

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, nueve (09) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandante: ECOPETROL S.A.
Demandado: TURGAS S.A. E.S.P.
Radicacion: 73001-33-31-001-2011-00539-01
Interno: 00005/19

SISTEMA ESCRITURAL

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el **Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot el 31 de agosto del 2018**, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro de la acción de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** promovida por **ECOPETROL SA** en contra de la sociedad **TURGAS SA ESP**.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de Controversias Contractuales, ECOPETROL SA formuló demanda en contra de la sociedad TURGAS SA ESP., a fin de obtener mediante sentencia judicial una respuesta favorable a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se adicione el Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato N°4017211 suscrita el 30 de septiembre de 2009, en el sentido de ordenar a la sociedad TURGAS SA ESP que, a través de su representante legal, restituya de manera inmediata en favor de ECOPETROL SA el predio denominado “Patio de Tuberías” inmerso en el lote “Estación Toldado” que le fue cedido a título de mera tenencia para cumplir el objeto contractual pactado en el Contrato de Prestación de Servicios N°4017211, retire los elementos de su propiedad y proceda a la demolición de las obras civiles realizadas.

En caso de no acceder a la restitución del predio, se ordene que las obras civiles efectuadas por la sociedad TURGAS SA ESP queden en propiedad de ECOPETROL SA, sin que la entidad estatal petrolera quede obligada a reconocer indemnización alguna a la entidad demandada.

Que se condene a la sociedad TURGAS SA ESP a pagar a ECOPETROL SA los perjuicios ocasionados por la no restitución del predio denominado “Patio de Tuberías” inmerso en el lote “Estación Toldado”, que se tasan en la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000,00), cifra que deberá ser indexada al momento de su pago.

Que se condene a la sociedad TURGAS SA ESP a pagar mensualmente a ECOPETROL S.A. la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000,00), incrementado

anualmente con el IPC, por concepto de canon de arrendamiento contado desde el 1 de octubre de 2009, fecha en que la entidad demandada debió hacer la restitución del predio hasta el día en que efectivamente haga la entrega real y material del mismo a la entidad estatal petrolera.

Que se condene a la sociedad TURGAS S.A. E.S.P. a pagar los gastos y costas procesales.

El anterior petitum fue cimentado por la parte actora en los siguientes,

HECHOS

ECOPETROL SA y la sociedad TURGAS SA ESP celebraron el Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008, cuyo objeto es el *“Suministro de energía eléctrica con un centro de generación de gas, en la estación Toldado de la superintendencia de operaciones Huila – Tolima”* por valor estimado de \$1.123.129.362,00, sin IVA incluido. Como plazo de ejecución se fijó un término de trescientos veinte (320) días o hasta el 31 de diciembre del año 2008 (lo que primero ocurriera) contabilizados a partir del 4 de abril del 2008, fecha de suscripción del Acta de Inicio.

Para desarrollar el objeto contractual pactado, el 21 de abril de 2008 ECOPETROL SA entregó a la sociedad TURGAS SA ESP, a título de mera tenencia, el área correspondiente al Patio de Tubería de la Estación Toldado (predio que se encuentra inmerso dentro de un inmueble de mayor extensión, cuyos linderos se encuentran descritos en la cláusula segunda de la escritura pública N°850 del 2 de diciembre de 2004 de la Notaría Única del Círculo de la Calera, Cundinamarca), que no se encuentra inscrito jurídica ni catastralmente por encontrarse en falsa tradición, como también los equipos y materiales que reposaban en dicho predio, relacionados en el Acta de Entrega firmada ese mismo día.

Debido al incumplimiento de la sociedad TURGAS SA ESP a los términos pactados en el contrato, concretamente los relacionados con el montaje de producción de energía, el Interventor del contrato en reiteradas ocasiones requirió a la sociedad TURGAS SA ESP para que ejecutara la labor contratada.

No obstante, el 26 de diciembre de 2008 ECOPETROL SA adicionó al Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008 en la suma de \$291.000.000,00 sin IVA incluido, para un valor total de \$1.414.129.362,00, sin IVA incluido y, el 30 de diciembre de 2008 amplió el plazo de ejecución del referido contrato hasta el 31 de marzo de 2009.

ECOPETROL S.A. solicitó el 30 de julio de 2009 a la sociedad TURGAS SA ESP la restitución del inmueble ocupado. En consecuencia, el representante legal de la sociedad TURGAS SA ESP presentó a ECOPETROL SA reclamación de perjuicios a su favor, solicitud que fue rechazada por la entidad estatal petrolera.

