

COMPETENCIA ECOPETROL – Expedición de actos administrativos

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia por razones diferentes a las expuestas por el tribunal. De conformidad con el régimen jurídico que rige sus contratos, Ecopetrol no tiene la facultad para expedir actos administrativos, razón por la cual los oficios mediante los cuales le comunicó al contratista la aplicación de los descuentos de apremio, la terminación del contrato y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria no tienen tal condición. Son determinaciones unilaterales adoptadas en desarrollo de estipulaciones contractuales.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Ecopetrol – declaratoria unilateral – Competencia

Ecopetrol tenía la facultad contractual de declarar unilateralmente los incumplimientos, realizarle al contratista los descuentos de apremio, e imponerle la cláusula penal; y tenía el derecho de acudir a la jurisdicción con el objeto de obtener una decisión judicial que le permitiera hacer efectivos sus derechos. Esa pretensión es procedente en la medida en que está demostrado que las potestades contractuales se ejercieron adecuadamente. Se acreditó que efectivamente el contratista incumplió sus obligaciones y tanto la cláusula de apremio como la penal fueron impuestas teniendo en cuenta lo pactado; y se acreditó que la póliza amparaba la cláusula penal. Por el contrario, los incumplimientos que el contratista le imputó a Ecopetrol no tienen respaldo probatorio en el expediente. El contratista no acreditó que contara con los equipos requeridos para ejecutar el contrato, y el cumplimiento de estas obligaciones no dependían del cumplimiento de obligaciones a cargo de Ecopetrol, ya que de conformidad con los anexos del contrato no se requería que la contratante solicitara servicios o informara el plan de trabajos para exigir que la contratista contara con los equipos requeridos a partir del acta de inicio.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Controversias contractuales – Ley 1437 de 2011
Radicación: 25000-23-36-000-2018-00520-01 (67187)
Demandante: Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL S.A.-
Demandados: Seguros del Estado S.A. y otros

Tema: Ecopetrol no tiene la facultad para expedir actos administrativos en el ejercicio de la actividad contractual; la aplicación de los descuentos de apremio, la terminación del contrato y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria por decisión unilateral de la entidad, se sustentaron en estipulaciones contractuales, sin que esté demostrado que fueron aplicadas indebidamente. Por el contrario, se demostró que la contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones y que dicho incumplimiento no fue causado por el incumplimiento de Ecopetrol. Por tal razón era procedente la declaratoria de siniestro y la inclusión en la liquidación de los valores contractualmente pactados como apremio y cláusula penal, que fue lo que dispuso el tribunal en la sentencia de primera instancia, la cual se confirma por las razones anteriores.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos por Power Petroleum International Co. Limited Colombia y Seguros del Estado S.A. contra la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de agosto de 2020, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal y negó las pretensiones de la demanda de reconvencción. La parte resolutive de la sentencia es del siguiente tenor:

<< Primero: Negar las pretensiones principales y consecuenciales de la demanda principal, relacionadas con: a) hacer efectivo el descuento como apremio; b) declarar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; y c) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, porque Ecopetrol S.A., mediante los actos administrativos del 3 y 23 de septiembre de 2016, declaró –entre otras– el incumplimiento de las obligaciones a cargo de Power Petroleum Internacional Co Limited Colombia.

Segundo: Declarar la ocurrencia del siniestro de cumplimiento del contrato UCN-UP-179 del 25 de mayo de 2014, asegurado mediante la póliza 21-44101224816 del 16 de junio de 2016, expedida por Seguros del Estado S.A., por la suma de mil seiscientos setenta y tres millones doscientos mil pesos MCTE (\$1.673.200.000.00), de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



Tercero: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a Seguros del Estado S.A. a pagar a Ecopetrol S.A. la suma de mil seiscientos setenta y tres millones doscientos mil pesos MCTE (\$1.673.200.000.00), de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Liquidar judicialmente el contrato UCN-UP 179 del 25 de mayo de 2014, en el sentido que, Power Petroleum Internacional CO Limited Colombia le debe a Ecopetrol S.A. la suma de mil setecientos cincuenta y siete millones doscientos mil pesos (\$1.757.200.000), por los siguientes conceptos: a) descuento como apremio la suma de ochenta y cuatro millones de pesos (\$84.000.000); y, b) cláusula penal pecuniaria la suma de mil seiscientos setenta y tres millones doscientos mil pesos MCTE (\$1.673.200.000.00).

Quinto; En la demanda principal se fijan agencias de derecho a favor de Ecopetrol S.A. en la suma de diecisiete millones quinientos mil pesos (\$17.500.000), las cuales deberá pagar Power Petroleum Internacional Co Limited Colombia, una vez quede ejecutoriada esta providencia.

Sexto. En la demanda principal, se fijan agencias en derecho a favor de Ecopetrol en la suma de diecisiete millones quinientos mil pesos (\$17.500.000), las cuales deberá pagar Seguros del Estado una vez quede ejecutoriada esta providencia.

