

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Autonomía de la Voluntad – Régimen Jurídico - Contratos Exceptuados del EGCAP – Facultades excepcionales – Contratos de Derecho Privado

En primer lugar, es importante precisar que la liquidación unilateral no es una de las potestades excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad, sometimiento a leyes nacionales y reversión, previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En los contratos exceptuados del EGCAP pueden pactarse facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, lo que no las equiparara a las prerrogativas públicas de las que están ley investidas las entidades contratantes por ministerio de la ley

Además, los instrumentos jurídicos mediante los cuales se ejercen estas facultades en contratos sometidos al derecho privado son contractuales y no actos administrativos. Lo anterior resulta coherente con el régimen jurídico del contrato objeto de controversia y con la naturaleza privada de las estipulaciones que regulan su ejecución, terminación y liquidación.

Por su parte, la terminación unilateral del contrato puede tener la naturaleza de cláusula excepcional o de facultad unilateral, según su fuente normativa o convencional.

Las partes de un contrato regido por el derecho privado pueden pactar la facultad de resolverlo, lo que no constituye por sí solo el ejercicio de una prerrogativa pública o de una cláusula excepcional.

En consecuencia, si bien en principio la decisión individual de un contratante es insuficiente para ponerle fin a un contrato -artículo 1602 del Código Civil-, ello no quiere decir que en el marco de la autonomía de la voluntad las partes no puedan unilateral, acordar la facultad de terminación o resolución por lo que no es cierto que esté reservada al juez del contrato.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL- Pacta Sunt Servanda – Artículo 1602 Fuerza Vinculante -

Ahora bien, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, y esa fuerza vinculante obliga también a quien se reservó la facultad a ejercerla dentro de los supuestos convenidos. Una terminación apoyada en un motivo ajeno al catálogo pactado no constituye ejercicio de la facultad, sino un incumplimiento de lo acordado.

[...]Por consiguiente, rechazar una propuesta y dar por terminado un contrato (aun cuando este último se encuentre en estado de perfeccionamiento consensual y pendiente de la Formalización instrumental de su firma física) son determinaciones que operan sobre objetos disímiles y en órbitas temporales distintas: la primera supone que el vínculo obligacional no ha nacido a la vida jurídica; la segunda, que el contrato ya existe y obliga de manera vinculante a las partes (pacta sunt servanda)

[...]Además, por la cesión del contrato sin autorización; cuando la situación de orden público lo imponga; por muerte de la persona natural o disolución de la persona jurídica; interdicción judicial o inicio de proceso liquidatorio; por presentarse causal de inhabilidad o incompatibilidad o por haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición constitucional o legal.

INDEMNIZACION AL CONTRATISTA – Lucro Cesante- Noción de Utilidad - Porcentaje de Utilidad

[...]Al estar sometido el contratista plural al régimen de solidaridad legal e indivisibilidad de las obligaciones que impone el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, el pretendido desistimiento unilateral de uno de los consorciados resultaba jurídicamente ineficaz e inoponible a la entidad estatal contratante

[...]la noción de utilidad en el ámbito de la contratación estatal es un concepto jurídico y económico de carácter eminentemente unitario, inescindible y directamente vinculado al álea contractual.

[...]cuando esta Corporación accede al reconocimiento del lucro cesante bajo la fórmula abstracta del porcentaje de utilidad contemplado en el AIU de la oferta aceptada (5.00%), se está relevando al contratista de la carga procesal de demostrar que, en la ejecución física de las obras, habría alcanzado de manera efectiva tal margen de ganancia. Esta presunción judicial opera en favor del demandante, precisamente porque la realización material de un proyecto de ingeniería y construcción de esta envergadura se encuentra sometida a múltiples contingencias operativas, desgaste administrativo, fluctuaciones de precios en insumos y riesgos de mano de obra que bien habrían podido erosionar, disminuir o incluso extinguir la utilidad proyectada.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejera ponente: ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65193)
Demandante: Consorcio Diateco¹ SPE y otro.
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

Temas: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO: su naturaleza depende de la fuente que la habilita: puede constituir una cláusula excepcional de origen legal o una facultad unilateral de origen convencional. FACULTADES UNILATERALES EN CONTRATOS EXCEPTUADOS DEL EGCAP: las partes pueden pactar facultades unilaterales sin que estas constituyan prerrogativas públicas. Su ejercicio está sujeto a los supuestos expresamente convenidos y, por tanto, su utilización por fuera de las causales pactadas constituye incumplimiento contractual.

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

2. Se revocará la sentencia apelada y se condenará a Ecopetrol a reconocer al Consorcio Diateco SPE, la utilidad dejada de percibir por la no ejecución del contrato; aunque la facultad de terminación unilateral podía pactarse, Ecopetrol no la ejerció conforme a ese pacto, porque no la sustentó en una causal prevista en el clausulado.

3. Además, contrario a lo afirmado por el Tribunal, el consorcio no se disolvió y la supuesta falta de armonía entre sus miembros tampoco era causal de terminación del contrato. En consecuencia, la determinación constituyó un incumplimiento de la entidad. Se reconocerá la indemnización de los perjuicios correspondientes a la utilidad dejada de percibir.

ANTECEDENTES

La demanda

4. El 25 de septiembre de 2012², el consorcio Diateco SPE³ y la sociedad SPE Consulting Ltda.⁴, demandaron en controversias contractuales a Ecopetrol.

5. Pidieron que se declare (i) la conformación del contrato entre las partes derivado de la Decisión de Contratación del Concurso Cerrado 516491; (ii) la nulidad o subsidiariamente la “*inexistencia*” del acta de terminación y liquidación unilateral del 15 de julio de 2010 proferida por la entidad; (iii) el incumplimiento de la contratante

¹ Conformado por SPE Consulting Ltda. y Diateco Ltda.

² Folios 3 a 109, cuaderno 1.

³ En lo sucesivo, Diateco SPE, el consorcio o la contratista.

⁴ El representante legal de SPE Consulting Ltda. otorgó poder actuando en nombre de la sociedad y del consorcio. En adelante, se hará referencia a SPE Consulting Ltda. como SPE.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

por negarse a firmar el acta de inicio y ejecutar las obligaciones pactadas y la resolución judicial del respectivo contrato.

6.Como consecuencia, solicitaron que se condene a Ecopetrol a pagar los perjuicios causados: (i) gastos para la presentación de la oferta; (ii) utilidad dejada de percibir por inejecución del contrato; (iii) pérdida de oportunidad; (iv) daños morales. Adicionalmente, pretendieron el reconocimiento de intereses y la determinación de si hubo dolo o culpa grave⁵ los funcionarios de Ecopetrol⁶.

⁵ Esta precisa pretensión, encaminada a calificar la conducta subjetiva (dolo o culpa grave) de los agentes de Ecopetrol S.A., reviste una doble e insoslayable trascendencia jurídica en el juicio de responsabilidad contractual:

(i) En el plano sustancial y de derecho privado común: De conformidad con el artículo 1616 del Código Civil, aplicable al sub lite en virtud del régimen exceptuado de la demandada, la acreditación del dolo o de la culpa grave (esta última asimilada al primero por expresa disposición del artículo 63 ibídem) constituye el criterio normativo determinante para desplazar el límite de la indemnización, obligando al deudor a resarcir no solo los perjuicios previsibles, sino también aquellos imprevisibles que resulten ser consecuencia directa o inmediata de la inejecución.

(ii) En el plano constitucional y del derecho público de excepción: Al tenor del artículo 90 de la Constitución Política y las disposiciones de la Ley 678 de 2001, la declaración judicial de dolo o culpa grave en el comportamiento de los servidores o colaboradores de la entidad pública no solo activa el deber de esta Corporación de compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, sino que impone a Ecopetrol S.A. la obligación imperativa de iniciar la correspondiente acción de repetición a fin de salvaguardar el patrimonio estatal frente a la condena impuesta.