El 30 de septiembre de 2009, una vez cumplidos los trámites pertinentes y como quiera que, a juicio de Ecopetrol, había vencido el plazo para llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato, ECOPETROL SA liquidó de manera unilateral el Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008, por considerar que la sociedad TURGAS

SA ESP no había cumplido con la totalidad del objeto contractual pactado. Sin embargo, al momento de suscribir el Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato N°4017211, no hizo referencia alguna en dicho documento respecto de la restitución del área correspondiente al Patio de Tubería de la Estación Toldado ni sobre los equipos y materiales que reposaban en dicho predio, relacionados en el Acta de Entrega del 21 de abril de 2008.

Por considerar que la actitud renuente del contratista le estaba causando graves perjuicios, la entidad estatal petrolera acudió ante esta jurisdicción bajo la acción de Controversias Contractuales para que se adicione el Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato N°4017211 suscrita el 30 de septiembre de 2009, en sentido de ordenar a la sociedad TURGAS SA ESP que, a través de su representante legal, restituya de manera inmediata en favor de ECOPETROL SA, el predio Patio de Tubería de la Estación Toldado, que le fue cedido a título de mera tenencia para cumplir el objeto contractual pactado en el Contrato de Prestación de Servicios N°4017211, retire los elementos de su propiedad, demuela las obras civiles realizadas y se realice la respectiva condena de perjuicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sociedad TURGAS SA ESP

A través de apoderado judicial se opuso a todas las pretensiones planteadas en la demanda por carecer de fundamentos de derecho. (fls. 100 al 127, Cuaderno Principal Tomo II, expediente digital)

Manifestó que ECOPETROL SA. antes, durante y después de la celebración del Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008 ha ostentado siempre la posesión y tenencia material del predio correspondiente al Patio de Tubería de la Estación Toldado, al ser su propietaria.

Aunado a lo anterior, aclaró que, a partir del 31 de marzo de 2009, fecha en la que se terminó el contrato, la sociedad que representa dejó de tener cualquier tipo de contacto con el predio que motiva la litis, razón por la cual considera injustificada la pretensión de restitución elevada por el accionante.

Por otra parte, respecto al Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato N°4017211 suscrita el 30 de septiembre de 2009, alegó que ECOPETROL SA no reconoció el valor de las obras civiles, eléctricas, mecánicas ni la instalación de las infraestructuras correspondientes al Centro de Generación de Gas para el suministro de la energía pactada en el precitado contrato, obra ejecutada en su predio y para su beneficio y tampoco reconoció las utilidades dejadas de percibir por la Sociedad TURGAS SA ESP.

Presentó la excepción previa de *“Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales”* y las excepciones de mérito que denominó: *“Ad impossibilia nemo tenetur: TURGAS S.A. E.S.P. no puede restituir un predio que no tiene jurídica ni materialmente en su poder: nadie está obligado a lo imposible”, “Las obras civiles ejecutadas por TURGAS S.A. E.S.P. en el área de la Estación Toldado en ejecución del contrato N°4017211 del 20 de febrero de 2008 son parte del inmueble de propiedad de ECOPETROL SA, luego TURGAS SA ESP no puede ser obligada a restituir un inmueble*

que no tiene ni jurídica no materialmente, además con daño en cosa ajena”, “ECOPETROL S.A. puede disponer libremente de las obras civiles que fueron construidas por TURGAS SA ESP en ejecución del contrato °4017211 del 20 de febrero de 2008, y que pasaron a conformar el inmueble de su propiedad en la Estación Toldado conforme a los artículos 656, 657 y 658 del Código Civil, en concordancia con el artículo 669 del Código Civil”, “TURGAS SA ESP no ha ocasionado perjuicio alguno a ECOPETROL SA, por el contrario ECOPETROL SA ha ocasionado un grave detrimento económico tanto a TURGAS SA ESP como al patrimonio público”.

SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante sentencia proferida el 31 de agosto de 2018 declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, declaró terminado el proceso. (fls. 255 al 265, Cuaderno Principal Tomo II, expediente digital)

Para llegar a la anterior decisión estableció que, la parte actora pretende a través de la acción de controversias contractuales regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo la adición del Acta de Liquidación Unilateral del Contrato N°4017211 suscrito por ECOPETROL S.A. y la Sociedad TURGAS S.A. E.S.P., en el sentido de ordenar a la sociedad accionada restituir el predio denominado Patio de Máquinas, el cual es propiedad de la accionante.