Séptimo: Negar las pretensiones de la demanda de reconvención, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Octavo: En la demanda de reconvención, se fijan agencias en derecho a favor de Ecopetrol S.A. en la suma de treinta y cinco millones de pesos (\$35.000.000), los cuales deberá pagar Power Petroleum Internacional Co Limited Colombia, una vez, ejecutoriada esta providencia.

(...)>>.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA. A su vez, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón de la cuantía, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 152 del mismo código.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 18 de agosto de 2021. En el auto del 13 de mayo de 2022 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. Las partes presentaron alegatos en término. El Ministerio Público guardó silencio.

I. ANTECEDENTES

A.- Demanda principal

1.- El 25 de mayo de 2018 la Empresa Colombiana de Petroleos S.A.- Ecopetrol S.A. (en adelante, <<Ecopetrol>> o la <<Contratante>>) presentó demanda de controversias contractuales contra Power Petroleum Internacional Co. Limited Colombia (en adelante, la <<contratista>> o <<Power Petroleum) y Seguros del



Estado S.A. (en adelante, la <<aseguradora>>), en la que solicitó que se declarara el incumplimiento del contrato UCN-UP-179, se hicieran efectivas las cláusulas de apremio y penal pecuniaria, se liquidara el contrato, y se declarara la ocurrencia del siniestro y la efectividad de la póliza de cumplimiento. Formuló las siguientes pretensiones:

<<1. Que se liquide el contrato No. UCN-IP-179, suscrito entre Ecopetrol S.A. y la empresa Power Petroleum International Co. Limited Colombia celebrado el 25 de mayo de 2016.

2. Declarar el incumplimiento del contrato UCN- IP-179 por parte de Power Petroleum International Co. Limited Colombia, cuyo objeto fue: “Servicio de control de sólidos y los procesos de manejo tratamiento reutilización y disposición final de fluidos residuales y cortes base agua tratamiento de fluidos y recolección de cortes base aceite monitoreo y control ambiental durante la perforación terminación y completamiento de pozos petroleros en el territorio nacional”.

3. Que se declare la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza No. 21-44-101224816 seguro de cumplimiento a favor de las entidades estatales (garantía única) emitida por Seguros del Estado S.A., tomada por la sociedad Power Petroleum International Co Limited Colombia con Nit. 900470542-0, cuyo beneficiario y/o asegurado es Ecopetrol S.A., con Nit. 8999990681, en virtud del incumplimiento del contrato No. UCN-UP-179 cuyo objeto fue definido por las partes en la cláusula primera.- objeto del contrato en mención.

4. Como consecuencia de la declaración de incumplimiento por parte de Power Petroleum International Co. Limited Colombia se ordene el pago a Ecopetrol S.A.. correspondiente al valor de la cláusula décimo octava- descuentos como apremio por la suma de ochenta y cuatro millones de pesos colombianos (\$84.000.000), esta suma debe ser indexada y se deberán reconocer intereses a la máxima tasa permitida por la Superintendencia Financiera.

5. Como consecuencia de la declaración de incumplimiento por parte de Power Petroleum International Co. Limited Colombia se ordene el pago a Ecopetrol S.A., correspondiente al valor de la cláusula décimo novena- cláusula penal por la suma de mil seiscientos setenta y tres millones doscientos mil pesos MCTE (\$1.673.200.000.00), esta suma deberá ser indexada y se deberán reconocer intereses a la máxima tasa permitida por la Superintendencia Financiera.

6. Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento por parte del tomador Power Petroleum International Co. Limited Colombia, y en la diferencia del valor correspondiente al valor total de la cláusula décimo novena- cláusula penal, se condene también a Seguros del Estado S.A., a pagarle a Ecopetrol S.A., en calidad de beneficiaria del seguro de cumplimiento del contrato a favor de entidad estatal No. 21-44-101224816, el amparo correspondiente al cumplimiento del contrato No. UCN- UP-179, por un valor de mil seiscientos setenta y tres millones doscientos mil pesos MCTE (\$1.673.200.000.00), a título de indemnización, junto con el interés moratorio liquidado hasta la fecha del pago, certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera de Colombia, aumentado en la mitad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio, en virtud de la formalización de reclamos presentados por Ecopetrol S.A.

7. Que se condene en costas del proceso a la parte demandada, Power Petroleum International Co. Limited Colombia y Seguros del Estado S.A.>>



2.- La demanda principal se fundamentó en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 25 de mayo de 2016 Ecopetrol y Power Petroleum celebraron el contrato UCN- UP-179 cuyo objeto correspondió al <<Servicio de control de sólidos y los procesos de manejo tratamiento reutilización y disposición final de fluidos residuales y cortes base agua tratamiento de fluidos y recolección de cortes base aceite monitoreo y control ambiental durante la perforación, terminación y completamiento de pozos petroleros en el territorio nacional>>. El plazo del contrato vencía el 31 de diciembre de 2017 y su valor era indeterminado, pues se pactó por el sistema de precios unitarios.