⁶ PRIMERA: Que se declare que ECOPETROL mediante comunicación de fecha 03 de septiembre de 2009, procedió a aceptar la oferta presentada por el Consorcio Diateco SPE, dentro del Proceso de Selección – Concurso Cerrado – No. 516491, conformándose una relación contractual entre las partes toda vez que la Decisión de Contratación de la misma fecha DECIDE: “PRIMERO: Asignar a CONSORCIO DIATECO – SPE, el Contrato correspondiente al Proceso de Selección CONCURSO CERRADO No. 516491 cuyo objeto es ‘INGENIERÍA DE DETALLE, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE LAS OBRAS REQUERIDAS PARA EL PROYECTO AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DE PRODUCCIÓN DE ASFALTOS DE LA GERENCIA REFINERÍA BARRANCABERMEJA – GRB DE ECOPETROL S.A., UBICADA EN LA CIUDAD DE BARRANCABERMEJA (DEPARTAMENTO DE SANTANDER), COLOMBIA’, por un valor estimado de TRECE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS COLOMBIANOS (\$13.622.428.560.00), sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA), y un plazo de ejecución de TRESCIENTOS SEIS (306) días calendario que se contabilizarán a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio o de la fecha que en ese documento se indique”. TERCERA [sic]: Que por ser ostensiblemente ilegal, se declare la nulidad del “Acta de Liquidación y Terminación Unilateral” de fecha quince (15) de julio de 2010, expedida por ECOPETROL S.A. con base en lo dispuesto en el Manual para la Administración y Gestión de Contratos de ECOPETROL, en virtud de la cual se declara: “1. ECOPETROL procede a terminar y liquidar unilateralmente el Contrato de conformidad con lo señalado en las consideraciones del presente documento” y “2. ECOPETROL se declara a paz y salvo por todo concepto, como consecuencia de la terminación y liquidación del contrato y por lo tanto declara que a la fecha de suscripción del presente documento no existen deudas entre las partes con ocasión o por razón de la celebración, ejecución, terminación y/o liquidación del contrato.”, por carecer de motivación alguna y ser un claro abuso de poder. SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TERCERA: Que por resultar abiertamente ilegal al no existir competencia alguna para la expedición del acto de terminación y liquidación unilateral a la luz de la legislación, se declare la inexistencia del ACTA DE TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN UNILATERAL de fecha 15 de julio de 2010, expedida por ECOPETROL y suscrita por el señor LUIS CARLOS NUÑEZ DUARTE, en su calidad de Coordinador de Abastecimiento Proyectos Refinación & Petroquímica y Suministro y Mercado (CRM). TERCERA: Que se declare el incumplimiento por parte de ECOPETROL del Contrato derivado del proceso de Selección – Concurso Cerrado – No. 516491, por no proceder a fijar y firmar Acta u Orden de Inicio y abstenerse de ejecutar las obligaciones pactadas, y en consecuencia se ordene la resolución judicial del respectivo contrato. CUARTA: Que como consecuencia de las declaraciones precedentes, se declare la responsabilidad derivada de la conducta ilegal de la entidad contratante y su manifiesta intención de incumplir el contrato, y por consiguiente, se condene al demandado al resarcimiento de los perjuicios causados a la CONVOCANTE y concretamente: a. Gastos realizados para la presentación de su oferta mercantil. b. La utilidad dejada de percibir por la inejecución del Contrato. c. La pérdida de oportunidad y por consiguiente los daños generados por no obtener la experiencia del contrato que habría de ejecutar el consorcio demandante. d. Los daños morales generados a las empresas demandantes en razón de la expedición del acto arbitrario atacado. QUINTA: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a ECOPETROL S.A., reconocerle y pagarle a la sociedad SPE CONSULTING LTDA como consorciada del CONSORCIO DIATECO-SPE la suma que resulte probada por los conceptos mencionados en la pretensión CUARTA, y de conformidad con la estimación razonada de la cuantía. SEXTA: Que se condene a la demandada al pago de intereses desde la fecha de aceptación de la oferta y conformación del contrato, es decir, desde el día 03 de septiembre de 2009, fecha en la que se expide el acto de Decisión de Contratación, hasta la fecha en que se dicte la correspondiente sentencia. PRETENSIÓN SEXTA: Que se condene a los intereses moratorios de la condena respectiva desde la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo hasta la fecha del respectivo pago de la suma debida. OCTAVA [sic]: Se de aplicación en todo caso al principio de la reparación integral y la equidad establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. NOVENA: Se determine en el fallo en forma explícita y concreta si hubo o no dolo o culpa grave por parte de los funcionarios



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

7. La parte actora sustentó sus pretensiones en los supuestos de hecho y fundamentos de derecho que se sintetizan a continuación:

8. Ecopetrol S.A. publicó el Concurso Cerrado n.º 516491 del 3 de junio de 2009 para contratar la ingeniería de detalle, compras, construcción y puesta en marcha del proyecto de ampliación de la capacidad de producción de asfaltos de la Refinería de Barrancabermeja.

9. El Consorcio Diateco SPE⁷ presentó una propuesta por \$13.622'428.602. En el informe de evaluación fue el primero en el orden de elegibilidad.

10. La entidad le solicitó al demandante⁸ aclaraciones sobre los estados financieros de las compañías que lo integraban, con fundamento en las observaciones de la firma Wood Group., Diateco SPE explicó las cuentas objetadas.

11. El comité evaluador ratificó al consorcio proponente⁹ como primero en orden de elegibilidad y, el 3 de septiembre de 2009, Ecopetrol le notificó la comunicación de aceptación de la oferta (adjudicación). Con este hito se perfeccionó de pleno derecho el vínculo contractual bajo el régimen de derecho común aplicable a la demandada, no obstante, la formalización por escrito de la respectiva minuta nunca se materializó; debido a las sucesivas e injustificadas dilaciones impuestas unilateralmente por la contratante con posterioridad a dicho acto.

12. En ese contexto, la Dirección de Auditoría Interna de Ecopetrol¹⁰ con fundamento en una denuncia anónima que cuestionaba la evaluación del proponente, comisionó a un auditor para que inspeccionara la contabilidad de SPE Consulting Ltda. Adicionalmente, la demandada solicitó al extremo oferente, en dos oportunidades, ampliar el término de vigencia de la garantía de seriedad de la propuesta¹¹.

13. El 3 de noviembre de 2009, coincidiendo con la entrega del segundo certificado

de Ecopetrol con su proceder para efectos de la aplicación de la acción de repetición consagrada en la ley 678 de 2001. DÉCIMA: Que se condena a la demandada al pago de las costas y gastos del proceso (folios 3 a 6, cuaderno 1).

⁷ Conformado por las empresas Diateco Ltda. y SPE Consulting Ltda.

⁸ La demanda fue presentada por el Consorcio Diateco SPE (conformado por las empresas Diateco Ltda. y SPE Consulting Ltda) y la Sociedad SPE Consulting Ltda, en su calidad de consorciado (a través del mismo apoderado judicial)

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Las actuaciones y documentos emitidos por la Dirección de Auditoría Interna de Ecopetrol S.A. con ocasión de la denuncia anónima formulada bajo el pseudónimo de "Roberto Martínez", se encuentran plenamente identificados y allegados en el expediente de la siguiente manera:

(i) El Informe Principal de Auditoría Interna: Corresponde al "Informe de Auditoría Interna respecto del proceso de selección No. 516491", elaborado en el mes de septiembre de 2009, el cual obra a folios 290 a 304 (con menciones complementarias a folios 288 y siguientes) de los cuadernos de pruebas del expediente electrónico, y consta de 64 folios con sus correspondientes anexos.

(ii) El Comunicado y Memorando de Handoff: Obra el Comunicado Interno de Ecopetrol No. 3-2009-341-00 relativo al trámite de la denuncia anónima, así como el Memorando de fecha 30 de octubre de 2009 mediante el cual la Dirección de Auditoría Interna trasladó formalmente las recomendaciones y el resultado de sus hallazgos preliminares a la Dirección de Abastecimiento de Bienes y Servicios de la misma entidad.

(iii) El Funcionario Auditor Responsable: Las visitas presenciales de inspección y la revisión directa de la contabilidad e información financiera de la sociedad consorciada SPE Consulting E.U. (hoy Servipetroenergy Consulting Ltda.) fueron coordinadas y ejecutadas por el Auditor Interno de Ecopetrol S.A., doctor Carlos Alexander Sánchez, tal como consta en el acta de la diligencia del 16 de septiembre de 2009 suscrita en las oficinas de la firma en Bogotá

¹¹ En el líbello introductorio no se especifica la fecha de la primera solicitud de ampliación. La segunda se efectuó el 3 de noviembre de 2009. Al respecto, se encuentra plenamente acreditado en el expediente que el Consorcio Diateco SPE cumplió con suficiencia y oportunidad la carga de extender la cobertura y vigencia de la garantía de seriedad de su propuesta. Ante el requerimiento formulado por Ecopetrol S.A. el 29 de octubre de 2009, el representante legal del consorcio, ingeniero Pablo Emilio Perea Mena, allegó el Certificado de Ampliación No. AA031708, modificadorio de la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento No. AA015683 expedida por la compañía La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, extendiendo el amparo de seriedad por noventa (90) días calendario adicionales



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

de extensión de cobertura de la referida póliza bajo expresa salvedad, la parte demandante requirió formalmente explicaciones sobre las razones por las que no se había ordenado el inicio de las obras, manifestando su total e ininterrumpida disposición para ejecutar el proyecto.

14.Ecopetrol convocó Diateco - SPE a múltiples reuniones¹², en las que la entidad planteó la terminación y liquidación de mutuo acuerdo del contrato. El consorcio no accedió a esa propuesta y manifestó su interés en continuar con la ejecución del negocio jurídico.

15.La demandante se preparó para el inicio de las obras y contrató personal, instaló campamentos, pagó pólizas, entre otros.

16.Por la presión ejercida por la demandada, el 3 de mayo de 2010 Diateco Ltda. manifestó su intención de no continuar formando parte de la figura consorcial.

17.Ecopetrol desconoció la solidaridad de los consorcios y la disposición de SPE Consulting Ltda. para continuar la ejecución y emitió el Acta de Terminación y Liquidación Unilateral.

18.Según la demanda, el acto se expidió sin competencia porque Ecopetrol carecía de la “*atribución excepcional*” para terminar y liquidar unilateralmente el contrato¹³ y, en todo caso, ejerció esa facultad con desviación de poder o “*abuso de la posición dominante*” porque desconoció los principios de imparcialidad y buena fe, se excedió en sus funciones porque invocó causales subjetivas que no se ajustaban a las causales taxativas contractuales y convencionales previstas en la Cláusula 27 de la minuta del Contrato.

La contestación de la demanda

19.Admitida la demanda¹⁴, Ecopetrol la respondió y se opuso a las pretensiones. En sustento de lo anterior, afirmó:

20.Luego de adjudicar el contrato se recibió una denuncia anónima sobre la información financiera del consorcio, lo que llevó a la entidad a postergar su firma mientras la Dirección de Auditoría Interna adelantaba una investigación.