Bajo ese entendido, precisó el A quo que, si bien es cierto, la normatividad en cita preceptúa que, con la acción de controversias contractuales cualquiera de las partes de un contrato estatal puede pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios; también lo es que, en el presente asunto, ECOPETROL S.A. está debatiendo la legalidad de su propio acto administrativo, razón por la cual, debió adelantar una acción de lesividad en contra del Acta de Liquidación Unilateral del Contrato N°4017211, en la que liquidó el contrato unilateralmente sin plasmar o incluir la solicitud de restitución del predio objeto de la litis.

IMPUGNACIÓN

ECOPETROL S.A.

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot el 31 de agosto de 2018, solicitando que se revoque en su integridad y, en su lugar, se despachen de manera favorable las pretensiones de la demanda. (fls. 275 al 289, Cuaderno Principal Tomo II, expediente digital)

Alegó que el A quo, al momento de proferir la sentencia acusada, se equivocó al establecer que la acción a escoger para la presente demanda era la de Lesividad y no la de Controversias Contractuales pues lo que se está solicitando es la adición del Acta de Liquidación Unilateral y no la nulidad de la misma, pues, tanto el trámite surtido como la decisión que contiene dicho acto administrativo están conforme a la Ley y las normas pactadas en el manual de contratación vigente para ECOPETROL S.A.

Bajo ese entendido recordó que con la Acción de Lesividad o de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se pretende restaurar el ordenamiento jurídico transgredido con la expedición de un acto administrativo para obtener, en consecuencia, la reparación de los derechos subjetivos vulnerados con dicha actuación. No obstante, señaló que dichas características no encajan en el presente asunto, pues en la expedición del Acta de Liquidación Unilateral no se configuró ninguna de las causales de nulidad preceptuadas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Advirtió que, aun en gracia de discusión, si la acción procesal a seguir dentro del presente proceso fuese el de Lesividad (Nulidad y Restablecimiento del Derecho), de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, es al Juez a quien le corresponde adecuar la clase de acción procesal a seguir, con base en las pretensiones y pruebas allegadas al plenario, en aras de evitar un fallo inhibitorio.

Por las razones expuestas, concluyó que, el Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato N°4017211 suscrita el 30 de septiembre de 2009, constituye un verdadero acto contractual, motivo por el cual, la acción procesal que procede es la de Controversias Contractuales.

TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante auto del 25 de febrero de 2019 se admitió el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante. Posteriormente, mediante auto del 26 de abril de 2019 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

En el transcurso de dicha instancia, **el apoderado judicial de ECOPETROL S.A.** (fls. 316 al 325, Cuaderno Principal Tomo II, expediente digital) reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte, **el apoderado judicial de la Sociedad TURGAS S.A. E.S.P.** (fls. 326 al 338, Cuaderno Principal Tomo II, expediente digital) solicitó a esta Corporación confirmar en su integridad la sentencia proferida el 31 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, toda vez que la parte accionante no expuso en el escrito de demanda los fundamentos de derecho de las pretensiones elevadas, configurándose con ello una inepta demanda por falta de los requisitos formales preceptuados en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Asimismo, manifestó que la acción de Controversias contractuales no es la oportunidad procesal pertinente para adicionar el contrato, habida cuenta que, es en su liquidación cuando se establecen las obligaciones que quedaron pendientes.

Finalmente, reiteró que no es posible dar cumplimiento a la pretensión de restitución del predio alegado, porque dicho inmueble siempre ha estado en posesión y tenencia de ECOPETROL S.A.

Encontrándose el proceso en estado de decidir, a ello se procede, con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 133 del C.C.A., esta Corporación es competente para resolver el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia del 31 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot. Artículo 83 y 84 del CCA

PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto consiste en establecer si la acción de Controversias Contractuales escogida por la parte demandante es la adecuada para solicitar la adición del Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato de Prestación de Servicios N°4017211 suscrita el 30 de septiembre de 2009, para que se ordene a la sociedad TURGAS SA ESP que, a través de su representante legal, restituya de manera inmediata en favor de ECOPETROL SA el predio denominado “Patio de Tuberías” inmerso en el lote “Estación Toldado” que le fue cedido a título de mera tenencia para cumplir el objeto contractual pactado en el Contrato de Prestación de Servicios precitado, tal como lo afirma el apoderado judicial de ECOPETROL SA en su recurso de apelación y, en consecuencia, se deberá revocar la sentencia apelada, o si, por el contrario, debe confirmarse la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot por considerar que si se configuró la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, pues si lo pretendido por la parte accionante era modificar su propio acto administrativo, la acción que debió iniciar era el de Nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de Lesividad.