2.2.- El 21 de junio de 2016 Ecopetrol realizó visita de inspección previa a la firma del acta de inicio; esta visita tenía por finalidad establecer si la contratista contaba con los equipos requeridos para la ejecución del contrato. En la referida inspección se encontró que la contratista contaba con algunos de los equipos, y que estos tenían en el logo de otra empresa, denominada HOLSAN. Por lo anterior, Ecopetrol solicitó a la contratista presentar físicamente los equipos para la ejecución del contrato y allegar el listado de los mismos con su número de serie y hoja de mantenimiento.

2.3.- El 8 de julio de 2016 se suscribió el acta de inicio del contrato. A partir de esa fecha, la contratista debía cumplir con los requisitos previstos para el inicio de operaciones. Dentro de los referidos requisitos tenía la obligación de contar con el personal mínimo y los equipos descritos en los anexos 5 y 7 del contrato, los cuales correspondían a los necesarios para afrontar 5 frentes de trabajo, así como de demostrar la propiedad de dos sets completos de dichos equipos.

2.4.- Para la fecha de suscripción del acta de inicio la contratista no contaba con los dos sets de equipos de su propiedad ni tenía la capacidad para afrontar los cinco frentes de trabajo, lo que constituía un incumplimiento de sus obligaciones.

2.5.- El 13 de julio de 2016 la contratista solicitó a Ecopetrol programar una nueva inspección para verificar la disponibilidad de los equipos. La visita se realizó el 19 de julio de 2016, y en ella la contratista entregó una serie de documentos y mostró algunos equipos. Como resultado de la visita, la interventoría de Ecopetrol señaló que, con la información entregada, se demostraba que la contratista no contaba con los equipos para afrontar un frente completo de trabajo, como lo exigía el anexo 5 del contrato, ni tenía la propiedad de los equipos requeridos en el anexo 7.

2.6.- Mediante comunicación del 22 de julio de 2016 la contratista pretendió dar cumplimiento al requerimiento de propiedad de dos sets de equipos prevista en el anexo 7; para tal fin, allegó copia simple de contratos de adquisición de equipos con su traducción.



2.7.- En concepto de Ecopetrol, dichos documentos no acreditaban la propiedad de los equipos ni relacionaban la totalidad de estos; especialmente, demostraban que la contratista no contaba con las centrífugas requeridas para ejecutar el contrato. El 29 de julio de 2016 Ecopetrol informó a la contratista la necesidad de allegar la traducción oficial de los documentos entregados, los cuales venían en mandarín.

2.8.- En comunicación del 10 de agosto de 2016 la contratista allegó oficio en el que informó a Ecopetrol que los documentos se encontraban en el proceso de traducción y que tenía la propiedad de dos sets completos de equipos como lo exigían los anexos 5 y 7 del contrato.

2.9.- En virtud de la falta de entrega de los documentos y la acreditación del cumplimiento de los requerimientos contractuales, mediante comunicación del 16 de agosto de 2016 Ecopetrol notificó a la contratista el incumplimiento de sus obligaciones e inició el procedimiento para aplicación de la cláusula de descuentos como apremio.

2.10.- El 19 de agosto de 2016 la contratista allegó respuesta a la comunicación de incumplimiento; manifestó que contaba con los equipos requeridos para el contrato y allegó como soporte un contrato de compraventa de equipos suscrito por Holsan S.A.S.

2.11.- En relación con la respuesta dada, Ecopetrol indicó que no podía dar por cumplidas las obligaciones del contrato con una autocertificación. En cuanto a los equipos objeto de compraventa, le puso de presente que la empresa Holsan, en reorganización, informó que dicho contrato no se había perfeccionado, pues Power Petroleum no presentó solicitud de compra de los dos sets, requisito necesario para que el mismo se concretara y se ejecutara.

2.12.- Mediante oficio del 7 de septiembre de 2016 Ecopetrol informó a la contratista que realizaría descuento por apremio por valor de ochenta y cuatro millones de pesos (\$84.000.000). El 12 de septiembre de 2016 la contratista se pronunció sobre la imposición de la cláusula de apremio; señaló que se había aplicado de forma errada, pues Ecopetrol no había tenido en cuenta que al firmar el acta de inicio se entendía que la empresa contaba con los equipos suficientes para iniciar el contrato. Además, indicó que la contratante no valoró que los equipos se requerían para iniciar las labores contratadas, lo que no se había dado porque Ecopetrol no había comunicado el plan de trabajos.

2.13.- El 20 de septiembre de 2016 Ecopetrol señaló a la contratista que la suscripción del acta de inicio no implicaba aceptación de que se contara con los equipos requeridos para ejecutar el contrato. Además, indicó que, a partir de la referida acta, la obligación de contar con los equipos previstos en los anexos 5 y 7 del contrato era exigible. En la misma comunicación manifestó que se



encontraba incumplida la obligación de presentación de las pólizas exigidas para el contrato.

2.14.- El 23 de septiembre de 2016 Ecopetrol comunicó a la contratista que, en virtud de su incumplimiento comprobado, se procedía a dar aplicación a la cláusula vigésimo cuarta del contrato, en la que se preveía la terminación anticipada, por lo que se debía proceder a la liquidación del mismo. También señaló que, en virtud del incumplimiento, se haría aplicable la cláusula penal pecuniaria prevista en la cláusula décimo novena por un valor de mil seiscientos setenta y tres millones doscientos mil pesos MCTE (\$1.673.200.000.00).

