

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 25000-23-36-000-2017-01974-01 (61132)

Actor: TRANSPORTADORA FLUVIAL DEL CARIBE S.A.S – TRANSFLUCAR S.A.S

Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS –ECOPETROL-

Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Asunto: EXCEPCIONES PROPUESTAS EN AUDIENCIA INICIAL – normatividad aplicable – concepto – CADUCIDAD CONTROVESIAS CONTRACTUALES

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada -ECOPETROL- en el marco de la audiencia inicial del 28 de febrero de 2018, realizada por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró impróspera la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada, y declaró legitimado en la causa por activa a TRANSFLUCAR SAS y en la causa por pasiva a ECOPETROL S.A.

ANTECEDENTES

1.- En demanda del **21 de julio de 2015**, por la sociedad Transportadora Fluvial del Caribe SAS., representada legalmente por la señora Esperanza Gelvez Rodríguez, mediante apoderado judicial instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que solicitó que se declarara la nulidad de la comunicación del 25 de noviembre de 2014 dirigida a esa sociedad, mediante la que se le informó sobre la declaración fallida del proceso de selección mediante la modalidad de contratación directa N° 50042990, así como, del oficio expedido el 02 de enero de 2015 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad actora.

2.- Por medio de auto del 29 de julio de 2016, la Subsección B, la Sección de Decisión Oral, del Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda presentada por la Transportadora Fluvial del Caribe Transfulcur S.A.S., contra la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol S.A.¹.

3.- La demanda fue contestada de manera oportuna por el apoderado de la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL S.A.- en la que se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones previas de: **i)** falta de legitimación por factor territorial, y **ii)** caducidad de la acción, la cual sustentó en que el régimen aplicable a esa entidad es la del derecho privado, en concordancia con los principios de la función administrativa y gestión fiscal (Ley 1118 de 2006 y 1150 de 2007) y de acuerdo con el numeral 4.4.1 del Manual de Contratación de Ecopetrol. En ese orden de ideas, el acto de declaratoria del fallido proceso de selección N° 50042990 no es un acto administrativo y por consiguiente no era procedente el recurso de reposición contra dicho acto. Así las cosas, el acto de declaratoria de fallido se expidió el 25 de noviembre de 2014, la convocante radicó recurso de reposición el 26 de noviembre siguiente, el cual se le dio contestación mediante comunicado del 02 de enero de 2015, en el que se le indicó que el recurso no procedía porque este no era un acto administrativo, *“por lo tanto el termino para interrumpir la caducidad se debe tomar no desde la comunicación de Enero de 2015, sino desde la comunicación de la declaratoria de fallido, plazo que venció el 25 de Marzo de 2015, siendo radicada la presente solicitud en Ecopetrol el 30 de abril de 2015, superando los cuatro (4) meses que contemplaba la ley, razón para que se declare la prosperidad de esta excepción”*.

¹ FI.106-107 del C.1

4.- Surtido el anterior trámite, el 04 de octubre de 2017 el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral – Sección B realizó la audiencia inicial en la que declaró probada la excepción de falta de competencia territorial pues el domicilio de la entidad demandante es en la ciudad de Bogotá, así como, el de la entidad demandada, por lo que ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca; decisión que no fue recurrida, por lo que la misma quedó en firme ese mismo día.

5.- Allegado el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 18 de diciembre de 2017 resolvió avocar conocimiento del presente medio de control y fijó fecha para la continuación de la audiencia inicial para el 28 de febrero 2018 a las 11:00 de la mañana.

6.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A adelantó el trámite de la continuación de la audiencia inicial de conformidad a lo dispuesto en el artículo 180 del CPACA, en el mismo desató las excepciones previas propuestas por la entidad demandada, las cuales resolvió así: **i)** Declarar impróspera la excepción de caducidad propuesta por el demandado ECOPETROL S.A., **ii)** Declarar legitimado en la causa por activa como demandante a la sociedad Transportadora Fluvial del Caribe TANSFLUCAR S.A.S., y **iii)** Declarar legitimada en la causa por pasiva como demandado a ECOPETROL S.A.

