratantes generará la terminación de pleno derecho del contrato. O lo que es más exacto: que el incumplimiento de una de las partes facultará a la otra para dar por terminado el contrato. A estas cláusulas se les conoce comúnmente como cláusulas resolutorias expresas (…). La denominación “cláusula resolutoria” es apropiada puesto que el término “resolución”, en su acepción amplia, define la pérdida de efectos por incumplimiento de contratos tanto de tracto sucesivo como de ejecución instantánea, si bien en su acepción restringida se usa para referirse a estos últimos”[[36]](#footnote-36).

*Adicionalmente, para explicar la viabilidad del pacto de terminación unilateral deben preverse los efectos que de él se desprenden, pues además de las consecuencias que genere en cada caso concreto sobre el objeto contractual, este tipo de cláusulas, por regla general, permiten poner fin a un negocio que como corolario del incumplimiento grave ha sido desprovisto de utilidad, en razón a lo cual puede requerirse la celebración de un nuevo contrato a fin de alcanzar el objetivo económico esperado, lo que configura otro resultado favorable al interés negocial.*

*Adicionalmente el pacto de este tipo de estipulaciones, dentro de las cuales se encuentran la cláusula penal, la multa y las garantías de cumplimiento, actúan como mecanismo de presión en los contratantes que se verán impulsados a la debida ejecución de las obligaciones a su cargo y abren la puerta de la solución directa de los conflictos suscitados con ocasión del contrato, de manera que puede favorecer a la descongestión de la administración de justicia.*

*Dicho lo anterior, la Sala encuentra fundamento suficiente para la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por el derecho privado, por supuesto, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo, y no de poca importancia.*

*Sobre este aspecto, se encuentra que “en los sistemas jurídicos en los que se ha admitido que la resolución convencional de pleno derecho pueda operar sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, como es el caso en Francia, la jurisprudencia se muestra particularmente rigurosa cuando de poner en práctica la cláusula respectiva se trata. En primer término se exige absoluta precisión en su redacción, en el sentido de que ella no puede apuntar al incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato, lo que significa, según lo anotan Ghestin, Jamin y Billiau, “que el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que él engendra, a menos que hayan sido mencionadas en la cláusula[[37]](#footnote-37)”[[38]](#footnote-38).*

*Ahora bien, asimismo debe tenerse en cuenta que la parte que unilateralmente finaliza el contrato como consecuencia del incumplimiento puede verse sometida al control judicial, ya no para que el juez haga efectiva la cláusula sino para que verifique su correcta aplicación, evento en el cual corresponde al juzgador, en primer lugar, verificar si ha habido incumplimiento y, adicionalmente, que la consagración contractual estipule el rompimiento del contrato por dicho incumplimiento.*

*En este sentido se cita:*

*“La cláusula resolutoria le retira al juez su poder de apreciación. Pero el juez, en el estado actual del derecho, tiene una tarea doble que no se muestra a primera vista: verificar si ha habido incumplimiento e interpretar la cláusula. Se pregunta si, además, no tendría un poder moderador a propósito. Ante la demanda del deudor, luego de que el acreedor decidió romper el contrato, él verifica si hubo inejecución: es menester que se trate de una de las obligaciones previstas por la cláusula. El acreedor solamente puede proceder a esta ruptura unilateral cuando la cláusula se lo permite, lo que envuelve un problema de interpretación.*

*Y agregan:*

*La interpretación de las cláusulas resolutorias por la jurisprudencia es estricta y en ella impera un formalismo riguroso, a menudo ligado al automatismo de los efectos de la cláusula. Por ejemplo, si la cláusula se limita a prever “la resolución en caso de incumplimiento”, los tribunales deciden que ella es un mero reenvío al art. 1184 y no suprime la obligación de recurrir al juez, como tampoco la de constitución en mora. La cláusula que estipula la “resolución de pleno derecho” en caso de incumplimiento dispensa de tener que recurrir al juez, pero no de la constitución en mora para verificar la inejecución. La única cláusula que implica la resolución automática por el hecho del incumplimiento al vencimiento de un término es aquella que estipula la “resolución de pleno derecho sin requerimiento” en caso de inejecución luego del vencimiento del término[[39]](#footnote-39).*