2.15.- El 21 de abril de 2017 la contratista solicitó la reducción de la cláusula penal, petición que fue negada por Ecopetrol. El 28 de abril de 2017 la contratista informó que no suscribiría el acta de liquidación bilateral.

B.- Contestaciones a la demanda principal

3.- Power Petroleum contestó la demanda principal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Presentó los siguientes argumentos de defensa:

3.1.- Alegó la excepción de contrato no cumplido. Sostuvo que la obligación de disponibilidad de los equipos solo era exigible a partir del momento en que la contratante definiera en qué lugar se daría la ejecución de los frentes de trabajo, lo cual no se efectuó. En consecuencia, ante dicha indeterminación, no podía existir incumplimiento por parte de la contratista.

3.2.- Indicó que, de conformidad con el anexo 7 del contrato, la contratista no estaba obligada a asumir más de cinco frentes de trabajo de manera simultánea, y que era obligación de Ecopetrol solicitar los servicios.

3.3.- Indicó que los equipos tenían que estar disponibles cinco días después de la firma del acta de inicio, y no antes, como pretendió Ecopetrol en las visitas previas a la suscripción de la referida acta.

3.4.- En relación con la obligación de acreditar la propiedad de dos sets de equipos, el contrato no definía un plazo de cumplimiento para ello y, por lo tanto, no era posible predicar su exigibilidad.

3.5.- Ecopetrol no tuvo en cuenta que los equipos eran bienes muebles, por lo que su propiedad se acreditaba con la mera posesión, que fue comprobada al momento de las inspecciones realizadas por la interventoría. Además, se allegaron las facturas de venta, lo que demuestra que los dos sets sí eran de su propiedad.

3.6.- Para la ejecución del contrato se requería que Ecopetrol notificara a la contratista el plan de trabajos de perforación, lo que no se hizo. Entonces, al no



darse cumplimiento a dicha obligación, la contratista no podía estar en mora de contar con los equipos exigidos por los anexos 5 y 7.

3.7.- El contrato se terminó por un incumplimiento que no afectaba el objeto del mismo, por cuanto la propiedad de los sets de equipos en nada interfería con la posibilidad de que el contrato se ejecutara.

4.- Seguros del Estado se opuso a las pretensiones. Adujo la excepción de contrato no cumplido porque Ecopetrol no informó el plan de perforación. Adicionalmente, señaló que si se llegaba a demostrar la ocurrencia de un incumplimiento de las obligaciones de la contratista antes del inicio del contrato, ello constituye una culpa grave, y por lo tanto, un acto inasegurable, de conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio.

C. Demanda de reconvencción

5.- El 19 de septiembre de 2018 Power Petroleum presentó demanda de reconvencción contra Ecopetrol, en la cual solicitó la declaratoria de incumplimiento y la imposición de la cláusula penal pecuniaria del contrato UCN-UP-179. Formuló las siguientes pretensiones:

<<1.1. Declarar el incumplimiento del contrato No. UCN-UP-79 por parte de Ecopetrol S.A., cuyo objeto fue: “Servicio de control de sólidos y los procesos de manejo tratamiento reutilización y disposición final de fluidos residuales y cortes base agua tratamiento de fluidos y recolección de cortes base aceite monitoreo y control ambiental durante la perforación terminación y completamiento de pozos petroleros en el territorio nacional”.

1.2. Como consecuencia del incumplimiento por parte de Ecopetrol S.A., se declare la terminación del contrato y se ordene el pago a Power Petroleum International Co. Limited Colombia, correspondiente al valor de la cláusula décimo novena- cláusula penal, por la suma de mil seiscientos setenta y tres millones doscientos mil pesos MCTE (\$1.673.200.000.00).

1.3. Que se condene en costas del proces a la parte demandada>>.

6.- La demanda de reconvencción se fundamentó en los siguientes supuestos fácticos:

6.1.- De conformidad con el anexo 7 del contrato, Ecopetrol tenía la obligación de solicitar los servicios contratados para que surgiera la obligación de la contratista de acreditar la propiedad de los dos sets de equipos y la capacidad de trabajar en los cinco frentes de trabajo de manera simultánea.

6.2.- Ecopetrol no solicitó los servicios ni comunicó a la contratista el plan de trabajos, lo que constituyó un incumplimiento contractual que impidió a Power Petroleum cumplir sus obligaciones.



6.3.- Power Petroleum acreditó la propiedad de los dos sets de equipos, los cuales fueron originalmente adquiridos a la empresa Holsan S.A.S; sin embargo, ante la falta de definición por parte de Ecopetrol respecto de los frentes de trabajo, la contratista no ejerció la opción de compra. No obstante lo anterior, el 26 de septiembre de 2016 la contratista informó a Ecopetrol sobre la compra de los dos sets de equipos a las empresas Shelter Andinos S.A. y Desarrollo S.A.S. y allegó las correspondientes facturas para demostrarla.