7.- En el mismo trámite de la audiencia inicial la apoderada de Ecopetrol interpuso recurso de apelación contra la decisión que declaró impróspera la caducidad del medio de control, arguyó que si bien, esa es una entidad de naturaleza jurídica mixta, lo cierto es que sus negocios se rigen por régimen privado, por lo que la caducidad de se debe contabilizar a partir de la comunicación del acto de declaratoria fallido del proceso de selección N° 50042990, el cual data de 25 de noviembre de 2014, toda vez, que este no es un acto administrativo, por consiguiente no es procedente el recurso de reposición contra esta decisión; por otra parte, indicó que la jurisprudencia de esta Corporación ya estableció que la naturaleza de los actos jurídicos dentro del proceso de contratación, serían meramente actos jurídicos.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que le atribuye al Consejo de Estado la competencia para resolver los recursos de apelación contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos y en atención a que la decisión del juez en audiencia inicial que no declaró probadas las excepciones de caducidad y de falta de legitimación en la causa por pasiva son apelables, conforme lo enseña el numeral 6° del artículo 180 *ibídem*.

A su vez, es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandada en contra de la decisión adoptada en la audiencia de 28 de febrero de 2018, como quiera que el presente proceso tiene vocación de doble instancia en razón a la cuantía, pues la pretensión mayor individualmente considerada asciende a la suma de \$2.019.281.732, equivalente a 3.133 salarios mínimos mensuales de 2015, año de presentación de la demanda, a razón de \$644.315.00 el salario mínimo legal mensual, al tenor de lo dispuesto en los artículos 152.6 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Teniendo en cuenta el objeto de la apelación, surgen para el Despacho un problema a resolver: **i) si en el sub lite operó o no el fenómeno de caducidad del medio de control incoado**. Previo a resolver el problema jurídico pertinente la Sala precisa que se pronunciara sobre:

2- La naturaleza jurídica del medio de control y término de caducidad

Sobre este particular es oportuno traer a colación que la caducidad del medio de control contencioso administrativo como instituto procesal obtiene soporte y fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política. Dicho fundamento constitucional determina la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico, buscando ante todo la protección material de los derechos y la resolución definitiva

de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social^{2 3}.

Conforme a la estructuración conceptual de nuestra legislación, la figura de la caducidad de los medios de control es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un lapso habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales⁴. En esta perspectiva el legislador ha considerado que la no materialización del término límite establecido para la correspondiente caducidad constituye otro de los presupuestos para el debido ejercicio de las acciones contencioso administrativas que estuvieren condicionadas para estos efectos por el elemento temporal⁵.

Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad jurídica para los asociados y la administración desde la perspectiva procesal, generando certidumbre en cuanto a los tiempos de las personas para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales⁶. En este sentido, las consecuencias del acaecimiento de la condición temporal que es manifiesta en toda caducidad implica la

² Corte Constitucional, SC-165 de 1993. “Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros”.

³ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. “El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”.

⁴Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia”.

⁵ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. “Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio”.

⁶Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 13 de octubre de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz: “De otro lado, resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual ya no es posible controvertir algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería avocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal entorpecerían el desarrollo de las funciones públicas. Ha dicho la Corte: ‘La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado’. Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación de plazo para impugnar ciertos actos –y es algo en lo que se debe insistir– está sustentada en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se interesen y participen prontamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico. Ha añadido la Corte: ‘El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”.

pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública⁷.

De manera concreta, en relación con la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, acción aplicable al caso bajo estudio, toda vez que se está cuestionando un acto jurídico proferido por ECOPEPETROL en un proceso precontractual de –contratación directa- dispone el artículo 164.2 literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que “*Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso*”.

Además, el numeral 1° del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagró como requisito previo para demandar, el trámite de la conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, como requisito de procedibilidad cuando se formulen pretensiones relativas a controversias contractuales.

Considerando que **la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado, solo se debe proceder a su declaración cuando existan elementos de juicio que generen certeza en el juez respecto de su acaecimiento;** por lo que ante la duda se deberá dar trámite al proceso a fin de que en el mismo se determine, sin asomo de dudas, la configuración o no de la caducidad.

De otra parte ha señalado **la Jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, por tanto, al adoptar un criterio orgánico, se ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza.**

En este sentido se ha dicho que, son contratos estatales “todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”, y estos últimos, donde se ajustan los que celebra Ecopetrol S.A., son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.

Lo anterior, encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, la norma legal permite concluir que todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben considerarse como contratos de naturaleza estatal, atendiendo al criterio orgánico, a la luz del cual es posible afirmar que en tanto Ecopetrol S.A., tenía el carácter de entidad estatal, el contrato celebrado por las partes participa de la naturaleza estatal y de sus conflictos conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como se ha indicado por esta Corporación en anteriores situaciones similares⁸.