21.El numeral 1.11, literal L, de las Condiciones Generales de Contratación autorizaba a Ecopetrol a comprobar la veracidad de los datos y a rechazar la oferta si advertía inconsistencias. Además, la entidad solicitó el concepto del Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia (INCP) y de la Junta Central de Contadores (JCC), que concluyeron que existían diferencias relevantes entre los estados financieros presentados ante la Superintendencia de Sociedades y los entregados a Ecopetrol.

22.La desintegración del consorcio -que obedeció a circunstancias internas entre las asociadas- alteró la composición de la parte contratista e impidió iniciar la ejecución. Ello y las inconsistencias contables justificaron la terminación del vínculo.

23.Propuso las excepciones de fondo que denominó (i) “*inexistencia de la*

¹² 8, 15 y 30 de marzo de 2010.

¹³ En razón al régimen de derecho privado aplicable a sus contratos.

¹⁴ Folio 196, cuaderno 1.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

*responsabilidad contractual de Ecopetrol S.A.*¹⁵, (ii) *“procedencia de la terminación unilateral del contrato”*¹⁶ y (iii) *“abuso del derecho y consecuente enriquecimiento sin causa”*¹⁷. Pidió, además, que se declararan de oficio las excepciones que resultaran probadas.

Sentencia de primera instancia

24.El Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones en sentencia del 22 de agosto de 2019¹⁸ porque:

25.Con la comunicación de aceptación de la oferta presentada en el Concurso Cerrado n.º 516491 se perfeccionó el contrato.

26. Las partes contractuales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podían pactar la cláusula de terminación y liquidación unilateral. Además, la determinación unilateral de dar por terminado y liquidar anticipadamente la relación contractual, contenida en el Acta del 15 de julio de 2010 emitida por Ecopetrol S.A., no constituye un acto administrativo en tanto que el régimen aplicable es el derecho privado. Por consiguiente, dicha actuación carece de carácter coercitivo o estatutario y debe ser analizada exclusivamente como un eventual incumplimiento de las obligaciones contractuales bajo las normas de derecho común.

27.La decisión de Ecopetrol se justificó de forma razonable y objetiva por dos circunstancias. La primera, las irregularidades acreditadas en los estados financieros del contratista: el cruce de tres balances con idéntico corte, presentados en procesos distintos y con cifras divergentes, sin que los informes de auditoría que las constataron fueran objetados en su contenido ni desvirtuados por la parte demandante.

28.La segunda, la disolución del consorcio, pues el retiro de Diateco Ltda., firma que aportaba la experiencia y cuyo objeto social correspondía al frente de construcción, dejó a SPE Consulting, dedicada a la consultoría, sin la idoneidad necesaria para ejecutar la obra.

¹⁵ Según la demandada, la desintegración del consorcio evidenciaba la inviabilidad de ejecutar el contrato, pues desapareció la figura obligada a cumplir con su objeto, de modo que no habría incumplimiento imputable a Ecopetrol.

¹⁶ Argumentó que su Manual de Contratación contemplaba la facultad de terminar unilateralmente la relación negocial, en tanto no fue posible llegar a un acuerdo con la demandante.

¹⁷ Ecopetrol S.A. sustentó esta excepción de fondo en su escrito de contestación de la demanda y la ratificó en sus alegatos de conclusión de primera y segunda instancia (ver folios 641 a 652 del Cuaderno Principal n.º 2). Para el efecto, la entidad edificó una argumentación fundamentada en dos ejes obligacionales del derecho común:

(i) Respecto del Abuso del Derecho: Invocó la teoría del acto propio y el principio general del *derecho nemo auditur propriam turpitudinem allegare*, sosteniendo que el Consorcio Diateco SPE no podía derivar provecho económico (bajo la modalidad de indemnización por lucro cesante) de una inejecución contractual que fue provocada por sus propias faltas precontractuales y omisiones. En concreto, Ecopetrol S.A. señaló que las graves contradicciones detectadas en los tres balances presentados por SPE Consulting Ltda. con corte a 31 de diciembre de 2008 (aportados en diferentes licitaciones para alterar artificialmente los índices de liquidez corriente ante la Superintendencia de Sociedades y ante Ecopetrol), sumadas a la posterior desintegración del consorcio por el retiro intempestivo de Diateco Ltda., rompieron la buena fe y la lealtad comercial, haciendo inviable la firma del acta de inicio.

(ii) Respecto del Enriquecimiento sin Causa: La demandada argumentó que el pago de \$1.130'503.800 por concepto de utilidad esperada (lucro cesante) constituía un enriquecimiento injustificado a favor de los consorciados, en la medida en que estos no desplegaron ninguna actividad material, no asumieron los riesgos inherentes a la construcción del proyecto de asfaltos, no coordinaron subcontratistas, ni dispusieron de su capacidad operativa de campo. A juicio de Ecopetrol, indexar y pagar utilidades teóricas frente a un contrato que "pereció" en su fase de perfeccionamiento debido a desavenencias internas del consorcio, representaría una flagrante transferencia de recursos públicos al patrimonio privado de un contratista inactivo carente de causa jurídica real (prestación efectiva del servicio).

¹⁸ Folios 1361 a 1382, cuaderno principal.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

29.El Tribunal entendió que la falta al deber de buena fe objetiva recaía sobre el propio contratista, en tanto SPE Consulting afirmó una capacidad de ejecución de la que carecía y Diateco abandonó el consorcio pese a conocer su relevancia para el cumplimiento del contrato.

30.La decisión de Ecopetrol no contravino normas imperativas ni la lealtad contractual exigible, y negó las pretensiones.

31.Estimó improcedente la condena en costas por no evidenciar temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes.

Recurso de apelación

32.La demandante¹⁹ interpuso recurso de apelación²⁰ por las siguientes razones:

33.El Consejo de Estado ha sostenido que las entidades estatales no pueden pactar las facultades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral en contratos regidos por el derecho privado.

34.No había lugar a ejercer la facultad de terminación unilateral, pues el consorcio no incurrió en un incumplimiento grave que la justificara y, en todo caso, la terminación por incumplimiento en el régimen privado debe ser declarada por el juez del contrato.

35.El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la cláusula 24 de la minuta contractual prevén el reconocimiento de las indemnizaciones económicas a que haya lugar en el evento en que la entidad estatal haga uso de dichas potestades.

36.La decisión de Ecopetrol desconoció el principio de conservación del contrato. A su vez, la entidad no le dio la oportunidad al consorcio de pronunciarse, con lo que se vulneró el derecho a la defensa.

37.El recurrente argumentó que:

38.La información financiera de SPE no era inconsistente porque no infringió ninguna norma, reglamento, ni las condiciones del concurso y las supuestas modificaciones a los estados financieros no mejoraron la oferta.

39. Conforme al numeral 3.6 de las Condiciones Específicas de Contratación, la capacidad financiera operaba como requisito habilitante y resultaba subsanable, por lo que no podía asimilarse al supuesto del numeral 1.11, literal i), de las Condiciones Generales en que se apoyó la entidad. Además, la determinación recayó sobre un contrato ya adjudicado.

¹⁹ Al respecto, se precisa que el recurso fue interpuesto de manera unificada por el apoderado judicial tanto del sujeto plural Consorcio Diateco SPE como de la sociedad consorciada Servipetroenergy Consulting Ltda. (denominada previamente en el trámite como SPE Consulting Ltda. o SPE Consulting E.U.). Esta representación judicial conjunta tiene su fundamento en la Cláusula Quinta del Acuerdo Consorcial suscrito el 22 de julio de 2009 y guarda perfecta consonancia con el régimen de responsabilidad solidaria que rige a los miembros de las propuestas plurales, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, el numeral 2.1.3 de las Condiciones Generales de la Contratación y la Cláusula Cuarta del aludido convenio. Bajo este marco normativo y convencional, los integrantes del consorcio asumen de forma solidaria e indivisible todas las obligaciones y contingencias derivadas de la propuesta y del eventual contrato, lo que legitima que la defensa de los derechos de la parte actora (consorcio y consorciada) sea ejercida de manera indivisible por un único profesional del derecho.

²⁰ Folios 1424 a 1439, repetido (con anexos impresos) en los folios 1444 a 1700 del cuaderno principal.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

40.En la sentencia de primera instancia no se incluyó el análisis de las pruebas documentales²¹. Por su parte, el Tribunal valoró el informe del Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia, sin que esta prueba obre en el expediente. Dicho documento no fue suministrado al consorcio para pronunciarse, con lo que se desconoció el derecho de contradicción y debido proceso.

41.Para confrontar el testimonio del ingeniero Luis Carlos Núñez Duarte, explicó lo siguiente:

42.La entidad accionada no podía solicitar revisiones adicionales a las realizadas por su auditoría interna.

43.Los estados financieros de julio de 2009 para el Concurso Cerrado n.º 516491, con corte al 31 de diciembre de 2008, se presentaron “*por imprevisión*” en una versión de prueba, hecho que pasó “*inadvertido por todos*”. Además, los documentos radicados en octubre de 2009 incluyeron las modificaciones sugeridas por el auditor externo, a raíz de las observaciones de la demandada.

44.Ecopetrol manifestó su intención de terminar el contrato antes de que Diateco Ltda. expresara su decisión de retirarse del consorcio. En consecuencia, la apelante afirma que la desintegración de la figura asociativa no fue la causa de la terminación del contrato, sino una consecuencia de la conducta asumida por la entidad.