TESIS DE LA SALA

Consiste en afirmar que, si bien es cierto, la acción procedente para dirimir lo solicitado por la parte demandante es la de Controversias Contractuales, en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de caducidad, toda vez que, la demanda se interpuso por fuera de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato, teniendo en cuenta que, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136 numeral 10, literal b. del C.C.A. porque, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 el Contrato de Prestación de Servicios N°4017211 suscrito entre Ecopetrol y la demandada, por tratarse de un contrato cuyo objeto se encontraba enmarcado en el objeto social o giro ordinario de los negocios de Ecopetrol SA, no requería de liquidación al regirse por las reglas del derecho privado.

FUNDAMENTO DE LA TESIS DEL DESPACHO

Teniendo en cuenta que Ecopetrol SA aduce que, la acción de Controversias Contractuales es la adecuada para solicitar la adición del Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato de Prestación de Servicios N°4017211 suscrita el 30 de septiembre de 2009, esta Sala considera necesario realizar un análisis general respecto a: *i) el régimen jurídico aplicable a los contratos de Ecopetrol S.A., ii) la no exigibilidad de la etapa liquidatoria en los contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el derecho privado y iii) la acción contractual y el cómputo del término de caducidad en los contratos regidos por el derecho privado.*

Del régimen jurídico aplicable a los contratos de Ecopetrol S.A.

La Ley 1118 de 2006 *“Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”*, estableció en su artículo 6 lo que a continuación se transcribe:

“ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN APLICABLE A ECOPETROL S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”.

Bajo ese entendido, Ecopetrol S.A. es una compañía del orden nacional, organizada bajo la forma de una sociedad anónima, de economía mixta, de carácter comercial, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que al hacer parte del sector petróleo y gas, participa en todas las facetas o etapas de la cadena de hidrocarburos.

Pese a estar constituida en gran parte con capital o aportes del Estado, a los negocios jurídicos que lleve a cabo para administrar y desarrollar su objeto social no le serán aplicables las regulaciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 80 de 1993, ni sus decretos reglamentarios pues, conforme a la normatividad en cita, al constituirse como sociedad de economía mixta, los actos jurídicos, contratos y actuaciones celebradas por Ecopetrol S.A. se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado – ley civil y comercial-.

De la no exigibilidad de la etapa liquidatoria en los contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el derecho privado

Teniendo en cuenta que a los contratos regidos por las reglas del derecho privado no le son aplicables las disposiciones normativas preceptuadas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 80 de 1993, ni sus decretos reglamentarios, a las partes contractuales no les asiste la obligación de pactar la liquidación bilateral de un contrato de tracto sucesivo.

Sin embargo, nada impide que los contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, si así lo consideran, pacten su liquidación, la cual, debe respetar las disposiciones de orden público. Respecto a este asunto, el Consejo de Estado ha manifestado que:

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

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

contra de normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho.¹

Por consiguiente, los contratantes al pactar la facultad de liquidar un contrato estatal quedan sometidos al ordenamiento jurídico y no pueden modificar a su arbitrio términos legalmente establecidos, tales como, el término de caducidad. Frente a este asunto nuestro máximo órgano de cierre ha indicado que:

“Por último, se debe tener claro que la oportunidad en la presentación de la demanda -y por ende la no ocurrencia a de la caducidad de la acción-, hace parte de los presupuestos procesales de la acción o medio de control de controversias contractuales, con independencia de que el contrato se rija por el derecho privado.”²

En ese orden de ideas, en los contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el derecho privado no es exigible legalmente llevar a cabo la etapa de liquidación, bien sea esta unilateral o bilateral. No obstante, las partes contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden pactar la liquidación del contrato, convenio que resulta totalmente válido, siempre y cuando no se atente contra el ordenamiento jurídico y los principios que orientan la actividad contractual.

De la acción contractual y el cómputo del término de caducidad en los contratos regidos por el derecho privado.

De acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, normatividad vigente para la época de los hechos, a través de la acción de controversias contractuales cualquiera de las partes de un contrato estatal puede solicitar que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.