6.4.- La contratista certificó en diversas ocasiones su capacidad de asumir los cinco frentes de obra de manera simultánea; sin embargo, Ecopetrol nunca le solicitó los servicios contratados ni le informó el plan de trabajos.

6.5.- Ecopetrol terminó el contrato pese a que no se presentó un incumplimiento que afectara gravemente su ejecución y sin tener en cuenta que era dicha empresa la que había incumplido sus obligaciones.

D.- Contestación a la demanda de reconvención

7.- Ecopetrol contestó la demanda de reconvención y se opuso a las pretensiones. Presentó los siguientes argumentos:

7.1.- No es cierto que la disponibilidad de los equipos para afrontar cinco frentes y la propiedad de los dos sets de equipos estuvieran condicionadas a que Ecopetrol señalara cuáles eran los frentes en los que se adelantaría la ejecución del contrato.

7.2.- Contrario a lo señalado por el demandante en reconvención, la falta de los equipos sí era un incumplimiento que daba lugar a aplicar la cláusula de terminación.

7.3.- El contratista no acreditó la propiedad de los dos sets de equipos; no es cierto que en las visitas se hubiese corroborado que tenía su posesión ni que se hubiesen adquirido antes de la terminación del contrato.

E.- Sentencia recurrida

8.- En sentencia del 27 de agosto de 2020, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal y negó las pretensiones de la demanda de reconvención con base en las siguientes consideraciones:

8.1.- Los contratos celebrados por Ecopetrol se rigen por el derecho privado; sin embargo, por tratarse de una entidad estatal, tiene la facultad de expedir actos administrativos en ejercicio de la actividad contractual.



8.2.- Por lo anterior, las comunicaciones por medio de las cuales Ecopetrol hizo uso de la cláusula de apremio, terminó unilateralmente el contrato, e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, son actos administrativos: son decisiones en firme, que no requieren refrendación judicial.

8.3.- Con fundamento en dicha consideración, determinó que no era posible acceder a las pretensiones de declaratoria de incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal, pues las mismas ya se encontraban impuestas en virtud de las decisiones adoptadas por la entidad.

8.4.- En cuanto a la declaratoria del siniestro de cumplimiento, la entidad podía haberla declarado por medio de acto administrativo o proceder a solicitar su declaración judicial. En el caso concreto, Ecopetrol optó por acudir al juez para que se ordenara la efectividad de la póliza de cumplimiento, por lo que debía acogerse dicha pretensión.

8.5.- Respecto de esta, declaró probados los presupuestos para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, teniendo en cuenta:

a.- Que la decisión de incumplimiento fue adoptada por acto administrativo que se encontraba en firme y cuya legalidad no fue cuestionada.

b.- Que La entidad presentó la demanda para la declaratoria de siniestro dentro de los dos años a los que refiere el artículo 1081 del Código de Comercio.

8.6.- Negó las pretensiones de la demanda de reconvención porque si el demandante en reconvención pretendía la declaratoria de incumplimiento de Ecopetrol, debió demandar los actos administrativos que declararon la terminación del contrato por incumplimiento. Al no impetrar su nulidad, no era posible considerar la excepción de contrato no cumplido ni estudiar de fondo las pretensiones de reconvención.

F. Los recursos de apelación

9.- En sus recursos de apelación, Power Petroleum y Seguros del Estado solicitan que se revoque la sentencia en lo relativo a la declaratoria de ocurrencia de siniestro y la condena al pago de la póliza de cumplimiento. Presentan los siguientes reparos:

9.1.- La sentencia desconoció la fijación del litigio y los argumentos del proceso, ya que en el trámite nunca se debatió la naturaleza jurídica de las comunicaciones emitidas por Ecopetrol.

9.2.- La sentencia desconoció el régimen de los contratos de Ecopetrol, los cuales se rigen por el derecho privado. Así las cosas, no puede considerarse que las comunicaciones que dieron por terminado el contrato sean actos administrativos



en firme que debían ser demandados para poder dar lugar al debate sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista.

9.3.- La sentencia no valoró las pruebas que demuestran la existencia de la excepción de contrato no cumplido. Especialmente, no tuvo en cuenta que, mediante documentos y testimonios, se demostró que Ecopetrol no cumplió la obligación de definir los frentes de trabajo; y que este incumplimiento derivó en que no le fuera exigible a la contratista contar con la propiedad de los dos sets de equipos, ni contar con disponibilidad para acometer simultáneamente cinco frentes de trabajo.

9.4.- Además, la sentencia no consideró que Power Petroleum sí acreditó la propiedad de los dos sets de equipos mediante las actas de visitas y las facturas de compra.

9.5.- Finalmente, Seguros del Estado señala que no es posible extender a la aseguradora los oficios que declararon el incumplimiento porque ella no fue parte del procedimiento en el que se expidieron. Así, en caso de considerarlos actos administrativos, no podían vincularla. En virtud de ello, se desconoció el debido proceso porque el juez del contrato no podía determinar, con fundamento en dichos oficios, que existía un siniestro que daba lugar a hacer efectiva la póliza.

II. CONSIDERACIONES

G.- Asuntos procesales

10.- La Sala se pronunciará exclusivamente sobre los reparos de la apelación y estudiará sólo lo relacionado con la demanda principal, teniendo en cuenta que la negativa de las pretensiones de la demanda de reconvención no fue objeto de recurso.

11.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda principal se presentó dentro del término de caducidad. El contrato se terminó mediante comunicación del 23 de septiembre de 2016. De conformidad con su cláusula vigesimoquinta, se encontraba sometido a liquidación, para lo cual las partes contaban con cuatro meses para realizarla bilateralmente, vencidos los cuales, se facultaba a Ecopetrol para realizar la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes. El plazo máximo para la liquidación unilateral venció el 25 de marzo de 2017 y el término para presentar la demanda vencía el 26 de marzo de 2019. Por lo tanto, la demanda, presentada por ECOPETROL el 25 de mayo de 2018 fue radicada oportunamente, aún sin considerar el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

H.- Decisión a adoptar y plan de exposición

12.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia por razones diferentes a las expuestas por el tribunal. De conformidad con el régimen jurídico que rige



sus contratos, Ecopetrol no tiene la facultad para expedir actos administrativos¹, razón por la cual los oficios mediante los cuales le comunicó al contratista la aplicación de los descuentos de apremio, la terminación del contrato y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria no tienen tal condición. Son determinaciones unilaterales adoptadas en desarrollo de estipulaciones contractuales.

12.1.- Sin embargo, la decisión adoptada en la sentencia de incluir en la liquidación del contrato las sumas correspondientes a la aplicación de los descuentos de apremio y la cláusula penal, así como la de hacer efectiva la garantía constituida por Seguros del Estado en relación con la cláusula penal se ajustan a derecho, razón por la cual no serán revocadas en esta instancia.

12.2.- Ecopetrol tenía la facultad contractual de declarar unilateralmente los incumplimientos, realizarle al contratista los descuentos de apremio, e imponerle la cláusula penal; y tenía el derecho de acudir a la jurisdicción con el objeto de obtener una decisión judicial que le permitiera hacer efectivos sus derechos. Esa pretensión es procedente en la medida en que está demostrado que las potestades contractuales se ejercieron adecuadamente. Se acreditó que efectivamente el contratista incumplió sus obligaciones y tanto la cláusula de apremio como la penal fueron impuestas teniendo en cuenta lo pactado; y se acreditó que la póliza amparaba la cláusula penal. Por el contrario, los incumplimientos que el contratista le imputó a Ecopetrol no tienen respaldo probatorio en el expediente. El contratista no acreditó que contara con los equipos requeridos para ejecutar el contrato, y el cumplimiento de estas obligaciones no dependían del cumplimiento de obligaciones a cargo de Ecopetrol, ya que de conformidad con los anexos del contrato no se requería que la contratante solicitara servicios o informara el plan de trabajos para exigir que la contratista contara con los equipos requeridos a partir del acta de inicio.

12.3.- Por tal razón, las decisiones de la sentencia de primera instancia relativas a liquidar el contrato incluyendo el valor de la cláusula de apremio y de la cláusula penal, y la de hacer efectiva la póliza de garantía por la cláusula penal, serán confirmadas por la Sala.

I.- Existió incumplimiento del contrato por parte de la contratista, lo que sustenta la determinación de liquidar el contrato incluyendo la cláusula de apremio y la cláusula penal impuestas por Ecopetrol, así como la de hacer efectiva la garantía por la cláusula penal que estaba cubierta en la póliza.

13.- La cláusula décimo octava del contrato estipulaba la facultad de apremio por parte de Ecopetrol en caso de incumplimiento del contratista; dicha estipulación

¹ De conformidad con el artículo 1 de la Ley 1118 de 2006, Ecopetrol es una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado colombiano, cuyo objeto es la comercialización en el sector de petróleo y gas. En virtud de lo anterior, a los contratos que celebre no le son aplicables las normas y prerrogativas del Estatuto General de Contratación, conforme lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.



señalaba:

<< Con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del presente contrato, el contratista en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada ejercida mediante la celebración de este contrato, se sujeta, acepta y autoriza, que en caso de incumplimiento de las obligaciones a su cargo (las cumpla de manera inadecuada, o las realice de manera diferente a como fue pactado o las normas técnicas que apliquen, o las ejecute por fuera de los plazos acordados o de los previstos en la ley), ECOPETROL a título de apremio, le descuenta de los saldos a su favor o de cualquier suma que le fuera debida por esta sociedad, las siguiente sumas:

- La suma señalada en el párrafo cuarto de la cláusula valor, si el incumplimiento de la disposición ocurriere durante la vigencia del primera año de ejecución del contrato contado a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio o la que allí indique;

- Un valor equivalente al 0.66% del valor ejecutado, durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la cual se causó o tuvieron origen los hechos que dieron lugar al incumplimiento del contrato, si el incumplimiento ocurriere dentro de cualquier año de ejecución, posterior al primero.

El descuento procederá por cada situación o hecho que motive y se hará efectivo con cargo a a factura correspondiente al mes siguiente a aquél en que se le fuere comunicado por el interlocutor del contrato designado por Ecopetrol o hasta el saldo final.

Para la imposición de los descuentos se surtirá el siguiente procedimiento:

- I. El interlocutor del contrato designado por Ecopetrol, comunicará por escrito al contratista el incumplimiento de la obligación.*
- II. Recibida la comunicación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, el contratista podrá responderla.*
- III. El interlocutor del contrato designado por Ecopetrol, analizará las explicaciones suministrado por el contratista, y, de resultar aceptables, se lo hará saber a éste; en caso contrario le comunicará que se procederá al descuento previsto en éste cláusula (igual comunicación se dará en caso de que el contratista no indique razón alguna).*

Parágrafo primero.- Si no existen saldos a favor del contratista para descontar las sumas que resulten de la aplicación de esta cláusula, las mismas se harán efectivas con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía respectiva. Si ni lo uno ni lo otro fuere posible, Ecopetrol en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad privada, estará facultada para cobrar por vía ejecutiva el valor, para lo cual el contrato junto con las comunicaciones a través de las cuales se agota el procedimiento previsto en esta cláusula, prestarán mérito de título ejecutivo renunciando el contratista al previo aviso y/o la reconvencción judicial previa para constituirlo en mora.

Por el hecho de hacer efectivo el descuento no se entenderán extinguidas las obligaciones emanadas del contrato, ni se eximirá al contratista de la



indemnización de los perjuicios correspondientes.

Parágrafo segundo.- Si durante el procedimiento establecido en esta cláusula el contratista se pone en situación de cumplimiento, Ecopetrol impondrá el descuento, dado que la obligación se ejecutó por fuera de los plazos acordados expresamente en el contrato o de los previstos en la ley>>.

14.- El parágrafo cuarto de la cláusula cuarta estipulaba que el valor de descuentos como apremio correspondía a la suma de ochenta y cuatro millones de pesos (\$84.000.000).

15.- El numeral 1 de la cláusula vigésimo cuarta del contrato establecía la terminación anticipada del contrato << 1. *Por incumplimiento cierto, ostensible e injustificado de las obligaciones a cargo del contratista, las cuales deberán estar conignadas bajo un contenido claro, expreso, exigible e individual en el contrato en los documentos que le hagan parte, y que revistan gravedad o relevancia para soportar la decisión>>.*

16.- En la cláusula décimo novena del contrato se pactó lo siguiente:

<<Cláusula penal.- Si se ejerce la terminación anticipada del contrato o condición resolutoria expresa reservada para Ecopetrol en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada de las partes, o se diere incumplimiento definitivo del contrato por parte del contratista, este conviene pagar a Ecopetrol, a título de pena, las siguientes sumas:

- Una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la cifra señalada en el parágrafo cuarto de la cláusula valor, si el incumplimiento ocurriere durante la vigencia del primera año de ejecución del contrato contado a partir de la fecha de la suscripción del acta de inicio o la que allí se indique.

- Un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor ejecutado, durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la cual se causó o tuvieron origen los hechos que dieron lugar al incumplimiento del contrato, si el incumplimiento ocurriere dentro de cualquier otro año de ejecución, posterior al primero.

Dicha suma se imputará al monto de los perjuicios que sufra Ecopetrol, y su valor se podrá tomar directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere o de la garantía de cumplimiento constituida. Si esto no fuere posible, la cláusula penal pecuniaria se cobrará por vía ejecutiva, para lo cual, el contrato prestará mérito de título ejecutivo renunciando el contratista al previo aviso y/o la reconvencción judicial previa para constituirlo en mora.

La cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios a cargo del contratista, si el monto de éstos fuere superior, al valor de la cláusula penal aquí pactada>>.

17.- El parágrafo cuarto de la cláusula cuarta valor del contrato establecía que el



valor a tener en cuenta para la cláusula penal sería el de dieciséis mil setecientos treinta y dos millones ochocientos mil pesos (\$16.732.800.000).

18.- En virtud de las anteriores cláusulas y con fundamento en la autonomía de la voluntad, las partes establecieron las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, y establecieron cómo debía obrar ECOPETROL para establecer tales incumplimientos y ejercer los derechos consecuenciales a los mismos.

19.- Para determinar si Ecopetrol se ajustó a lo dispuesto en el contrato y si era procedente declarar el siniestro de incumplimiento y ordenar la inclusión de los valores de apremio y cláusula penal en la liquidación, es necesario verificar si existió el incumplimiento imputable del contratista, consistente en no contar con los equipos necesarios para ejecutar el contrato.

20.- En relación con la obligación que se aduce como incumplida, de conformidad con el numeral 10 de la cláusula séptima del contrato, correspondía al contratista contar con los equipos y herramientas necesarias para la ejecución del contrato, los cuales debía tener a disposición de acuerdo con lo definido en el anexo Relación de equipos y herramientas.