45.Si bien Diateco Ltda aportaba la experiencia en construcción, SPE Consulting aportaba experiencia en ingeniería y gerencia de proyectos, por lo que no era posible que alguno se retirara del acuerdo. La comunicación de Diateco Ltda no tenía fuerza vinculante para terminar el acuerdo consorcial.

46.Las reglas de la experiencia mostraban que más del 80% de los proyectos de Ecopetrol habían sido ejecutados por firmas encargadas de la gerencia, control, ingeniería y gestión de compra, dejando las actividades de construcción para ser subcontratadas.

47.Dos años después de la terminación del contrato, la entidad estatal celebró otro contrato con el Consorcio PRAGO-MR Ingenieros para ejecutar el mismo proyecto. La apelante sostiene que esta circunstancia desvirtúa las razones invocadas por la entidad para terminar el contrato.

48.Aportó con el recurso los siguientes documentos: (i) la hoja de vida del representante del consorcio; (ii) un archivo en Excel con las respuestas puntuales a los cuestionamientos de Ecopetrol a los estados financieros; (iii) un correo electrónico remitido por la entidad al consorcio en marzo de 2010 en el que manifestó su intención de terminar el contrato; (iv) un archivo en Excel con los cálculos de la capacidad financiera del consorcio; y (v) el contrato suscrito el 16 de septiembre de 2011 con el consorcio PRAGO-MR Ingenieros.

²¹ Hizo referencia, entre otros, a: (i) la comunicación del 18 de agosto de 2009, mediante la cual se enviaron las aclaraciones requeridas sobre los estados financieros; (ii) el informe de auditoría externa del 1º de agosto de 2009, elaborado por el contador público Hernando Rodríguez Colorado; (iii) la respuesta del 26 de agosto de 2009, proporcionada por el mismo contador, a las solicitudes de aclaración de Ecopetrol; (iv) el documento del 30 de octubre de 2009 de la Dirección de Auditoría Interna, dirigido a la Dirección de Abastecimiento de Bienes y Servicios; y (v) las recomendaciones del informe elaborado por el Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

Trámite relevante en segunda instancia

49.El recurso se admitió en auto del 8 de noviembre de 2019²². En el término de su ejecutoria, la demandante solicitó el decreto e incorporación de pruebas en segunda instancia²³. La petición se negó por auto del 16 de junio de 2020²⁴. La actora interpuso recurso de súplica contra dicha decisión²⁵ y este fue resuelto desfavorablemente en auto del 19 de marzo de 2021, proferido por la Sala de la Subsección A²⁶.

50.Ecopetrol presentó alegatos de conclusión en segunda instancia²⁷ ratificando la postura defensiva expuesta en la contestación de la demanda. Señaló que la demandante incumplió con la carga de probar el daño ni los perjuicios reclamados. A su turno, la actora presentó sus alegaciones finales²⁸, en las cuales reafirmó los motivos del descenso de su apelación y anexó nuevamente los documentos presentados en el recurso.

51.El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

52.La Sala no encuentra configurada causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, se cumplen los presupuestos procesales (jurisdicción²⁹, competencia³⁰, oportunidad de la demanda³¹, legitimación en la causa por activa y por pasiva³² y

²² Folio 1710, cuaderno principal.

²³ Folios 1712 a 1741, cuaderno principal. Solicitó el decreto de las siguientes pruebas: (i) derecho de petición del 13 de julio de 2016; (ii) minuta del contrato MA0001217, junto con el acta de terminación y el acta de liquidación suscritas por el consorcio PRAGO-MR Ingenieros; (iii) respuesta OPC 2016-036113- del 28 de septiembre de 2017; (iv) documentos remitidos por Ecopetrol vía *we-transfer*; (v) derecho de petición del 9 de septiembre de 2016; (vi) respuestas de Ecopetrol del 8 de febrero, 5 y 13 de septiembre de 2017, así como del 28 de febrero y 10 de octubre del 2018; y (vii) correos electrónicos del 14 y 30 de noviembre de 2018 y del 5 de julio de 2019, enviados por la Oficina de Participación Ciudadana de Ecopetrol.

²⁴ Folios 1720 a 1723, cuaderno principal.

²⁵ Índice 13 del aplicativo SAMAI, en segunda instancia. Aunque fue presentado como reposición, mediante auto del 30 de noviembre de 2020 se dispuso darle el trámite correspondiente al recurso de súplica.

²⁶ Folios 1730 a 1735, cuaderno principal.

²⁷ Folios 1739 a 1748, cuaderno principal.

²⁸ Folios 1749 a 1771, cuaderno principal.

²⁹ La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de este asunto, con fundamento en el artículo 104 del CPACA, pues se debate la responsabilidad de Ecopetrol S.A., sociedad de economía mixta -entidad pública- cuyos contratos se encuentran sometidos al derecho privado (Ley 1118 de 2006), derivada de su decisión de terminar y liquidar unilateralmente un contrato.

³⁰ El Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, de conformidad con el artículo 150 y 152, numeral 3 del CPACA - en su redacción original - que refiere a los procesos relativos a contratos cuando la cuantía exceda 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este caso, la pretensión mayor ascendió a la suma de \$2.512'212.606 M/Cte correspondiente a 4.433 SMMLV (Para el año de presentación de la demanda -2012- el salario mínimo era de \$566.700 M/Cte).

³¹ Si bien este proceso se rige por las disposiciones del CPACA, el término de caducidad de las pretensiones de la demanda comenzó a correr en julio de 2010, en vigencia del régimen del CCA. En consecuencia, y conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, la oportunidad de la acción debe examinarse a la luz de lo previsto en el artículo 87 del Decreto 01 de 1984. Dado el régimen de derecho privado de Ecopetrol S.A., en este caso se debe acudir a la regla general de dos años contados desde los motivos de hecho o de derecho consagrada en el numeral 10 del artículo 136 del CCA. En este contexto, el motivo que dio origen a la controversia fue la suscripción, por parte de la entidad del acta de terminación y liquidación unilateral del 15 de julio de 2010 (folio 93, cuaderno 1), comunicada el 16 de julio siguiente a través de correo electrónico (Fl. 132, cuaderno 1). En consecuencia, el término de caducidad corrió entre el 17 de julio de 2010 y el 17 de julio de 2012. Como la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 13 de julio de 2012, cuando faltaban 5 días para que expirara el término, este se suspendió hasta el 24 de septiembre, cuando se expidió la constancia de no conciliación. Así las cosas, el término se reanudó desde el 25 hasta el 29 de septiembre de 2012. Ese último día fue sábado, por lo que el término se extendió hasta el lunes 1 de octubre del mismo año. Como la demanda se presentó el 25 de septiembre de 2012, se evidencia que fue oportuna.

³² El Consorcio Diateco y Ecopetrol S.A. se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, porque fueron las partes del contrato que dio origen a la controversia. Asimismo, SPE Consulting Ltda. conformó la figura asociativa referida. Lo anterior implica la aplicación de la regla establecida



agotamiento de la conciliación prejudicial³³).

El objeto del recurso de apelación

53.El artículo 328 del CGP dispone que el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

54.En línea con ello, la Sala ha establecido³⁴ que el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia está constituido únicamente los reparos fácticos y jurídicos que aduce el recurrente en contra de la decisión de primera instancia, por lo que lo no controvertido de la sentencia apelada se excluye de revisión³⁵.

55.Son inadmisibles las modificaciones al fundamento de la acción mediante el recurso de apelación o en los alegatos de conclusión, en virtud del derecho fundamental al debido proceso y el principio de congruencia, que imponen fallar de forma coherente con los hechos y las pretensiones formulados en la demanda, y con las excepciones planteadas en la contestación³⁶.

56.Como quedó expuesto en los antecedentes, el proceso fue promovido por el Consorcio Diateco SPE y la sociedad SPE Consulting Ltda. para que: (i) se anule o se declare inexistente el acta de terminación y liquidación unilateral expedida por Ecopetrol, (ii) se declare el incumplimiento de la contratante por abstenerse de ejecutar las obligaciones pactadas; y (iv) se condene al pago de los perjuicios derivados de la conducta de la entidad.

57.En la demanda, el acto contractual se cuestionó por dos razones: (i) Ecopetrol carecía de competencia para pactar y ejercer esa facultad porque el régimen de sus contratos es el derecho privado; y (ii) la decisión se adoptó con desviación de poder o abuso de la posición dominante porque se sustentó en causales subjetivas que no se ajustaban a las legalmente previstas y porque carecía de motivación jurídica³⁷.

en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 25 de septiembre de 2013, radicado n.º 19933, que permite a los consorcios acudir al proceso judicial a través de su representante.

³³ Según la constancia suscrita por el Procurador 160 Judicial para asuntos administrativos el requisito fue agotado (folio 173, cuaderno 1). Se indicó que la parte convocante, Consorcio Diateco, presentó la solicitud de conciliación extrajudicial el 13 de julio de 2012 y fue declarada fallida en la audiencia del 24 de septiembre de 2012.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Ver, igualmente, Corte Constitucional, sentencia SU-061 de 2018.

³⁵ Es necesario precisar, en todo caso, que dicha regla general no es absoluta, pues debe ser entendida sin perjuicio de las excepciones que se derivan, por ejemplo (i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; (ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o (iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título ilustrativo, aquellos presupuestos procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, pese a que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencias del 24 de septiembre de 2020, exp. 44707, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; y del 12 de julio de 2024, exp. 70692, C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

³⁷ En la audiencia inicial (folio 257, cuaderno 1), se fijó el litigio en los siguientes términos (transcripción literal, con sus énfasis y posibles errores): *“Fijación del litigio: Declarar que el desacuerdo de las partes se centra, en síntesis, en el Acta de Terminación y Liquidación unilateral del contrato referida en el ítem 3 anterior. Para la parte actore: i) Ecopetrol carece de competencia para proferir esa decisión exorbitante, por estar sujeto en su contratación en un todo a las reglas del derecho privado (civil y comercial). ii) Es proferida con desviación de poder o abuso de la posición dominante: Ecopetrol se basa en factores subjetivos alejados de la legalidad, de la realidad y del servicio público. El acta carece de motivación jurídica”.*



La demanda invocó, además, el artículo 1602 del Código Civil y reclamó que la resolución del contrato se definiera por vía judicial.

Argumentos que delimitan el examen de la Sala

58. Los planteamientos que guardan relación con el fundamento de la acción o que controvierten de manera directa el fallo de primera instancia son:

1. Ecopetrol no tenía competencia para pactar ni ejercer la terminación unilateral en un contrato regido por el derecho privado, por lo que la resolución del vínculo correspondía al juez del contrato.

2. La terminación se apoyó en la capacidad financiera del proponente, que conforme al numeral 3.6 de las Condiciones Específicas de Contratación constituía un requisito habilitante y subsanable, no asimilable al supuesto del numeral 1.11, literal i), de las Condiciones Generales invocado por la entidad, y la determinación recayó sobre un contrato ya adjudicado.

3. La información financiera de la sociedad SPE Consulting Ltda. no tenía las inconsistencias que el Tribunal tuvo por acreditadas porque con su entrega no se infringió norma, reglamento ni condición alguna del concurso.

4. La sentencia de primera instancia omitió el análisis probatorio de los alegatos de conclusión³⁸.

5. El Tribunal valoró el informe del Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia, pese a que esa prueba no obra en el expediente.

6. Se encuentra acreditado que las reuniones de concertación orientadas a proponer la terminación de mutuo acuerdo del contrato fueron promovidas unilateralmente por Ecopetrol S.A. desde el mes de marzo de 2010. En tal virtud, la subsiguiente manifestación de desinterés emitida por la sociedad Diateco Ltda. el 3 de mayo de 2010 constituyó una consecuencia de la prolongada inactividad de la entidad y no la causa eficiente de la parálisis contractual. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, el régimen de solidaridad legal e indivisibilidad de las obligaciones que rige a los proponentes plurales determinaba que la referida comunicación de desistimiento inter partes fuera inoponible a la entidad estatal. Al no haberse disuelto la personería de las sociedades integrantes ni configurado causal de extinción de la oferta, Ecopetrol S.A. conservaba plenamente sus facultades de control y exigibilidad sobre el extremo contratista solidario, de modo que la recomposición interna de este no habilitaba la rescisión unilateral del vínculo.

7. La posterior suscripción del contrato con el Consorcio PRAGO-MR Ingenieros, dos años después de la terminación, desvirtúa la preocupación de la entidad por el riesgo y la rentabilidad del proyecto que el Tribunal tuvo como fundamento de su decisión.

³⁸ Ver el escrito del recurso de apelación presentado por la parte demandante el 13 de septiembre de 2019, página 30 (visible a página 149 del archivo PDF (Cuaderno 3) en el expediente electrónico)



Problemas jurídicos

59. La Sala dirimirá el objeto de la controversia en esta instancia mediante la solución a los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿En los contratos regidos por el derecho privado una entidad estatal puede pactar y ejercer la facultad de terminar y liquidar unilateralmente el contrato, o esa decisión corresponde al juez del contrato?

(ii) De ser posible pactar contractualmente dicha facultad, ¿ejerció Ecopetrol válidamente la terminación unilateral con fundamento en las causales que invocó?

Tesis

60. Se revocará la sentencia apelada y se condenará a Ecopetrol a reconocerle a la sociedad la utilidad dejada de percibir por la no ejecución del contrato porque, aunque la facultad de terminación unilateral podía convenirse, Ecopetrol no la ejerció conforme al acuerdo. No la sustentó en una causal prevista en el clausulado. Además, contrario a lo afirmado por el Tribunal, el consorcio no se disolvió y la supuesta falta de armonía entre sus miembros tampoco era causal de terminación del contrato. En consecuencia, la terminación constituyó un incumplimiento de la entidad.

61. Para resolver estos problemas, la Sala analizará: (i) el régimen jurídico del contrato derivado del proceso de selección n.º 516491 y la naturaleza de los actos cuestionados; (ii) la posibilidad de pactar y ejercer facultades de terminación y liquidación unilateral en contratos regidos por el derecho privado, así como la alegada reserva judicial para terminar el vínculo; y (iii) si las razones invocadas por Ecopetrol se enmarcaban en alguna de las causales de terminación anticipada pactadas. Si no correspondían, se determinarán los perjuicios derivados del incumplimiento.

62. Solo si se concluye que las razones invocadas por Ecopetrol podían encuadrarse en alguna de las causales pactadas, será necesario examinar los demás reparos de la apelación relacionados con: (i) la existencia y entidad de las inconsistencias financieras; (ii) la valoración del informe del Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia y la alegada omisión de analizar los alegatos de conclusión; y (iii) la incidencia del tiempo transcurrido hasta la celebración de un nuevo contrato para ejecutar el mismo objeto.

El régimen jurídico del contrato derivado del Proceso de Selección n.º. 516491 y naturaleza de los actos cuestionados

63. Según el artículo 1º de la Ley 1118 de 2006, Ecopetrol S.A. es una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Por su parte, el artículo 6º *ejusdem*^[OBJ] dispone que todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar su objeto social se regirán exclusivamente por el derecho privado.

64. El negocio jurídico celebrado para la ampliación de la capacidad de producción de asfaltos de la Gerencia Refinería de Barrancabermeja estuvo gobernado por el derecho privado porque dicha actividad corresponde al desarrollo del objeto social



de Ecopetrol³⁹.

65. En consecuencia, los instrumentos que la contratante expidió en ese marco no ostentan la naturaleza de actos administrativos, sino la de actos contractuales⁴⁰.

Posibilidad de pactar y ejercer la cláusula de terminación y liquidación unilateral en contratos regidos por el derecho privado

66. El actor insistió en que, según esta Corporación, las entidades cuyos contratos se rigen por el derecho privado no pueden pactar las cláusulas excepcionales de terminación y liquidación unilateral.

67. En el contrato derivado del Concurso Cerrado n.º 516491, las partes pactaron, como manifestación de la autonomía de la voluntad, la facultad de terminación anticipada (cláusula 26⁴¹) y la liquidación unilateral del contrato (cláusula 35⁴²).

68. En primer lugar, es importante precisar que la liquidación unilateral no es una de las potestades excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad, sometimiento a leyes nacionales y reversión, previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁴³.

69. En los contratos exceptuados del EGCAP pueden pactarse facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, lo que no las equiparara a las prerrogativas públicas de las que están investidas las entidades contratantes por ministerio de la ley⁴⁴.

³⁹ Ley 1118 de 2006. “Artículo 4. Objetivos. Ecopetrol S. A. además de los objetivos consagrados en el artículo 34 del Decreto-ley 1760 de 2003, podrá realizar la investigación, desarrollo y comercialización de fuentes convencionales y alternas de energía; la producción, mezcla, almacenamiento, transporte y comercialización de componentes oxigenantes y biocombustibles, la operación portuaria y la realización de cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores”. Decreto-Ley 1760 de 2003. “Artículo 34. Objetivos de Ecopetrol S.A. Serán objetivos de Ecopetrol S.A. los siguientes: (...) 34.3 La refinación, el procesamiento y cualquier otro proceso industrial de los hidrocarburos y sus derivados, en instalaciones propias o de terceros, en el territorio nacional y en el exterior”.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de diciembre de 2022, exp. 66729, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico: “Por lo anterior, la Sala concluye que no solo el contrato que es objeto de la controversia, sino también los actos que se derivan del acuerdo comercial se deben regir por el derecho privado, al ser producidos por la entidad demandada para la administración y el desarrollo de su objeto social, al margen de que en veces entrañe el ejercicio de facultades unilaterales, dado que estas surgen de la convención y no de la investidura otorgada por la ley, como es el caso del acta de liquidación unilateral que expidió Ecopetrol S.A. (...) En tales condiciones, el debate en torno a los efectos nocivos que puedan derivarse del acta de liquidación unilateral expedida por Ecopetrol habrá de ventilarse mediante las demás pretensiones del medio de control de controversias contractuales dirigidas a atacar su contenido desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, en orden a establecer si el ejercicio de la facultad unilateral satisfizo los alcances de las cláusulas convenidas para su implementación o estas fueron desbordadas o inobservadas”.

⁴¹ “26. TERMINACIÓN DEL CONTRATO. El contrato terminará (...) 2) Por declarar ECOPETROL la terminación anticipada del contrato”.

⁴² “35. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. (...) 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, aquel faculta expresamente a ECOPETROL para que proceda a realizar la liquidación de manera unilateral en el término de dos (2) meses”.

⁴³ “Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...) 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión (...)” (redacción original de la Ley 80 de 1993, sin la modificación introducida por el artículo 52 de la Ley 2159 de 2022, pues esta no se encontraba vigente al momento de suscribir el contrato objeto de la litis).