Cabe señalar que en la Ley 1107 de 2006, modificatoria de la Ley 80 de 1993, se introdujo una modificación del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo para incluir el conocimiento por parte de esta jurisdicción de las actuaciones contractuales que las entidades públicas realizaran, aún bajo las normas del derecho privado, quedando entonces dicho artículo así:

***Artículo 82.** Modificado por la Ley 1107 de 2006. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. (...)*

Por su parte, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo preceptuaba que el término de caducidad para la acción de Controversias contractuales es de dos (2) años

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 19 de julio de 2017, expediente n.º 2011-00554-01(57394). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, sentencia de 9 de marzo de 2016, expediente n.º 55319, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico

contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

“Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...) 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*
- b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;***
- c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;*
- d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;*
- e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.”*
- f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento”. (Resalta la Sala)*

Conforme a lo anterior, los contratos estatales que se rigen por el derecho privado, al no requerir liquidación, la norma de caducidad que los rige es la establecida en el literal b del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto al cómputo del término de caducidad de la acción de Controversias Contractuales en tratándose de contratos estatales que se rigen por el derecho privado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“El a quo consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de

septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció.

“Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

“Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado.

“En este orden de ideas, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136.10, lit. b) del CCA., teniendo en cuenta que este contrato no requiere liquidación, porque la ley no la impuso, ni las partes la pactaron. (Se destaca)”³

CASO CONCRETO

Observa esta Colegiatura que, entre ECOPETROL S.A. y la sociedad TURGAS S.A. E.S.P. se celebró el Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008, cuyo objeto era el “Suministro de energía eléctrica con un centro de generación de gas, en la estación Toldado de la superintendencia de operaciones Huila – Tolima” por un valor estimado de \$1.123.129.362,00, sin IVA incluido. Como plazo de ejecución del contrato se fijó un término de 320 días o hasta el 31 de diciembre del año 2008, lo primero que ocurra, contabilizados a partir del 4 de abril del 2008, fecha de suscripción del Acta de Inicio. (fls. 158 al 167, Cuaderno Principal Tomo I, expediente digital)

Para desarrollar el objeto contractual pactado, con el Acta de Entrega firmada el 21 de abril de 2008, ECOPETROL SA entregó a la sociedad TURGAS SA ESP el área correspondiente al Patio de Tubería de la Estación Toldado, en el que reposaban equipos y materiales, los cuales quedaron en custodia y protección de TURGAS SA ESP (fls. 191 al 193, Cuaderno Principal Tomo I, expediente digital)

Mediante Acta de Acuerdo N°1 del 26 de diciembre de 2008, ECOPETROL SA adicionó al Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008 en la suma de \$291.000.000,00, sin IVA incluido, para un valor total del contrato de \$1.414.129.362,00, sin IVA incluido. (fls. 271 al 273, Cuaderno Principal Tomo I, expediente digital)

El 30 de diciembre del 2008, por medio de la Adición N°1 al Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008, se acordó ampliar el plazo de ejecución

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero.

del referido contrato hasta el **31 de marzo de 2009, es decir, en dicha fecha feneció la relación contractual.** (fls. 188 al 190, Cuaderno Principal Tomo I, expediente digital)

ECOPETROL S.A. aduciendo que actuaba en uso de sus facultades legales y reglamentarias, a través del Acta de Liquidación Final Unilateral del **30 de septiembre de 2009**, liquidó de manera unilateral el Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008. (fls. 83 al 94, Cuaderno Principal Tomo II, expediente digital)

Mediante apoderado judicial, ECOPETROL SA interpuso la acción de Controversias Contractuales contra TURGAS SA ES., para que se adicione el Acta de Liquidación Final Unilateral del Contrato N°4017211 suscrita el 30 de septiembre de 2009, en el sentido de ordenar a la sociedad TURGAS SA ESP que, a través de su representante legal, restituya de manera inmediata en favor de ECOPETROL SA. el predio Patio de Tubería de la Estación Toldado que le fue cedido a título de mera tenencia para cumplir el objeto contractual pactado en el Contrato de Prestación de Servicios N°4017211, retire los elementos de su propiedad, demuela las obras civiles realizadas y se realice la respectiva condena de perjuicios.

En sentencia del 31 de agosto de 2018, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, y, en consecuencia, declaró terminado el proceso, por considerar que la parte accionante debió adelantar el presente asunto como una acción de lesividad en contra de su propio acto.