*En segundo lugar, se hace un control estricto de la constitución en mora del deudor, tanto más en los casos en los que la ley exige un requerimiento especial[[40]](#footnote-40). En fin, los jueces ejercen un control estricto de la buena fe del acreedor, a pesar de que, como lo anotan Malaurie y Aynès,*

*“tradicionalmente, la cláusula resolutoria de pleno derecho excluye los poderes que el artículo 1184, inciso 3º confiere al juez, lo que ha implicado ciertos abusos. Por ejemplo, la resciliación de un arrendamiento comercial por una culpa mínima puede causar al arrendatario un perjuicio considerable. Algunos autores desearían la extensión a esta cláusula del poder moderador que el juez posee respecto de la cláusula penal. La jurisprudencia lo ha negado, salvo, con muchos rodeos y sobre todo en caso de mala fe del acreedor, cada vez más acogido, especialmente en la práctica arbitral de contratos internacionales”[[41]](#footnote-41).*

*Buena fe que debe ser entendida no solo en su manifestación pasiva de no abstenerse de ejecutar las propias obligaciones, sino en forma activa, lo que implica para el acreedor haber cooperado con el deudor en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de este. O, para decirlo con palabras de Ghestin, Jamin y Billiau, “el acreedor no debe simplemente cumplir de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuanto menos no haber provocado la inejecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento”[[42]](#footnote-42)”[[43]](#footnote-43)*

*Así las cosas, la estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado.*

*Asimismo, los contratos suscritos por entidades públicas o sociedades que actúen en el mercado sujetas al Derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración.*

*En síntesis, para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria”[[44]](#footnote-44).*

Es de precisar en éste punto que con independencia del nombre o denominación que las partes le den a una determinada facultad en el contrato, ello no modifica la naturaleza intrínseca de las mismas, ni los efectos jurídicos que se producen con ocasión de su ejercicio.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que las partes en ejercicio del principio de autonomía dispositiva, convienen en que una de las partes pueda darlo por terminado unilateralmente ante el incumplimiento de la otra, esa estipulación resulta válida, siempre y cuando no vaya en contra de las normas imperativas, las buenas costumbres, la buena fe contractual y no comporte un ejercicio abusivo del derecho.

1. **Validez del pacto de cláusulas de liquidación unilateral en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado.**

La liquidación de los contratos se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato[[45]](#footnote-45), mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “*dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”[[46]](#footnote-46)*

La liquidación unilateral en los contratos del Estado es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar[[47]](#footnote-47).

De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente siempre y cuando no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral.

Ahora, teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos del Estado se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes a través de los cuales se regula el ejercicio de esas potestades.

Así las cosas, si se entiende que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades excepcionales al derecho común, a fortiori nada impide que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, buenas costumbres, de la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho.

Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato de mutuo acuerdo, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo[[48]](#footnote-48), de las buenas costumbres, la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho.

Luego si lo que ocurre es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, las partes pactan la facultad de una de ellas para liquidar unilateralmente el contrato en caso de que no se haya podido intentar la liquidación bilateral, dicha cláusula resulta totalmente válida, así como también los diferentes actos contractuales que se expidan en su ejercicio, siempre y cuando no vaya en contra de normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho.

1. **Los hechos probados.**

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece que entre el demandante y la demandada se celebró por el sistema de precios unitarios el contrato No. 5202809 el 3 de diciembre de 2007, por virtud del cual aquel se obligó frente a ésta a prestar el servicio de empaque de polietileno en la bodega de la Gerencia complejo Barrancabermeja de Ecopetrol S.A, ubicada en Barrancabermeja (Santander) durante las vigencias de 2007, 2008 y 2009 (Fols. 50 a 63 del C. No. 1).

A través del **Anexo No. 3 relativo a las especificaciones técnicas y de alcance**, se estableció como una de las obligaciones a cargo del contratista, la de *“disponer de al menos dos montacargas eléctricos (dos (s) Hyster eléctrico), en perfecto estado para realizar la actividad de movimientos de producto parea(sic) el cargue de camiones y almacenamiento de producto. Siempre debe contarse con la disponibilidad de montacargas para las actividades que lo requieren y que son parte del alcance de este alcance(sic) técnico”* (Fol. 51 del C. anexo).

Mediante la **Cláusula Diecinueve** del documento de las **Condiciones Generales de Contratación** **(CGC)** de Ecopetrol se estableció:

“***CLAUSILA(SIC) 19-MULTAS***

***ECOPETROL*** *podrá imponer multas al* ***CONTRATISTA*** *en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que éste asume, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, si el apremio fuere pertinente y necesario a juicio de* ***ECOPETROL.***

*Dichas multas que serán por la suma indicada en la Minuta, se podrán imponer 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.*

***El CONTRATISTA*** *autoriza expresamente a* ***ECOPETROL*** *para descontar de los saldos a su favor, las multas a que hace referencia ésta cláusula.*

*Para la imposición de las multas bastará el informe del interventor del Contrato.*

*Por el pago de las multas no se entenderán extinguidas las obligaciones emanadas del Contrato, ni se eximirá al* ***CONTRATISTA*** *de la indemnización de los perjuicios correspondientes*

*(…)”* (Fol. 21 del C. anexo)

Por su parte, mediante la **Cláusula Veintiocho** del documento de las **Condiciones Generales de Contratación** **(CGC)** las partes convinieron:

*“****CLAUSULA 28 – TERMINACIÓN ANTICIPADA.***

(…)

***ECOPETROL*** *podrá declarar la terminación anticipada del Contrato a través de acto administrativo, en los siguientes eventos:*

1. *Cuando el* ***CONTRATISTA,*** *sin aducir causa que lo justifique, se abstenga de entregar a* ***ECOPETROL*** *los documentos requeridos para el cumplimiento de los requisitos legales de ejecución del Contrato, dentro del plazo establecido para ello.*

*(…)*

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

*4.Cuando el* ***CONTRATISTA*** *abandone o suspenda los trabajos y/o servicios y/o suministrados total o parcialmente, sin acuerdo o autorización previa y escrita de* ***ECOPETROL.***

*(…)*

1. *Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del* ***CONTRATISTA,*** *que afecten de manera grave el cumplimiento del* ***Contrato.***

***PARAGRAFO:*** *En todo caso, de acuerdo con la Ley 828 de 2003,* ***ECOPETROL*** *podrá declarar la caducidad del Contrato cuando se compruebe la evasión en el pago total o parcial de aportes por parte del* ***CONTRATISTA*** *durante la ejecución del Contrato frente a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar”* (Fol.23 del cdno, anexo)

En la **Cláusula Treinta y Seis** del documento de las **Condiciones Generales de Contratación** **(CGC)** se convino:

***“CLAUSULA 36 – LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO****.*

*Concluida la ejecución del Contrato o el plazo de ejecución del mismo, el interventor y el* ***CONTRATISTA*** *suscribirán el acta de terminación de la ejecución.*

*Las partes realizarán la liquidación de mutuo acuerdo del* ***Contrato*** *en el plazo señalado en éste clausulado general, salvo que en la minuta se establezca un plazo diferente.*

*La terminación del plazo de ejecución y la liquidación de mutuo acuerdo del* ***Contrato,*** *podrán constar en un único documento.*

*En caso de que el* ***CONTRATISTA*** *no concurra a la liquidación, o no haya acuerdo sobre el contenido de la misma dentro del término antes citado* ***ECOPETROL*** *podrá proceder a realizar la liquidación unilateral*” (*Fol. 24 del Cdno. Anexo).*

Como valor estimado del contrato se fijó la suma de $505´572.140,00, sin incluir el IVA, precisándose que el valor real sería la suma de los resultados que se obtuvieran de multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas por el contratista a satisfacción de Ecopetrol por los precios unitarios pactados para el respectivo ítem, consignados en el anexo 1(Fol. 50 del C. No. 1).

El término de duración del contrato se fijó en 670 días calendario o máximo hasta el 15 de diciembre de 2009 (Fol. 50 del C. No. 1), contados a partir de la suscripción del Acta de inicio de las obras, esto es, desde el 9 de enero de 2008 (Fols. 65 y 66 del C. No. 1).

A su vez, en esa misma **Cláusula No. 2** del contrato relativa al ***“PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO”***, se señaló:

“***El plazo de liquidación obra en las CGE, y es de 4 meses***” (Resaltado por fuera del texto) (Fol. 50 del C. No. 1).

 Mediante la **Cláusula No. 4º** se estableció que Ecopetrol le cancelaría al contratista el valor del contrato a través de pagos mensuales vencidos, previa radicación de la factura correspondiente (Fol. 51 del C. No. 1).

Por su parte, a través del **Parágrafo Segundo de la Cláusula No. 4º** las partes convinieron que los pagos parciales no implicaban el recibo a satisfacción de Ecopetrol de las actividades ejecutadas, de los bienes suministrados o de los productos entregados por el contratista, por lo que éste no se eximiría de su responsabilidad en cuanto a la calidad de estos o de cualquier otra obligación de tipo contractual (Fol. 53 del C. No. 1).

En la **Cláusula No. 5º Numeral 2** del contrato, el contratista se obligó a cancelar los salarios, las prestaciones sociales y las indemnizaciones de todo el personal que interviniera en la ejecución del contrato, así como también a allegar la documentación relativa a los respectivos pagos mensuales (Fol. 55 del C. No. 1).

Por último a través de la **Cláusula No.13** del contrato las partes convinieron:

“***13.******REMISIÓN A CONTENIDO DE LAS CGC***

*Teniendo en cuenta que ECOPETROL es una sociedad de economía mixta de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 1118 de 2006 y el régimen jurídico a aplicar es el derecho privado, se deja sin efecto las cláusulas excepcionales de Interpretación Unilateral, Modificación Unilateral, Terminación Unilateral y Caducidad estipuladas en las cláusulas 24,25,26 y 27 del capítulo séptimo (7) de las Condiciones Genéricas de la Contratación CGC que forman parte integral de éste documento”* (Fol. 63 del C. No. 1).

El plazo inicialmente convenido se suspendió a través del acta de suspensión de actividades del 15 de octubre de 2008 hasta que el contratista suministrara los 2 montacargas eléctricos en perfecto estado, con su respectivos conductores y la licencia para conducirlos (Fols. 203 y 204 del cdno. Anexo de la contestación de la demanda); del Acta No. 1 de suspensión del 1º de noviembre de 2008 (hasta el 15 de diciembre de 2008) (Fols. 205 a 208 del Cdno. Anexo); del acta de suspensión No. 2 del 16 de diciembre de 2008 (hasta el 29 de diciembre de 2008 (Fols. 209 a 212 del cdno. Anexo); y del acta de suspensión No. 3 del 30 de diciembre de 2008 (hasta el 8 de enero de 2009) (Fols. 70 a 73 del C. No. 1).

Por medio del oficio No. 232340 ECP-EFS-5202809-001C del 1º de julio de 2008 el interventor del contrato requiere al contratista para que dé cumplimiento a su obligación de disponer de al menos dos montacargas en perfecto estado, señalando que los suministrados por éste eran inadecuados y mantenían permanentemente por fuera de servicio, ocasionando represamiento en el sistema de empaque “y posible parada de planta por alto inventario de tolvas…” (Fols. 82 a 84 del C. Anexo).

A través del Oficio No. 232340 CIMP-MTTO 5202809-661-C-A el interventor requiere al contratista para que dé cumplimiento a su obligación de entregar la documentación relativa al pago quincenal de aportes parafiscales (Fols. 86 a 87 del C. Anexo).

Mediante comunicación del 29 de agosto de 2008 el interventor del contrato requiere nuevamente al contratista para que dé cumplimiento a los compromisos relativos a los montacargas y la entrega de documentación de pagos parafiscales, so pena de suspenderse el contrato (Fol. 98 del C. Anexo).

Luego de varias reuniones y requerimientos por medio de la Resolución No. 01 del 3º de septiembre de 2008 la contratante le impone al contratista una multa equivalente al 1% del valor total del contrato ($5´055.721,00) por el incumplimiento de su obligación de suministrar dos (2) montacargas y dos conductores con la respectiva licencia para conducir este tipo de automotores (Fols. 122 a 132 del C. Anexo).

Dicha Resolución se confirmó a través de la Resolución No. 02 del 16 de diciembre de 2008 (Fols. 213 a 226 del C. anexo).

Mediante la Resolución No. 03 del 13 de marzo de 2009 la demandada ordenó la terminación anticipada del contrato No. 5202809 al considerar que pese a las suspensiones y compromisos suscritos el contratista no había dado cumplimiento a sus obligaciones de mantener dos montacargas con sus respectivos conductores, de cancelar los aportes parafiscales y de entregar a la interventoría la documentación requerida (Fols. 313 a 327 del C. anexo).

 Dicha Resolución se confirmó a través de la Resolución No. 4 del 12 de mayo de 2009 (Fols. 302 a 309 del C. anexo).