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de diciembre de 2022, exp. 66729, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. “Si bien en los contratos que se rigen por el derecho privado no existe la obligación de liquidarlos –como sí sucede en los que están sometidos al EGCAP por expresa disposición legal–, resulta válida la inclusión de cláusulas con esa finalidad, lo cual constituye una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando no contravengan el orden jurídico ni las finalidades del Estado”.



70. Además, los instrumentos jurídicos mediante los cuales se ejercen estas facultades en contratos sometidos al derecho privado son contractuales y no actos administrativos⁴⁵. Lo anterior resulta coherente con el régimen jurídico del contrato objeto de controversia y con la naturaleza privada de las estipulaciones que regulan su ejecución, terminación y liquidación.

71. Por su parte, la terminación unilateral del contrato puede tener la naturaleza de cláusula excepcional o de facultad unilateral, según su fuente normativa o convencional.

72. Las partes de un contrato regido por el derecho privado pueden pactar la facultad de resolverlo, lo que no constituye por sí solo el ejercicio de una prerrogativa pública o de una cláusula excepcional⁴⁶.

73. En consecuencia, si bien en principio la decisión individual de un contratante es insuficiente para ponerle fin a un contrato -artículo 1602 del Código Civil-, ello no quiere decir que en el marco de la autonomía de la voluntad las partes no puedan acordar la facultad de terminación o resolución unilateral⁴⁷, por lo que no es cierto que esté reservada al juez del contrato.

74. Para el caso concreto, se observa que las cláusulas 26 y 27 del contrato, que contemplan su terminación anticipada y liquidación unilateral, no se fundamentan en el ejercicio de una prerrogativa pública, sino que se derivan de la autonomía negocial propia de las partes que suscriben un contrato cuyo régimen es del derecho privado.

75. En ese sentido, es claro que Ecopetrol podía, como efectivamente lo hizo, pactar en sus contratos las cláusulas de terminación y liquidación unilateral en ejercicio de la autonomía de la voluntad, sin que ello implique el ejercicio de prerrogativas públicas ni de cláusulas excepcionales en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

El ejercicio de la cláusula de terminación por parte de Ecopetrol

76. El análisis comparativo entre las causales previstas en la cláusula 27 del contrato⁴⁸ y los fundamentos expuestos por Ecopetrol para terminar

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1 de junio de 2022, exp. 38756, C.P. Guillermo Sánchez Luque. *“La diferencia básica entre estas cláusulas -las excepcionales y las que otorgan poderes unilaterales por pacto o según la naturaleza del contrato- está dada en que, no obstante la unilateralidad, estas últimas no comportan el ejercicio de una prerrogativa de derecho público, al no exteriorizarse mediante actos administrativos. Esto se debe a que su origen no está en las disposiciones normativas de carácter legal que pretenden dotar a la Administración de poderes por fuera del derecho común, sino que se ampara en el derecho privado, en cuyo marco, las partes ejercen la autonomía privada en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes”*.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de agosto de 2020, radicado n.º 36875, C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁴⁸ “27. TERMINACIÓN ANTICIPADA. ECOPETROL podrá declarar la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando el CONTRATISTA, sin aducir causa que lo justifique, se niegue a suscribir el documento que contiene el Contrato.
2. 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 el CONTRATISTA, con posterioridad a la suscripción del acta de inicio y sin mediar una causa que lo justifique, no diere principio a la ejecución del Contrato.
4. Cuando del incumplimiento de obligaciones del CONTRATISTA se deriven consecuencias que hagan imposible o dificulten gravemente la ejecución del Contrato.



anticipadamente el negocio jurídico evidencia que la entidad ejerció una facultad convencional al margen de los supuestos que las partes habían definido para habilitar su ejercicio. Esa circunstancia basta para concluir que la terminación no constituyó un ejercicio legítimo de la facultad pactada, sino un incumplimiento del contrato.

77. En este caso, la Sala parte de dos premisas: (i) el contrato derivado del Concurso Cerrado n.º 516491 se perfeccionó, hecho que el Tribunal tuvo por acreditado y que ninguna de las partes apeló; y (ii) el marco obligacional vinculante aplicable es el de la minuta que obra en el expediente, en concordancia con los Documentos del Proceso de Selección (DPS) y el contenido específico que se derive de la propuesta aceptada, en tanto que este compendio documental fue consentido recíprocamente por las partes en desarrollo de la selección y pasó a regir el negocio jurídico como ley para las partes (*pacta sunt servanda*).

78. Ahora bien, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, y esa fuerza vinculante obliga también a quien se reservó la facultad a ejercerla dentro de los supuestos convenidos. Una terminación apoyada en un motivo ajeno al catálogo pactado no constituye ejercicio de la facultad, sino un incumplimiento de lo acordado.

79. El acta del 15 de julio de 2010 se fundamentó en (i) las inconsistencias en la información financiera del consorcio y (ii) la falta de armonía entre sus integrantes, sin indicar la causal de terminación en la cual se apoyaba. En la contestación de la demanda, Ecopetrol señaló que el numeral 1.11, literal i), de las Condiciones Generales de Contratación permitía rechazar la oferta si se encontraba información inexacta del proponente.

80. El numeral 1.11, literal i) no es una causal de terminación anticipada de la relación contractual, sino una facultad de la etapa de selección llamada a operar exclusivamente sobre la propuesta de manera previa a la adjudicación y perfeccionamiento del contrato. Su ámbito de aplicación feneció de pleno derecho una vez comunicado el acto de adjudicación del 3 de septiembre de 2009, a partir del cual se perfeccionó el negocio jurídico entre las partes bajo el principio de consensualidad que rige a la entidad demandada. Por consiguiente, rechazar una propuesta y dar por terminado un contrato (aun cuando este último se encuentre en

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

6. Cuando suspendidas todas o alguna de las obligaciones emanadas del Contrato, el CONTRATISTA no reanude su ejecución dentro del plazo acordado entre las Partes una vez terminadas las causas que obligaron a la suspensión.

7. Cuando realizadas al menos tres (3) parciales del desempeño del CONTRATISTA este obtuviere, en promedio, menos de sesenta (60) puntos en un criterio de evaluación identificado y señalado como crítico. No obstante, ECOPETROL podrá abstenerse de terminar anticipadamente el contrato y exigir al CONTRATISTA la ejecución de un plan de mejoramiento que será acordado con el interventor (...)

8. Cuando realizadas al menos tres (3) evaluaciones parciales del desempeño del CONTRATISTA, este obtuviere, en promedio, menos de sesenta (60) puntos en un criterio de evaluación identificado y señalado como crítico.

9. Cuando el CONTRATISTA traspase o ceda el Contrato sin previa autorización expresa y escrita de ECOPETROL.

10. Cuando la situación de orden público lo imponga.

11. Por muerte de la persona natural o disolución de la persona jurídica del CONTRATISTA.

12. Por interdicción judicial o inicio de proceso liquidatorio del CONTRATISTA.

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

14. Cuando el CONTRATISTA, sea una persona natural o jurídica, incurra en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad prevista en la Constitución Política o en la ley.

15. Cuando el Contrato se haya celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal (...)



estado de perfeccionamiento consensual y pendiente de la formalización instrumental de su firma física) son determinaciones que operan sobre objetos disímiles y en órbitas temporales distintas: la primera supone que el vínculo obligacional no ha nacido a la vida jurídica; la segunda, que el contrato ya existe y obliga de manera vinculante a las partes (*pacta sunt servanda*) .

81. La existencia de la facultad convencional de terminación anticipada no habilitaba a Ecopetrol para ejercerla por fuera de lo pactado expresamente en la cláusula 27 del contrato. La entidad sostuvo que las inconsistencias detectadas en la información financiera presentada por el contratista justificaban la terminación. Corresponde entonces verificar si ese supuesto encontraba respaldo en alguna de las causales convencionales previstas en la referida estipulación.

82. La Sala advierte que la terminación del contrato, sustentada en la supuesta inconsistencia en la información financiera del proponente, desbordó los supuestos previstos en la cláusula 27 y, por tanto, no constituyó un ejercicio legítimo de la facultad allí pactada. Además, el expediente no contiene prueba concluyente que permita tener por acreditada esa circunstancia⁴⁹.

83. En efecto, la cláusula 27 disponía que Ecopetrol podía terminar el contrato cuando el contratista: (i) se negara a suscribir la minuta; (ii) se abstuviera de entregar los documentos para la ejecución o no diera inicio a la misma; (iii) incurriera en incumplimiento que hiciera imposible o dificultara gravemente la ejecución del contrato; (iv) abandonara los trabajos; (v) obtuviera menos de 60 puntos en tres evaluaciones parciales de desempeño. Además, por la cesión del contrato sin autorización; cuando la situación de orden público lo imponga; por muerte de la persona natural o disolución de la persona jurídica; interdicción judicial o inicio de proceso liquidatorio ; por presentarse causal de inhabilidad o incompatibilidad o por haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición constitucional o legal.