21.- En el referido anexo se señalaba que el contratista debía tener disponibilidad para iniciar operaciones *<<máximo 5 días hábiles después de la fecha de inicio del contrato establecida en el acta de inicio del contrato con una capacidad mínima para atender simultáneamente 5 frentes de trabajos, los cuales podrán ser solicitados por Ecopetrol en la ejecución del contrato. Lo anterior no obliga a Ecopetrol a asignar la totalidad de dichos trabajos>>*, así como *<<acreditar que mínimo dos (2) sets de su propiedad de acuerdo con los solicitado en el anexo 5 relación de equipos y herramientas mínimas de ejecución>>*.

22.- Las anteriores estipulaciones del contrato establecen una obligación determinada, que no estaba sujeta a ninguna condición; así, contrario a lo alegado por el contratista, la misma era exigible vencidos 5 días hábiles desde la fecha del acta de inicio, tal como lo sostuvo Ecopetrol.

23.- Respecto del cumplimiento de la obligación, en el proceso el contratista alega que sí contaba con los equipos de su propiedad y con la capacidad para afrontar los frentes de trabajo, pero no allegó pruebas que demostraran lo anterior. Por el contrario, Ecopetrol allegó los requerimientos efectuados tras las visitas efectuadas a las instalaciones donde el contratista manifestaba tener los equipos, en los que se indican cuáles equipos hacían falta; al igual que la observación de Ecopetrol en el sentido de que con los equipos que tenía disponibles no completaba los requeridos para atender los cinco frentes como exigía el contrato.

23.1.- No puede considerarse que la simple manifestación del contratista bastara para cumplir con la disponibilidad exigida en el contrato; por el contrario, se requería demostrar que los equipos efectivamente estaban listos para afrontar



los frentes de trabajo, lo cual no se acreditó.

23.2.- En relación con el argumento consistente en que la contratista sí tenía la propiedad de los dos sets de equipos, si bien es cierto que la posesión de los bienes muebles hace presumir su propiedad, en el proceso no se acreditó que en efecto la demandada tuviera la posesión de ellos. La misma contratista admite que informó a Ecopetrol sobre la compra de los dos sets de equipos el 26 de septiembre de 2016, fecha para la cual el contrato ya había terminado.

24.- La contratista alega que se encuentra probada la excepción de contrato no cumplido porque, a su juicio, la obligación de contar con los equipos dependía de que Ecopetrol cumpliera con dos requerimientos: el primero, solicitar los servicios y, el segundo, comunicar el plan de trabajos. Lo anterior no tiene sustento en las estipulaciones contractuales, en las cuales no se prevé que la obligación de disponibilidad de equipos estuviera condicionada al cumplimiento de obligaciones a cargo de Ecopetrol; por el contrario, el anexo 7 del contrato establecía que los equipos debían estar disponibles aun sin que Ecopetrol estuviera obligado a *<<asignar la totalidad de dichos trabajos>>*.

25.- El contratista alega que la obligación de Ecopetrol de solicitar los servicios para que se requiriera la disponibilidad de equipos se desprende del mismo anexo 7, en el que se preveía que el contratista no tenía la obligación de *<<aceptar más de cinco (5) frentes de trabajo en forma simultánea, según su capacidad técnica y económica, lo cual deberá informar a Ecopetrol a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que Ecopetrol le solicite tales servicios y sin que por el rechazo de la solicitud haya lugar a aplicación de consecuencias negativas al contratista>>*. La anterior estipulación de ninguna manera establece un condicionamiento para el cumplimiento de la obligación de disponibilidad de equipos, pues el mismo regula un tema totalmente distinto que refiere al límite máximo de ejecución del contrato por parte del contratista.

26.- En virtud de lo anterior, está acreditado el incumplimiento del contrato por parte del contratista. En consecuencia, sí eran aplicables tanto los descuentos por apremio, como la terminación y la cláusula penal, que fueron incluidas en la liquidación del contrato realizada por el tribunal en la sentencia. Por esta razón, esa decisión se confirmará. Y la declaratoria de siniestro también se ajusta a la legalidad, puesto que Ecopetrol podía impetrar su imposición a través de este proceso declarativo; ya se dijo que no tenía competencia para expedir actos administrativos, por lo cual no puede reclamarse que, por no haber vinculado a la aseguradora a dicho procedimiento, esta petición fuera improcedente.

J.- Condena en costas

27.- Como el recurso de apelación no prosperó, los apelantes deben ser condenados en costas, en la medida de su comprobación, de conformidad con lo



ordenado en los artículos 188 del CPACA, 365 y 366 del CGP y en el artículo 2 del Acuerdo No. PSSAA16-10554 de 2016 del C.S. de la J. <<Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho>>.

28.- Teniendo en cuenta que Ecopetrol intervino en el curso de la segunda instancia, la Sala condenará a los apelantes vencidos, por concepto de agencias en derecho, a la suma de seis salarios mínimos legales mensuales vigentes (6 SMLMV) a la fecha de la presente providencia a favor de Ecopetrol, de conformidad con los criterios y tarifas establecidos por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de agosto de 2020 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDO:CONDÉNASE en costas a las apelantes Power Petroleum International Co. Limited Colombia y Seguros del Estado S.A . Por Secretaría, liquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia a favor de Ecopetrol.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTINEZ
Magistrado