3. Naturaleza jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol- y el régimen aplicable a los actos jurídicos dictados por ésta.

⁷Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998, M. P.: Hernando Herrera Vergara: “La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

⁸ Al respecto se ha acogido por la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación dicho planteamiento jurisprudencial. Véase expediente No. 68001-23-33-000-2014-00088-01(54067) en auto de Sala de 08 de junio de 2016. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

A través de la Ley 165 del 27 de diciembre de 1948⁹ se autorizó al Gobierno Nacional para la creación de una Empresa Colombiana de Petróleos, en principio de carácter mixto, cuyo patrimonio contara con la participación de la nación y de capital privado nacional y extranjero, señalándose que de no ser ello posible se organizaría como empresa Oficial.

Posteriormente, mediante el Decreto 30 del 09 de enero de 1951¹⁰ el Gobierno la organizó como una empresa oficial con autonomía y personería jurídica que tendría a su cargo la concesión petrolera “*De Mares*”¹¹, con sus oleoductos y demás instalaciones referentes a la explotación, refinación y transporte de petróleo y derivados que revertieron a la Nación¹², iniciando así su intervención en la cadena de producción de petróleo, teniendo en cuenta que la exploración y explotación de ese producto se encontraba a cargo de compañías extranjeras, debido a la política estatal y a los altos costos y complejidad técnica inherentes a esta actividad

Mediante el Decreto 3211 del 9 de diciembre de 1959¹³ se reorganizó como una empresa de carácter industrial y comercial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, pudiendo actuar en su organización interna y en sus relaciones con terceros como sociedad comercial, siendo autónoma para realizar todos los actos, operaciones y contratos que desarrollaran su objeto, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado.

Por medio del Decreto No. 1760 del 26 de junio de 2003¹⁴, se ordenó la Escisión de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol- dando origen a la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia y aquella a su vez quedó organizada como sociedad pública por acciones, denominada Ecopetrol S.A., con capital 100% estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regida por sus propios estatutos.

⁹ “*Por la cual se promueve la organización de una empresa colombiana de petróleo y se dictan otras disposiciones*”, Publicada en el Diario Oficial No. 26.904 del 28 de diciembre de 1948.

¹⁰ “*Por la cual se organiza la Empresa Colombiana de Petróleos*”, Publicada en el Diario Oficial No. 27.520 del 30 de enero de 1951.

¹¹ Como desarrollo de la legislación vigente a principios de este siglo, en 1905 Don Roberto De Mares y el General Virgilio Barco obtuvieron del Gobierno Nacional las concesiones localizadas en Santander – Área de Barrancabermeja – y en Norte de Santander – Área de Tibú – en cercanías de Cúcuta. Por problemas tecnológicos y financieros, se efectuaron los traspasos de estas concesiones a empresas extranjeras, y comenzó efectivamente la explotación y refinación de petróleo de la concesión De Mares a partir del 25 de agosto de 1921, por parte del Tropical Oil Company, y para la concesión Barco, la explotación comercial se inició a partir del 20 de junio de 1931 por parte de la Colombian Petroleum Company (COLPET) y South American Gas Oil Company (SAGOC). En los contratos de concesión así negociados se determinó una política de precios de crudos con destino a la refinación interna referidos a los mercados de Nueva York, el primero, y de Puerto Arturo (Texas), el segundo, para crudos de características físico-químicas similares. Desde la suscripción de estos contratos hasta la reversión de De Mares, que condujo a la creación de la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL), se otorgaron otras varias concesiones de las cuales sólo resultaron comercialmente explotables la concesión dada a la Shell Cóndor S.A. en las áreas de Casabe y Yondó en Antioquia, y la concesión. El difícil en el Departamento del Magdalena, que inicialmente fue productora de crudo y hoy es solamente de gas natural. Los contratos de concesión antes relacionados revertieron a la Nación y produjeron hasta el momento de la reversión un total de 852 millones de barriles de petróleo y 923 giga pies cúbicos de gas.

¹² A raíz de la reversión de la concesión De Mares, se expidió el Decreto 030 del 9 de enero de 1951, organizando la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol -, con capital totalmente estatal. Ecopetrol ha tenido y tiene objetivos muy claros: exploración y explotación de las reservas nacionales de hidrocarburos y suministro oportuno a la sociedad colombiana de la energía derivada del petróleo.