84. Lo anterior no significa que la entidad careciera de herramientas convencionales para reaccionar, encauzar la ejecución o adoptar medidas correctivas y sancionatorias frente a presuntas anomalías en la información o desviaciones en el

⁴⁹ En el expediente obra el informe de la Junta Central de Contadores Públicos de Colombia (folios 331 a 340, cuaderno 1) que indica lo siguiente: *"De acuerdo a las diferencias observadas en las cifras del CUADRO No. 1, anteriormente detallado de los estados financieros de marzo 10 de 2009 comparados con febrero 2 de 2009, no es posible concluir la razonabilidad de las mismas por tanto he recurrido a la información de entes de control como fue la Superintendencia de Sociedades y Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, para establecer la uniformidad de la información presentada en los dos Balances con corte a diciembre 31 de 2008 (...) Se procedió a confrontar las cifras del Balance General dictaminado y entregado a ECOPETROL S.A. para participar en el proceso de contratación No. 517231⁵¹, con el Balance General presentado a la Superintendencia de Sociedades observando reclasificaciones del pasivo de corto plazo o corriente a largo plazo de las Obligaciones Bancarias por valor de \$1.132'689.969, de la cuenta proveedores se trasladaron \$500'000.000. El impacto de esta reclasificación hace mejorar sustancialmente la razón corriente o de liquidez así: (...) La relación de liquidez de 0.65 del estado financiero de supersociedades para el año 2008 no es buena, no hay activo corriente suficiente para pagar los pasivos corrientes, en marzo muestra \$1.34 por la reclasificación de los pasivos a largo plazo (...) Se encuentran dos estados financieros dictaminados por la Revisoría Fiscal de DIATECO LTDA., con partidas completamente diferentes correspondientes al mismo período contable con corte a diciembre 31 de 2008 (...) Los estados financieros dictaminados y presentados a la Superintendencia de Sociedades difieren de los estados financieros remitidos a ECOPETROL S.A., para participar en los procesos de contratación enunciados al inicio de este informe, las principales diferencias se encuentran en las reclasificaciones hechas del pasivo corriente que se trasladó al pasivo a largo plazo (...) con el único objetivo de mejorar el indicador de la razón corriente". Esta prueba no es concluyente sobre una supuesta irregularidad financiera porque en el expediente se encuentra plenamente acreditado (folio 914, cuaderno 1) que los estados financieros que presentó Diateco al concurso fueron presentados en una versión de prueba. Allí, la revisora fiscal manifestó que: "(...) los estados financieros de prueba auditados por mí, presentan razonablemente la situación financiera de Diateco Ltda. Al 31 de diciembre de 2008 (...)".*



desempeño del contratista⁵⁰. Sin embargo, la controversia que ocupa a la Sala se circunscribe a establecer si esas circunstancias habilitaban el ejercicio de la facultad convencional de terminación anticipada prevista en la cláusula 27 del contrato.

85. El segundo motivo invocado por Ecopetrol para justificar la terminación anticipada del contrato fue la falta de armonía entre los integrantes del consorcio, evidenciada, según la entidad, en la decisión de Diateco Ltda. de no continuar en la figura asociativa.

86. Aunque Ecopetrol no invocó expresamente una causal contractual, la única que podría guardar relación con ese supuesto era la prevista en la cláusula 27, relativa a la disolución de la persona jurídica del contratista. Si bien consta acreditado que la sociedad Diateco Ltda. emitió una manifestación formal y expresa de retiro unilateral del esquema asociativo mediante comunicación escrita del 3 de mayo de 2010, dicho acto carecía de la virtud jurídica de extinguir o disolver el Acuerdo Consorcial específico del 22 de julio de 2009, el cual permanecía plenamente vinculante entre las partes. Al estar sometido el contratista plural al régimen de solidaridad legal e indivisibilidad de las obligaciones que impone el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, el pretendido desistimiento unilateral de uno de los consorciados resultaba jurídicamente ineficaz e inoponible a la entidad estatal contratante, de modo que Ecopetrol S.A. conservaba intacto su derecho de exigir el cumplimiento del 100% de la ejecución de las obras a cualquiera de los miembros solidarios del Consorcio Diateco SPE. Por consiguiente, la sola manifestación fáctica de renuncia de Diateco Ltda. no correspondía al supuesto convencional de disolución previsto por las partes como habilitante para decretar la terminación anticipada del vínculo.

87. En realidad, la razón expresamente invocada por Ecopetrol no fue la disolución del contratista, sino la pérdida de confianza derivada de las diferencias surgidas entre los integrantes del consorcio. Sin embargo, la falta de armonía entre los consorciados tampoco fue prevista en la cláusula 27 como causal de terminación anticipada. En consecuencia, la entidad fundamentó nuevamente su decisión en un supuesto distinto de aquellos que las partes convinieron como habilitantes para ejercer esa facultad.

88. Por ello, carece de relevancia establecer si la situación interna del consorcio era o no imputable a Ecopetrol, pues, aun aceptando la existencia de las diferencias entre sus integrantes, ese supuesto no correspondía a una causal contractual de terminación anticipada.

89. En esas condiciones, la sala se abstiene de pronunciarse sobre los demás reparos formulados en la apelación, relativos a la acreditación y entidad de las inconsistencias financieras, la valoración del informe del Instituto Nacional de Contadores Públicos y el tiempo transcurrido hasta la celebración de un nuevo contrato para el mismo objeto, pues ninguno de ellos tiene la virtualidad de modificar la conclusión según la cual Ecopetrol ejerció la facultad de terminación anticipada al margen de las causales previstas en el contrato.

90. En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará que Ecopetrol incumplió el contrato al terminarlo anticipadamente sin que se

⁵⁰ Durante el proceso de selección podía rechazar la propuesta con fundamento en el numeral 1.11, literal L, de las Condiciones Generales de Contratación, que autorizaba a Ecopetrol a comprobar la veracidad de los datos y a rechazar la oferta si advertía inconsistencias del pliego de condiciones. A su vez, en la ejecución contractual podía determinar si las inconsistencias financieras podían enmarcarse en alguna de las causales de terminación actualizada, carga argumentativa que no cumplió.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

configurara alguna de las causales convencionales que habilitaban el ejercicio de esa facultad. Acreditado el incumplimiento, procede establecer los perjuicios indemnizables derivados de esa actuación.

Análisis de los perjuicios

91. El demandante solicita el reconocimiento de (i) los gastos de la oferta; (ii) la utilidad esperada; (iii) pérdida de oportunidad; y (iv) daños morales. En el cuadro de cuantificación de los perjuicios, no incluyó lo relativo a daños morales ni hizo referencia a este concepto en el resto de la demanda.

92. En este caso, el daño que sufrió la parte demandante consistió en la interrupción del contrato celebrado y la consecuente pérdida del derecho a ejecutarlo⁵¹ y recibir las ganancias esperadas⁵².

93. En el expediente se encuentra la oferta económica presentada el 8 de julio de 2009 por Diateco SPE al concurso cerrado n.º 516491 por un valor total de \$13.705'885.133 (valor que incluye el IVA liquidado únicamente sobre la utilidad y sobre la administración de gastos reembolsables, equivalente a \$83'456.531)⁵³. De conformidad con el Cuadro Resumen de Costos de la referida oferta (Anexo 4.2), el componente de utilidad⁵⁴ neta esperada por el contratista se pactó bajo el rubro del AIU en un porcentaje fijo del 5.00% calculado sobre el Costo Directo Total (\$10.332'066.330), lo que arroja la suma histórica de \$516'603.316 (sin IVA).

94. Al haberse frustrado la ejecución de las obras por causa imputable en exclusiva a la demandada, dicho valor neto constituye el lucro cesante histórico del consorcio, el cual debe ser actualizado desde la fecha en que estimadamente debió concluir la ejecución del contrato (esto es, julio de 2010) hasta la fecha de corte de la presente providencia (julio de 2026)⁵⁵, de conformidad con la metodología consolidada de esta Corporación, de la siguiente manera:

$$95. \text{Valor actualizado} = \text{Valor histórico} * \frac{\text{IPC final (julio 2026)}}{\text{IPC inicial (julio 2010)}}$$

$$96. \text{Valor actualizado} = \$516'603.316 * \frac{159,85}{72,66}$$

97. El resultado de la anterior operación matemática determina un valor actualizado de \$ 1.136.157.575, suma que se impondrá como condena definitiva a cargo de Ecopetrol S.A. por concepto de utilidad dejada de percibir

⁵¹ Si bien el consorcio mostró dificultades internas en cuanto a su administración, lo cierto es que la figura asociativa no se disolvió. Por lo tanto, en condiciones normales, el consorcio habría tenido la obligación de ejecutar el contrato, con independencia de las definiciones internas en cuanto a su representación.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de septiembre de 2021, radicación n.º 57268, C.P.: Nicolás Yepes Corrales.

⁵³ Dictamen Pericial Financiero (Informe Pericial N.º 119-2016) elaborado y presentado ante el Tribunal Administrativo de Santander por el perito y auxiliar de la justicia, doctor Edgar Fernando Morales Gómez (C.C. No. 91.200.385 de Bucaramanga y Carnet No. 0961 de 2015), Pág. 17 y 18 del informe. (Documento visible en expediente físico a folio 1150 y ss y Expediente digital. Índice Samai 47. Archivo PDF "42_42_680012333000201200229022EXPEDIENTEDIGIC0220230825104646" pág 992 Cuaderno Principal No. 2).

⁵⁴ Folio 948, cuaderno 2.

⁵⁵ Se toma en cuenta que la decisión de adjudicación del 3 de septiembre de 2009, que perfeccionó el contrato, estableció un plazo de ejecución de trescientos seis (306) días calendario a partir de la suscripción del acta de inicio. Como no se firmó tal documento, se tendrá como plazo final de ejecución el 6 de julio de 2010, pues no es posible tener otra fecha como referencia.



98. El demandante también pidió el reconocimiento de los gastos para la presentación de la oferta y aquellas erogaciones para poner en funcionamiento la obra. Estos valores no serán reconocidos, pues se entiende que son inversiones que el consorcio tenía que realizar para obtener la utilidad esperada⁵⁶.

99. Sobre el pago de la utilidad adicional por mejoras esperadas en la gestión de compras y suministros, la Sala debe precisar, como premisa dogmática de orden preferente, que la noción de utilidad en el ámbito de la contratación estatal es un concepto jurídico y económico de carácter eminentemente unitario, inescindible y directamente vinculado al álea contractual.

100. En efecto, cuando esta Corporación accede al reconocimiento del lucro cesante bajo la fórmula abstracta del porcentaje de utilidad contemplado en el AIU de la oferta aceptada (5.00%), se está relevando al contratista de la carga procesal de demostrar que, en la ejecución física de las obras, habría alcanzado de manera efectiva tal margen de ganancia. Esta presunción judicial opera en favor del demandante, precisamente porque la realización material de un proyecto de ingeniería y construcción de esta envergadura se encuentra sometida a múltiples contingencias operativas, desgaste administrativo, fluctuaciones de precios en insumos y riesgos de mano de obra que bien habrían podido erosionar, disminuir o incluso extinguir la utilidad proyectada.

101. Por consiguiente, resulta jurídicamente inadmisibles y desequilibrante del estándar probatorio que la parte actora pretenda, de forma concurrente, beneficiarse de la presunción de haber obtenido la utilidad del 5.00% libre de todo riesgo operacional (dada la inejecución material de la obra) y, simultáneamente, reclamar una utilidad adicional fundada en supuestas economías de escala o rebajas de precios negociadas con terceros proveedores. Admitir que el contratista se adjudique los supuestos beneficios de una gestión de compras que nunca llegó a materializarse en obra, al tiempo que es judicialmente blindado frente a las contingencias de ejecución del proyecto, desnaturalizaría la equidad del resarcimiento contractual, transformando la indemnización de perjuicios en un lucro desproporcionado y carente de causa jurídica real.

102. Bajo este obstáculo sustancial, carece de sustento la pretensión de reconocer la suma de \$1.073'238.482 que el perito financiero calculó (aplicando una reducción del 50%) sobre una teórica ganancia de gestión de \$2.146'476.963.

103. Estas conclusiones no ofrecen certeza del daño. El perito manifestó que revisó copia de las cotizaciones de distintos proveedores que determinaron la mejora en la gestión; sin embargo, no allegó esos documentos al expediente, como lo prescribe el artículo 226 del Código General del Proceso, por lo que no es posible verificar su contenido ni la fecha en que se expidieron.

104. El peritaje tampoco demostró que las empresas consultadas después de la

⁵⁶ "En otras palabras, de haberse ejecutado el contrato durante el plazo estipulado, bajo las condiciones acordadas, el concesionario habría incurrido en todos los costos directos e indirectos asociados a la puesta en funcionamiento del laboratorio y a la prestación de los servicios objeto del contrato, incluidas, entre otras, las erogaciones correspondientes a las obras de infraestructura, adquisición de equipos y contratación de personal cuyo reconocimiento solicita en su demanda, de tal suerte que se trata de gastos que en cualquier caso serían asumidos por el concesionario, aún en el evento de no mediar incumplimiento contractual". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de septiembre de 2021, radicación n.º 57268, C.P. Nicolás Yepes Corrales.



adjudicación fueran las mismas que habían fijado los precios antes de presentar la oferta, y no allegó las cotizaciones a ninguno de esos momentos. El dictamen describe un ahorro posible y lo calcula reduciéndolo a la mitad por equidad, pero ese mismo recurso revela que se trata de un supuesto, no de un hecho probado. Así, lo reclamado no es un perjuicio cierto, sino una ganancia que el consorcio esperaba obtener y que nunca acreditó.

105. En la adición al dictamen el perito señaló que tuvo en cuenta *“los factores de certeza de los convenios de compras con los proveedores del proyecto”* y calculó este perjuicio de la mejora de la utilidad sin disminuir el 50%. Sin embargo, no precisa los convenios de compras a los que hace referencia y el cambio en la valoración de la utilidad obedeció únicamente a la solicitud realizada por el apoderado de la parte demandante, sin que se explicaran los criterios técnicos para mantener –o no- la conclusión inicial.

106. Por otro lado, en la demanda se afirmó que la pérdida de oportunidad por la no ejecución del contrato consistía en las utilidades dejadas de percibir durante dos años de inactividad de SPE Consulting y del vencimiento de las certificaciones de calidad que tenía⁵⁷.

107. Al valorar ese concepto, el perito explicó que el hecho de que el Consorcio no siguiera ejecutando contratos por el vencimiento de sus acreditaciones *“y del rumor generado por la terminación unilateral del contrato (...) aislando al consorcio del escenario de seguir participando de cualquier oportunidad de contratación”*⁵⁸ no podía integrar la estimación del lucro cesante por la falta de documentos o pruebas contundentes que respaldaran ese rubro y lo calificó como un *“daño moral”*.

108. En dictamen también concluyó que *“no encontró pruebas documentarias, que establezca si el Consorcio en esa fecha tenía o no; más obras en ejecución”*⁵⁹ y señaló que *“el consorcio (...) sí tenía la capacidad contractual para desarrollar más obras o contratos”*⁶⁰. En cuanto a las acreditaciones, se limitó a reseñar el marco normativo de la certificación ambiental ISO 14001 y las etapas exigidas para obtenerla.

109. Ni esa experticia ni el restante material probatorio demuestran el nexo de causalidad que debía mediar entre la terminación unilateral y los perjuicios reclamados.

110. La inactividad invocada por dos años no se atribuyó a esa decisión, ya que no obra constancia de que la entidad impidiera al consorcio concurrir a nuevas convocatorias, culminar trabajos pendientes o renovar sus acreditaciones; la medida, por sí sola, no aparejó imposibilidad de seguir contratando.

111. El vencimiento de las certificaciones tampoco se relaciona con la decisión de la entidad, comoquiera que tales reconocimientos pierden vigencia al cumplirse sus propios plazos y el ciclo de renovación que la regulación contempla, y no a raíz de la conducta enjuiciada. Ante la ausencia de certeza del perjuicio y un vínculo causal acreditado, no se reconocerá la pérdida de oportunidad reclamada.

⁵⁷ Folio 20, cuaderno 1.

⁵⁸ Folio 1197, cuaderno 2.

⁵⁹ Folio 1239, cuaderno 2.

⁶⁰ Folio 1239, cuaderno 2.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

La condena en costas

112. Según la remisión del artículo 188 del CPACA, en su redacción original, y según lo establecido en el artículo 365 del CGP, la condena en costas se impone a la parte vencida siempre y cuando estén demostradas.

113. Se condenará en costas de ambas instancias a la demandada, por ser la parte vencida, y su liquidación se hará de forma concentrada por el Tribunal de origen (artículos 361 y 366 del CGP). Las costas comprenden las expensas y gastos del proceso y las agencias en derecho, que se fijan con arreglo a las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura. El numeral 3.1.3. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, vigente cuando se interpuso la demanda, permite fijarlas hasta en el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas.

114. Las pretensiones planteadas en la demanda y reconocidas en esta providencia a título de daño material en la modalidad de lucro cesante, ascendieron a la suma de \$1.136.157.575. En consecuencia, se establece como agencias en derecho la suma equivalente al 0,5% de aquel valor, a favor del Consorcio Diateco SPE, correspondiente a cinco millones seiscientos ochenta mil setecientos ochenta y ocho pesos m/cte (\$5.680.788) porque su apoderado intervino en el trámite de segunda instancia⁶¹.

115. La condena en costas y agencias en derecho se reconocerá a la parte demandante⁶².

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento de Ecopetrol del contrato derivado del concurso cerrado n.º 516491 del 3 de junio de 2009.

TERCERO: CONDENAR a Ecopetrol S.A. a pagar, a título de daño material en la modalidad de lucro cesante (utilidad neta contractual dejada de percibir) a favor del Consorcio Diateco SPE y en virtud de la solidaridad consorcial activa, la suma indexada de MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.136.157.575), correspondiente a la actualización a julio de 2026 de la utilidad histórica neta de QUINIENTOS DIECISÉIS MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS DIECISÉIS PESOS M/CTE (\$516'603.316), conforme a las razones y liquidación

⁶¹ Se precisa que se adopta el criterio de vigilancia del proceso para imponer la condena en costas porque es la posición mayoritaria de la Subsección. No obstante, en concepto de este Despacho, para imponer las costas y agencias en derecho se debe analizar que estén acreditados en el expediente los gastos y que el apoderado haya actuado en la instancia o en su defecto probado la existencia y condiciones del contrato de mandato.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de noviembre de 2025, radicado n.º 72860, C.P.: José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.



Radicación: 68001-23-33-000-2012-00229-02 (65.193)
Demandante: Consorcio Diateco SPE
Demandado: Ecopetrol S.A.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

expuestas en la parte motiva.

En consecuencia, **DENEGAR** las pretensiones indemnizatorias por concepto de “utilidades adicionales por mejoras de gestión con proveedores” (\$1.073'238.482) y por “pérdida de oportunidad/inactividad”, por las razones jurídicas señaladas en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a Ecopetrol S.A. y **FIJAR** las agencias en derecho en suma equivalente A CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$5.680.788), en favor del Consorcio, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. Las costas se liquidarán por el Tribunal *a quo*.

QUINTO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Aclaración de voto

VF

Nota: Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