Entre las partes se suscribieron las actas de pago parcial No. 1 del 19 de enero de 2008 por un valor de $11´902.198,00(Fols. 133 a 135 del C. anexo); la No. 2 del 14 de marzo de 2008 por un valor de $16´339.872,00 (Fols. 136 a 138 del C. anexo); la No. 3 del 8 de abril de 2008 por un valor de $18´860.453,00 (Fols. 139 a 141 del C. anexo); la No. 4 del 22 de mayo de 2008 por un valor de $24´315.480,00 (Fols. 136 a 138 del C. anexo); la No. 5 del 27 de junio de 2008 por un valor de $17´049.640,00 (Fols. 145 a 147 del C. anexo); la No. 6 del 14 de julio de 2008 por un valor de $17´123.503,00 (Fols. 149 a 151 del C. anexo); la No. 7 del 14 de agosto de 2008 por un valor de $505´572,140,00 (Fols. 152 a 155 del C. anexo); y la No. 8 del 12 de septiembre de 2008 por un valor de $505´572.140 (Fols. 156 a 159 del C. anexo).

Mediante el Oficio No. RRM-GRB-037152-2009-S del 24 de septiembre de 2004 el interventor del contrato le informa al contratista que teniendo en cuenta que la Resolución No. 04 del 12 de mayo de 2009, mediante la cual se confirmó la decisión de dar por terminado anticipadamente el contrato había sido notificada el 9 de junio de 2009, ya habían transcurrido 105 días sin que se hubiera presentado la documentación requerida para liquidarlo, le informa que el término para liquidarlo bilateralmente vencía el 8 de octubre siguiente y lo requiere para que arrime la respectiva documentación (Fols. 333 a 335 del C. No. 1).

El contratista no dio respuesta al Oficio referido, así como tampoco allegó al documentación requerida.

A través del Oficio No. RMM-GRB-038282-2009-S el interventor del contrato remite ante el contratista el proyecto de Acta de Liquidación de mutuo acuerdo del Contrato No. 5202809 para su revisión y presentación de los respectivos comentarios y observaciones, lo requiere para que allegue la documentación requerida y advierte:

*“(…) solicitamos a la firma ELIAS FRANCISCO SERPA TORRES que su pronunciamiento sobre el Proyecto de Acta de Liquidación de mutuo acuerdo del contrato No. 5202809 sea presentado con plazo hasta el 8 de Octubre de 2009, fecha en la cual finaliza el período para la liquidación de mutuo acuerdo del contrato”.* (Fols. 338 a 339 del C. No. 1).

En razón a que el contratista no dio respuesta alguna a los Oficios remitidos por el contratista para llevar a cabo la liquidación por mutuo acuerdo del contrato, mediante la Resolución No. 05 del 29 de octubre de 2009 la Entidad contratante, Ecopetrol ordenó la liquidación unilateral del contrato No. 5202809 en la que reconoció un saldo a favor del contratista equivalente a $17´463.200,00 (Fols. 100 a 106 del C. No. 1)

**10. La solución del caso concreto.**

* 1. En cuanto a la pretensión relativa a que se declare el incumplimiento del contrato No. 5202809 de 2007 por parte de Ecopetrol al ordenar la terminación anticipada del contrato, la Sala encuentra demostrado que fueron las mismas partes quienes en ejercicio de su autonomía negocial pactaron a través de la Cláusula 28 de las Condiciones Generales de Contratación la facultad para que ésta pudiera dar por terminado anticipadamente el contrato en aquellos eventos en los cuales el contratista incurriera en un incumplimiento de tal magnitud que dificultara o imposibilitara la ejecución del contrato, o cuando incumpliera con el pago de los aportes a la seguridad social, tal como en efecto ocurrió.

En efecto, de las pruebas documentales allegadas al plenario se logró acreditar de una parte, que el contratista no cumplió con su obligación de disponer de por lo menos dos (2) montacargas en perfecto Estado con sus respectivos operadores, circunstancia que estaba dificultando la carga y almacenamiento del producto de polietileno; y de otra que no estaba cancelando el aporte a la seguridad social de sus trabajadores.

Así las cosas, habiéndose demostrado el incumplimiento del contratista, era evidente entonces que la entidad contratante podía proceder a ordenar la terminación anticipada del contrato mediante un acto contractual en ejercicio, precisamente de esa facultad cuyo ejercicio había sido convenido por las mismas partes en el contrato con fundamento en su autonomía dispositiva o negocial.

Es de precisar en éste punto que lo que aquí la Sala denomina la facultad de terminación unilateral, las partes en el contrato la denominaron de terminación anticipada, cuyo ejercicio se encontraba plenamente regulado por ellas en el documento de Condiciones Generales de Contratación, que hacía parte integral del contrato No. 5202809 de 2007 por vía de lo dispuesto a través de su artículo 13.

Ahora, si bien las partes fueron claras al señalar que en la ejecución del contrato no resultaba procedente el ejercicio de facultades excepcionales tales como la de terminación unilateral, la de caducidad, la de interpretación y modificación unilaterales, por lo que convinieron dejar sin efecto alguno las cláusulas contenidas en el documento de las Condiciones Generales de Contratación que regulaban su ejercicio, la cláusula que regulaba el ejercicio de la facultad que las partes denominaron de terminación anticipada del contrato no era de aquellas que comportaban el ejercicio de una potestad excepcional, razón por la cual resultaba totalmente válido que la demandada procediera a declararla a través de un acto contractual.

En éste orden de ideas, teniendo en cuenta que la naturaleza del acto expedido por la demandada en ejercicio de la facultad de terminación anticipada del contrato, difiere de la naturaleza de aquellos actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, su impugnación sólo podía realizarse por vía del análisis del comportamiento contractual de las partes y no habiéndose demostrado que con la expedición de las Resoluciones Nos. 03 del 13 de marzo de 2009 y la No. 04 del 12 de mayo de 2009, la entidad incurrió en el incumplimiento de alguna de las obligaciones a su cargo, las pretensiones de declaratoria de incumplimiento por Ecopetrol se encuentran totalmente destinadas al fracaso.

* 1. En cuanto a las pretensiones relativas a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 01 del 30 de septiembre de 2008 y la No. 02 del 16 de diciembre de 2008, mediante las cuales Ecopetrol le impuso unas multas a la contratista, así como también de la Resolución No. 05 del 29 de octubre de 2009 a través de la cual se ordenó la liquidación unilateral del contrato, encuentra la Sala que también se encuentran destinadas al fracaso.

En efecto, se encontró demostrado que las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva, convinieron la facultad de que la entidad contratante pudiera imponer multas ante los incumplimientos en los que incurriera el contratista, así como también la facultad de liquidar unilateralmente el contrato en caso de no lograrse la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo del mismo.

Así, de las pruebas arrimadas al plenario se encontró demostrado que el contratista no cumplió con sus obligaciones de mantener disponibles dos (2) montacargas con sus respectivos operadores, así como tampoco canceló los aportes a seguridad social y salud de sus trabajadores, razón por la cual la entidad contratante procedió a imponerle una multa en ejercicio de una facultad que había sido pactada previamente por las partes en el contrato.

También se encuentra demostrado que luego de terminado el contrato la contratante requirió en diversas oportunidades al contratista para que acudiera a realizar la liquidación por mutuo acuerdo, requerimientos que no fueron atendidos por éste, razón por la cual Ecopetrol procedió a ordenar la liquidación unilateral del mismo en ejercicio de una facultad que había sido previamente convenida por las partes.

Así las cosas, y tal como se explicó en líneas precedentes dichos actos contractuales fueron expedidos en ejercicio de facultades que las mismas partes habían convenido en el contrato con fundamento en su autonomía dispositiva o negocial, razón por la cual no puede controlarse su legalidad por la vía de la nulidad de los actos administrativos, pues no lo son, sino mediante el análisis de estar ajustados a lo convenido, a las normas imperativas, a las buenas costumbres, a la buena fe y al ejercicio legítimo de ese derecho.

Ahora, teniendo en cuenta que el actor no logró acreditar en el presente asunto que con la expedición de los actos contractuales referidos, la entidad contratante incumplió con alguna de las prestaciones a su cargo, o vulneró alguna de las cláusulas negociales, las normas imperativas, las buenas costumbres o la buena fe contractual, sino que expidió dichos actos en cumplimiento de lo convenido en el contrato, la Sala considera que tales actos se ajustan a derecho.

Pero además bajo el entendido de que la liquidación unilateral es una facultad que no implica el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, resultaba totalmente válido que las partes, en ejercicio de su autonomía dispositiva, estipularan que la ahora demandada podía proceder a liquidarlo unilateralmente, ante la falta de acuerdo para hacerlo bilateralmente, pues tal acuerdo no transgredía normas de carácter imperativo, ni las buenas costumbres, ni el principio de buena fe contractual.

En conclusión, teniendo en cuenta que el ejercicio de las facultades de imposición de multas y de liquidación unilateral por parte de la entidad, podía convenirse en desarrollo del postulado de la autonomía dispositiva, que además su ejercicio se previó en el contrato y que dichas estipulaciones no comportan el ejercicio de potestades excepcionales al derecho común, ni la transgresión de una norma imperativa, es conclusión obligada que no son ilegales las previsiones en ese sentido de las Condiciones Generales de Contratación, ni las similares del contrato, ni los actos contractuales que con fundamento en esas estipulaciones se expidieron.

Y como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia la sentencia apelada deberá ser confirmada pero por las razones expuestas en el presente proveído.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada por las razones expuestas en ésta providencia.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado Magistrado**

**Aclaró voto**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Subsección C**

1. Folios 1 a 14 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 181 y 182 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 16, 17, 17ª y 17b del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 184 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 187 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 236 y 237 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 494 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. *“Por la cual se promueve la organización de una empresa colombiana de petróleos y se dictan otras disposiciones”,* Publicada en el Diario Oficial No. 26.904 del 28 de diciembre de 1948. [↑](#footnote-ref-8)
9. *“Por la cual se organiza la Empresa Colombiana de Petróleos”*, Publicada en el Diario Oficial No. 27.520 del 30 de enero de 1951. [↑](#footnote-ref-9)
10. Como desarrollo de la legislación vigente a principios de este siglo, en 1905 Don Roberto De Mares y el General Virgilio Barco obtuvieron del Gobierno Nacional las concesiones localizadas en Santander – Área de Barrancabermeja – y en Norte de Santander – Área de Tibú – en cercanías de Cúcuta. Por problemas tecnológicos y financieros, se efectuaron los traspasos de estas concesiones a empresas extranjeras, y comenzó efectivamente la explotación y refinación de petróleo de la concesión De Mares a partir del 25 de agosto de 1921, por parte del Tropical Oil Company, y para la concesión barco, la explotación comercial se inició a partir del 20 de junio de 1931 por parte de la Colombian Petroleum Company (COLPET) y South American Gas Oil Company (SAGOC). En los contratos de concesión así negociados se determinó una política de precios de crudos con destino a la refinación interna referidos a los mercados de Nueva York, el primero, y de Puerto Arturo (Texas), el segundo, para crudos de características físico-químicas similares. Desde la suscripción de estos contratos hasta la reversión de De Mares, que condujo a la creación de la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL), se otorgaron otras varias concesiones de las cuales sólo resultaron comercialmente explotables la concesión dada a la Shell Cóndor S.A. en las áreas de Casabe y Yondó en Antioquia, y la concesión. El difícil en el Departamento del Magdalena, que inicialmente fue productora de crudo y hoy es solamente de gas natural. Los contratos de concesión antes relacionados revirtieron a la Nación y produjeron hasta el momento de la reversión un total de 852 millones de barriles de petróleo y 923 giga pies cúbicos de gas. [↑](#footnote-ref-10)
11. A raíz de la reversión de la concesión De Mares, se expidió el Decreto 030 del 9 de enero de 1951, organizando la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol -, con capital totalmente estatal. Ecopetrol ha tenido y tiene objetivos muy claros: exploración y explotación de las reservas nacionales de hidrocarburos y suministro oportuno a la sociedad colombiana de la energía derivada del petróleo. [↑](#footnote-ref-11)
12. *“Por el cual se dictan las normas de reorganización de la Empresa Colombiana de Petróleos”,* Publicada en el Diario Oficial No. 30.133 del 29 de diciembre de 1959

Para ésa fecha Ecopetrol tenía a su cargo las siguientes funciones a saber: a) administrar, explotar y manejar los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimientos, y en general todos aquellos bienes muebles e inmuebles que constituyen su patrimonio; b). Constituir y organizar, cuando la Junta de Directores lo estime conveniente, con la participación del capital privado, sociedades comerciales que tengan por objeto el transporte y distribución de combustibles en el país, o cualquier otra actividad que se relacione con el aprovechamiento de los hidrocarburos y sus derivados; sociedades estas que quedaban sometidas al derecho común sin que pudieran gozar de exención o privilegio alguno; y c). Ejecutar todas las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas y celebrar toda clase de negocios en conexión con tales actividades o todos los actos, operaciones y contratos que convengan a tales fines. [↑](#footnote-ref-12)
13. *“Por la cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Sociedad Promotora de energía de Colombia S.A.”,* Publicada en el Diario Oficial No. 45.230 del 26 de junio de 2003. [↑](#footnote-ref-13)
14. *“Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”,* Publicado en el Diario Oficial No. 46.494 del 27 de diciembre de 2006. [↑](#footnote-ref-14)
15. Hinestrosa Fernando en “*Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen II”*, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 113 Y 114. [↑](#footnote-ref-15)
16. Hinestrosa Fernando en “*Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen I”*, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 65 y 66, 103 y 104. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de febrero de 2017, Expediente 56.562. [↑](#footnote-ref-17)
18. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II “Acto Administrativo”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 131. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ibidem, Págs. 132 a 136 [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de febrero de 2017, Expediente 56.562. [↑](#footnote-ref-20)
21. F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237 [↑](#footnote-ref-21)
22. Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil [↑](#footnote-ref-22)
23. Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 22831, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809, entre otras. [↑](#footnote-ref-24)
25. Art. 1882. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículo 1983. Desistimiento del contrato por incumplimiento en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículo 1984. Mora en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicio.

Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-27)
28. Art. 973. El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos (Original del fallo que se cita).

En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-28)
29. Artículo 1325. Justas causas para dar por terminado el mandato. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1) Por parte del empresario:

a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;

b) Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;

c) La quiebra o insolvencia del agente, y

d) La liquidación o terminación de actividades;

2) Por parte del agente:

a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;

b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;

c) La quiebra o insolvencia del empresario, y

d) La terminación de actividades (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-29)
30. Artículo 2185. Desistimiento por incumplimiento del mandante. El mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo(Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-30)
31. Artículo 1279. Revocación total o parcial del mandato. El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-31)
32. Artículo 1420. Efectos de la mora en el pago. La mora en el pago del precio en la forma convenida, dará lugar la terminación del contrato, quince días después de ser exigido por escrito su cumplimiento por el banco (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-32)
33. MOLINA MORALES Ranfer, La Terminación Unilateral del Contrato por Incumplimiento – Revista de Derecho Privado No. 17-2009 Universidad Externado de Colombia, pág. 80-88 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-33)
34. MOLINA MORALES Ranfer, con cita de Christophe Paulin. La clause résolutoire, París, lgdj, 1996, 6 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-34)
35. MOLINA MORALES Ranfer, con cita de Cécile Chabas. L´inexecution licite du contrat, París, lgdj, 2002, 158: “La gravedad del comportamiento de una de las partes puede justificar que la otra parte ponga fin de manera unilateral al contrato por su cuenta y riesgo (á ses risques et périls), un derecho de hacerse justicia y de defenderse a posteriori. El derecho positivo permite en efecto algunas veces a una de las partes prevenir la ocurrencia de un daño o anticiparse al comportamiento de su contratante. La ruptura es necesaria. No se trata de hacerse justicia puesto que ninguna falta ha sido todavía cometida” (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-35)
36. MOLINA MORALES Ranfer, artículo citado, pág. 88 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-36)
37. Ghestin, Jamin, Billiau, Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les effets du contrat, l.g.d.j., 3e édition, Paris, 2001, p. 659 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-37)
38. NAVIA ARROLLO Felipe, artículo citado, Pag. 56 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-38)
39. Ph. Malaurie y L. Aynès, Cours de Droit Civil. Les Obligations, Éditions Cujas, Paris, 1999, p. 440 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-39)
40. Cfr. Ghestin, Jamin, Billiau, cit., p. 661; y, Ch. Larroumet, Teoría general del contrato (trad. Jorge Guerrero), Editorial Temis, Bogotá, 1993, t. ii., p. 162 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-40)
41. Ph. Malaurie y L. Aynès cit., pp. 440- 441 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-41)
42. Ghestin, Jamin, Billiau, cit., p. 664 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-42)
43. NAVIA ARROLLO Felipe, artículo citado, pág. 57-58 (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 17 de agosto de 2016, Expediente 41.783. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 16.293. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ibídem. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.239. [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 17 de octubre de 2012, Expediente: 22.220. [↑](#footnote-ref-48)