¹³ “*Por el cual se dictan las normas de reorganización de la Empresa Colombiana de Petróleos*”, Publicada en el Diario Oficial No. 30.133 del 29 de diciembre de 1959

Para esa fecha Ecopetrol tenía a su cargo las siguientes funciones a saber: a) administrar, explotar y manejar los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimientos, y en general todos aquellos bienes muebles e inmuebles que constituyen su patrimonio; b). Constituir y organizar, cuando la Junta de Directores lo estime conveniente, con la participación del capital privado, sociedades comerciales que tengan por objeto el transporte y distribución de combustibles en el país, o cualquier otra actividad que se relacione con el aprovechamiento de los hidrocarburos y sus derivados; sociedades estas que quedaban sometidas al derecho común sin que pudieran gozar de exención o privilegio alguno; y c). Ejecutar todas las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas y celebrar toda clase de negocios en conexión con tales actividades o todos los actos, operaciones y contratos que convengan a tales fines.

¹⁴ “*Por la cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Sociedad Promotora de energía de Colombia S.A.*”, Publicada en el Diario Oficial No. 45.230 del 26 de junio de 2003.

Finalmente a través la Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006¹⁵, la Empresa Colombiana de Petróleos se organizó como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, de orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, también denominada Ecopetrol S.A. estableciéndose que a todos sus **actos jurídicos, contratos y demás actuaciones encaminadas al desarrollo de su objeto** social se les aplicaría **de forma exclusiva las normas de derecho privado**, con independencia del porcentaje de participación del estado en su capital social.

Ahora bien, en el presente asunto se encuentra que para septiembre de 2013, para la época en la que se adelantó el proceso de selección “*concurso cerrado Plurinegocial*” la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A., ostentaba la naturaleza jurídica de Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, así como que sus actos y contratos se rigen por las normas de derecho privado.

4.-Procedencia de los recursos contra los actos jurídicos dictados por la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL-que se rigen por normas de derecho privado.

Previo a pronunciarse sobre la procedencia de los recursos el Despacho procede a diferenciar entre la noción de elementos del acto administrativo y de elementos del acto jurídico –precontractual-.

4.1- Noción y elementos del acto administrativo.

El Acto Administrativo se define como “*toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos*”¹⁶.

Sus elementos se concretan en:

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

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

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

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

Al respecto se ha señalado que “*La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio.*”¹⁷

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

Ahora, los actos administrativos expedidos ante la etapa precontractual respecto de las entidades que se rigen estrictamente por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues la emisión de estos se funda en la autonomía dispositiva y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

4.2.- Noción y elementos de actos jurídicos –etapa precontractual-

¹⁵ “*Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones*”, Publicado en el Diario Oficial No. 46.494 del 27 de diciembre de 2006.

¹⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II “Acto Administrativo”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 131.

¹⁷ Ibidem, Págs. 132 a 136

Retomando la conclusión, del párrafo anterior, esta es que, los actos administrativos expedidos ante la etapa precontractual respecto de las entidades que se rigen estrictamente por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues la emisión de estos se funda en la autonomía dispositiva y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

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

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

Así pues, en los procesos de selección que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las decisiones o los actos que se dicten en virtud del trámite del respectivo proceso, en virtud de los principios de las buenas costumbres, de buena fe, para que no se pueda ejercer de manera abusiva un derecho que vaya en contravía de las garantías constitucionales.

Ahora, sí esas estipulaciones no contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres, el principio de buena fe contractual y no comportan el ejercicio abusivo de un derecho, ellas rigen las relaciones derivadas los proceso de selección.

Con otras palabras, el hecho de que en los casos en que el contrato del Estado se rige por las normas del derecho privado y que en desarrollo de aquel se produzcan actos unilaterales, lo anterior, no significa entonces que tales actos, por regirse por el derecho privado, carezcan de la posibilidad de ser reclamados o cuestionados ante la parte que los profirió, si bien es cierto, que no son procedentes los recursos establecidos en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, también lo es que si existe un cuestionamiento del acto jurídico el mismo se le debe dar respuesta, pues el suplicante tendrá una expectativa de que el mismo tenga una respuesta ya sea positiva o negativa a sus intereses, en aras de los principios establecidos en la código civil y código del comercio.

5.- Caso concreto

Descendiendo al caso bajo estudio, en primer lugar se tiene que la Transportadora Fluvial del Caribe S.A.S incoó demanda en contra de Ecopetrol con el fin de que se declare la nulidad de la comunicación del 25 de noviembre de 2014 mediante la cual la demanda informó a la sociedad accionante, la decisión de declarar fallido el proceso de selección N° 50042990, decisión que la Sociedad Transportadora recurrió, recurso que resolvió la entidad demandada el 02 de enero de 2015 en el sentido de que dicho acto no era controvertible mediante el recurso de reposición.

Al respecto, cabe señalar que si bien es claro para el Despacho que la comunicación del 25 de noviembre de 2014 no es un acto administrativo y que contra él no proceden los recursos establecidos en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, así como se dejó reseñada en el acápite anterior de esta providencia, también lo es que toda autoridad o entidad debe resolver las peticiones radicadas ante éstas, como lo es en el presunto asunto la radicada por la Transportadora

Fluvial del Caribe S.A, el 26 de noviembre de 2014 ante ECOPETROL¹⁸, pues si bien dentro del oficio de esa fecha señaló que interponía el recurso de reposición, el cual no era procedente, como lo señaló la demandada en el oficio de 02 de enero de 2015¹⁹, lo cierto es que a la misma como bien lo hizo la demandada, se le debía dar la respectiva respuesta.

Lo anterior, en virtud a que toda autoridad debe garantizar el artículo 23 de la Constitución Política, pues “*toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta respuesta (...)*”, aterrizando esta premisa al caso concreto, es claro para el Despacho que la Transportadora Fluvial del Caribe S.A., tenía una expectativa respecto de la petición radicada el 26 de noviembre de 2014, la cual fue satisfecha el 02 de enero de 2015.

Así las cosas, es claro para el Despacho que la caducidad del presente medio de control se debe contabilizar a partir del **02 de enero de 2015** fecha en la que ECOPETROL le dio respuesta a la sociedad peticionaria respecto de su escrito radicado el 26 de noviembre de 2014. Una vez aclarado lo anterior, es claro precisar que el término de caducidad de los cuatro (04) meses en el caso bajo estudio se empiezan a contabilizar a partir del día siguiente a su comunicación, esto es el **06 de enero de 2015**²⁰, o sea que el plazo para presentar la demanda finalizaba inicialmente el **06 de mayo de 2015**.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que el día **30 de abril de 2015**, por intermedio de apoderado judicial la Transportadora Fluvial del Caribe S.A., presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 55 Judicial II para Asuntos Administrativos por lo que en principio para contar el término de caducidad también debería considerarse lo previsto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 conforme al cual una vez presentada la solicitud de conciliación prejudicial se suspenderá el término de caducidad o prescripción hasta que se logre un acuerdo conciliatorio o se expida el acta respectiva o hasta el vencimiento del término de tres (3) meses, lo que ocurra primero.

Adicional a lo anterior y teniendo en cuenta el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el transcurso de los términos referidos debía suspenderse desde la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial hasta el día **15 de julio de 2015**, fecha en la que la Procuraduría 55 Judicial II para Asuntos Administrativos expidió el acta respectiva en la que consta que el mismo día se celebró en las instalaciones del Ministerio Público, la audiencia de conciliación entre las partes, la cual se declaró fallida por no ser posible llegar a un acuerdo conciliatorio.

En este sentido, se observa que el término de caducidad del medio de control en cita se suspendió por el término comprendido entre el **30 de abril** y el **15 de julio de 2015**, esto es, por un (01) mes y veintiún (21) días, por lo que es claro que el término se corrió hasta el **23 de julio de 2015**, y la demanda fue radicada el **21 de julio de 2015**, la cual fue interpuesta en término.

En este orden de ideas, el Despacho considera que en el *sub lite* se torna procedente confirmar la decisión adoptada por el *A quo* en audiencia inicial de **28 de febrero de 2018** proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se declaró no probada la excepción de la caducidad del medio de control.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A en audiencia inicial celebrada el **28 de febrero de 2018**, donde se denegó la excepción de caducidad del medio de control.

¹⁸ Fls. 62-66 del Cuaderno Principal.

¹⁹ Fls. 6971 del Cuaderno Principal.

²⁰ Lo anterior en virtud de que si bien el mismo data del 02 de enero de 2015, el sello por medio del cual se remitió al correo electrónico de la empresa Transportadora Fluvial del Caribe S.A. establece que esto se realizó el 05 de enero de 2015. Por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 164 del numeral 2 literal c, los cuatro meses serán contados a partir del día siguiente de la comunicación.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bvcd/2C