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación en contra de dicha decisión, aduciendo que lo que se está solicitando con la acción de Controversias Contractuales interpuesta es la adición del Acta de Liquidación Unilateral y no la nulidad de la misma para que sea procedente la Acción de Lesividad - Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Establecido lo precedente, advierte esta Judicatura que el régimen sustancial de contratación que reglamenta el Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008 es el derecho privado, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, como quiera que su objeto pactado corresponde al giro normal de los negocios y el objeto de Ecopetrol SA establecidos en el artículo 34 del Decreto - ley 1760 de 2003 y el artículo 4 de la ley 1118 de 2006.

Por consiguiente, en el contrato celebrado por Ecopetrol SA y la sociedad TURGAS SA ESP, los asuntos relacionados con i) la selección del contratista; ii) los elementos de existencia del contrato; iii) los requisitos de validez del contrato; iv) las cláusulas contractuales y v) la ejecución y liquidación de los contratos, se rigen por las normas de derecho privado, ya sean las del Código Civil o las del Código de Comercio.⁴

En ese orden de ideas, todos los actos expedidos por Ecopetrol SA durante las etapas precontractual, contractual y postcontractual no pueden ser considerados como actos administrativos, sino como actos jurídicos privados, al haber sido proferidos en el ejercicio de la autonomía privada.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de marzo de 2011, rad. 16246.

Bajo ese entendido, no comparte esta Sala los argumentos esgrimidos por el A quo en la sentencia objeto de apelación, en cuanto a que, en el presente asunto, Ecopetrol SA como parte accionante, al debatir la legalidad de su propio acto administrativo, debió adelantar una acción de lesividad en contra del Acta de Liquidación Unilateral del Contrato N°4017211, en la que liquidó unilateralmente el contrato sin incluir en ella la obligación del contratista de restituir el predio correspondiente al Patio de Tubería de la Estación Toldado, pues, se reitera, dicha acta de liquidación del contrato al ser proferida por Ecopetrol SA, si bien constituye un acto jurídico, no constituye un acto administrativo, razón por la cual, no puede ser demandada en Lesividad.

Por otra parte, si bien es cierto, en el presente asunto existe un documento expedido por Ecopetrol denominado Acta de Liquidación Final Unilateral del 30 de septiembre de 2009, este no constituye un hito cronológico para establecer el término de caducidad de la acción de controversias contractuales pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 el Contrato de Prestación de Servicios N°4017211, por tratarse de un convenio cuyo objeto se encontraba enmarcado en el objeto social o giro ordinario de los negocios de Ecopetrol SA, no requería de liquidación al estar regido por las reglas del derecho privado y al no estar sujeto a las disposiciones normativas preceptuadas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Adicionalmente, revisado el clausulado del Contrato de Prestación de servicios N°4017211 del 20 de febrero de 2008, se evidencia que, las partes contractuales **no pactaron la obligación de liquidar el contrato, unilateral o bilateralmente**, por lo que, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136 numeral 10, literal b. del C.C.A.

En virtud de lo anterior, tomando en consideración que el contrato referido terminó el **31 de marzo de 2009**, Ecopetrol como parte accionante contaba con dos (2) años a partir de esa fecha para interponer la acción de controversias contractuales para que esta jurisdicción se pronunciara frente a cualquier reclamación proveniente del anotado contrato, es decir, hasta el **31 de marzo de 2011**.

Ecopetrol S.A. presentó la solicitud de conciliación extrajudicial el 29 de abril de 2011, diligencia que o tuvo la virtualidad de suspender el término de caducidad de la acción pues para esa fecha ya había operado dicho fenómeno jurídico, y como la demanda se radicó el 30 de septiembre de 2011, según consta en el Acta Individual de Reparto, se concluye que la misma se ininterpuso por fuera del término legal.

Por todo lo anterior, sin más consideraciones, habrá de revocarse la Sentencia proferida el 31 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, en la que se declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, para declarar en su lugar, oficiosamente, la caducidad de la acción de controversias contractuales instaurada por ECOPETROL SA en contra de la sociedad TURGAS SA ESP, conforme a los argumentos esgrimidos a lo largo de la presente providencia.

COSTAS

Por no estar acreditada la existencia de mala fe o exceso del derecho en la promoción de este recurso por las partes apelantes, la Sala se abstiene de condenar en costas.

Acción: Controversias Contractuales

Demandantes: Ecopetrol S.A.

Demandados: TURGAS S.A. E.S.P.

Número Interno: 00005/19

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia proferida el 31 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR LA CADUCIDAD de la acción de controversias contractuales instaurada por ECOPETROL S.A. en contra de la sociedad TURGAS S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

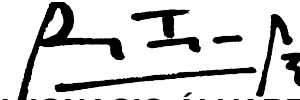
Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ



ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA