

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**



Bogotá D.C, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

JUEZ :	ÁLVARO CARREÑO VELANDIA
Expediente :	110013343064-2016-00700-00
Demandante :	VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ
Demandado :	ECOPETROL S.A.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
SENTENCIA No. 78**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 23 de noviembre de 2016¹, el señor **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ** en su calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado "Depósito Samario", presentó por medio de apoderado judicial demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, consagrado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, contra **ECOPETROL S.A.**, a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Que se declare que el convocado incumplió el contrato de acuerdo de bases económicas No 0000176 suscrito el día 21 del mes de noviembre de 2013.

Que como consecuencia de la anterior, se proceda de la siguiente manera:

*Que **ECOPETROL S.A.** libre las correspondientes órdenes de venta de los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) generadas en el año 2016.*

¹ Fl.84.

Entregar en cantidad de dos millones ciento cuarenta y siete mil doscientos seis pesos (\$2.147.206) por concepto de ASOC, según ACTA DE LIQUIDACIÓN PARA FACTURACIÓN, a la orden de venta No. CSC-CCE-LI-037-15.

*Que **ECOPETROL S.A.** entregue en cantidad de materiales vendidos en tres millones trescientos noventa y un mil trescientos noventa y cuatro pesos (\$3.391.394) por concepto de liquidación de facturación.*

Entregar en cantidad de trescientos sesenta y dos mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$362.848) por concepto de venta de materiales no entregados.

Entregar en trescientos sesenta y dos mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$362.848) por concepto de venta de materiales no entregados, según ACTA DE LIQUIDACIÓN PARA FACTURACIÓN, a la orden de venta No. CSC-CCE-LI-060-15.

*Que el convocado **ECOPETROL S.A.** pague al señor **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ**, o a quien represente sus derechos, las sumas de dinero en valor de Cien Millones de Pesos (\$100.000.000) los cuales de declaran bajo juramento estimatorio de acuerdo con lo normado en el artículo 206 del Código General del Proceso, la tasación razonada es la siguiente:*

FRUTOS CIVILES: téngase en la suma de cien millones de pesos por perjuicios (\$100.000.000)

*Que **ECOPETROL S.A.** entregue al contratista **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ**, en calidad de venta, todos los materiales producidos durante el año 2016, tiempo de vigencia del contrato, en cantidad de treinta (30 tn) toneladas mensuales.*

Que se condene en costas y agencias del derecho al demandado".

1.2. HECHOS

Los hechos en los que la parte demandante respalda sus pretensiones son los siguientes:

- El 30 de julio de 2009 el hoy demandante suscribió convenio para entrega y disposición final de protectores de tubería y varilla usados con la empresa **ECOPETROL S.A.**, por una vigencia de 4 años.

- Dentro de la convocatoria denominada inteligencia de mercado No. 0000814 adelantada por **ECOPETROL S.A.**, resultó ganador el señor **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ**, con ocasión de lo cual suscribió con la entidad demandada el Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176 el día 21 de noviembre de 2013 el cual tenía como objeto:

"Venta de protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de Ecopetrol S.A."

- La vigencia del Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176 fue hasta el 21 de noviembre de 2016, ya que se suscribió por un período

de 36 meses, a partir del 21 de noviembre de 2013.

- Entre otras obligaciones suscritas por los contratantes, en el numeral 1º del capítulo primero se estableció: *"d) que no obstante lo anterior, ECOPETROL acudirá al Acuerdo de Bases Económicas cuando quiera que se presente la necesidad de vender protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en tanto las condiciones del acuerdo fueren favorables..."*

- En el numeral 5º del capítulo segundo del Acuerdo de Bases Económicas, el contratante ECOPETROL manifiesta que: *"en caso de requerir vender los protectores los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía, ECOPETROL libraré la correspondiente orden de venta, cuyo valor se sujetará a los precios pactados en este Acuerdo."*

- Para la vigencia 2015 se suscribió entre las partes el Acta de actualización de precios, quedando a un valor de \$213 el kg del tipo de residuo protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) de cualquier diámetro y tipo.

- **ECOPETROL S.A.**, ha incumplido el Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176 por haber vendido y no entregado a su comprador las cantidades vendidas conforme se relaciona a continuación:

- a. **ECOPETROL S.A.**, generó la orden de venta No. CSC-CCE-LI-037-15, del día 1 de julio de 2015, por un valor de \$27.826.796, dinero cancelado por el comprador cumpliendo todos los requisitos del Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176.
- b. El día 23 de septiembre de 2015 se realizó acta de liquidación para facturación a la orden de venta No. CSC-CCE-LI-037-15, quedando un saldo a favor del comprador **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ** por valor de \$2.147.206.
- c. A la fecha de presentación de esta conciliación (sic) no se le ha entregado al comprador el material dado en venta (protectores de varilla y tubería -tapón petrolero- usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje) conforme a lo pactado.
- d. **ECOPETROL S.A.**, generó la orden de venta No. CSC-CCE-LI-060-15, del día 14 de diciembre de 2015, por un valor de \$7.983.615,74, dinero cancelado por el comprador cumpliendo todos los requisitos del Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176.

e. El día 17 de marzo de 2016 se realizó acta de liquidación para facturación a la orden de venta No. CSC-CCE-LI-060-15, quedando un saldo a favor del comprador **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ** por valor de \$3.391.394,26.

f. A la fecha no se le ha entregado al comprador el material dado en venta (protectores de varilla y tubería -tapón petrolero- usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje) conforme a lo pactado.

-. Durante la vigencia del Acuerdo de Bases Económicas 0000176, por cerca de 26 meses y hasta el mes de enero de 2016, el comprador adquirió un promedio de 30 toneladas mensuales de protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje.

-. **ECOPETROL S.A.**, no ha declarado la terminación del Acuerdo de Bases Económicas 0000176, como tampoco ha comunicado al eventual comprador su intención de terminarlo.

-. En virtud del Acuerdo de Bases Económicas 0000176 suscrito entre **ECOPETROL S.A.** y **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ**, el único comprador autorizado por la empresa vendedora, es el señor Pinilla Márquez.

-. **ECOPETROL S.A.**, entrega desde el mes de enero de 2016 el material objeto del contrato a un nuevo contratista que no participó en el estudio de mercado, generando un detrimento patrimonial por una acción administrativa antieconómica, perjudicando fiscalmente los intereses de la empresa del Estado.

-. **ECOPETROL S.A.**, ha dejado de percibir estas utilidades o beneficios económicos, dejando que otra empresa privada se enriquezca con los desechos objeto de venta pues no los está cobrando o generando utilidades para la empresa.

-. La nueva empresa que recibe los elementos gratuitamente no cuenta con los mecanismos de destrucción y protocolos de disposición final de los desechos, pues **ECOPETROL S.A.**, no los exigió, pese a existir estudio de mercado, condiciones técnicas y contrato vigente con **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ**.

-. Cuando **ECOPETROL S.A.**, decidió entregar a otra persona los productos dejados en venta mediante estudio de mercado, sin

notificar la terminación del contrato al demandante, le causa daños de índole patrimonial graves, pues esta es su labor diaria, su empresa y equipos tienen la finalidad para la cual fue contratada.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito radicado el 22 de enero de 2018, **ECOPETROL S.A.**, a través de su apoderado, presentó contestación a la demanda (fls.107-118).

En su contestación se pronunció frente a cada uno de los hechos de la demanda, aclarando lo que a su juicio era pertinente.

Frente a las **pretensiones tercera y cuarta** de la demanda manifestó que no se opone a la devolución de esas sumas de dinero: \$2.147.206 y 3.391.394,26, por cuanto se trata de las liquidaciones de las órdenes de venta CSC-CCE-LI-037-2015 y CSC-CCE-LI-060-2015, libradas por las partes el 30 de septiembre de 2015 y 17 de marzo de 2016 respectivamente, documentos en los que se determina esos saldos a favor del comprador, hoy demandante.

Frente a lo anterior, indicó que **ECOPETROL S.A.**, realizó varios acercamientos a fin de entregar los saldos consignados por el comprador, incluso para entregárselos en material una vez vencido el Acuerdo de Bases Económicas, siendo imposible hacerlo por voluntad del propio demandante.

En igual sentido, frente a la **pretensión quinta**, manifestó el demandado que no se opone a la devolución de esta suma de dinero, \$362.848 por cuanto se trata de la liquidación de orden de venta Cenit 2015-004 librada por las partes el 30 de mayo de 2015, documento en el que se determina un saldo a favor del comprador.

Se opuso a las demás pretensiones de la parte actora indicando que están desprovistas de fundamento fáctico y legal.

Los argumentos de su defensa se resumen de la siguiente manera:

En virtud de lo establecido en el artículo 1465 del Código Civil considera **ECOPETROL S.A.**, que el Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176 no puede ser considerado como un contrato.

Así lo dispusieron las partes en el capítulo primero en donde señalaron: "...b) que este acto no constituye un contrato estatal; c) que por lo mismo, ECOPETROL no se compromete u obliga a vender unas cantidades mínimas o determinadas de la misma; d) que no obstante lo anterior, ECOPETROL acudirá al Acuerdo de Bases Económicas cuando quiera que se presente la necesidad de vender protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en tanto las condiciones del Acuerdo fueren favorables..."

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 1502 del Código Civil, respecto de los requisitos para obligarse, es claro que solamente se tenía un acuerdo con el comprador en el precio de la venta del producto (tapones petroleros) mas no en lo referente a las cantidades, ni mucho menos en lo que atañe a las órdenes de venta.

Respecto a las cantidades y órdenes de venta, de acuerdo con lo estipulado en el capítulo tercero del Acuerdo, durante la vigencia de este (36 meses contados a partir de la fecha de su firma) podían librarse una o varias órdenes, o ninguna.

En cuanto a las cantidades de tapones petroleros a vender durante la vigencia del Acuerdo, la cláusula quinta estableció que las cantidades fueron estimadas para el cálculo de precios y no existía obligación de **ECOPETROL S.A.**, de venderlas en su totalidad, porque lo podría hacer en las cantidades que necesitara sin que ello diera lugar a modificación de precios o a reclamación alguna por parte del comprador.

De otro lado afirmó que **ECOPETROL S.A.**, no puede ser declarado responsable por cuanto en la presente acción no se encuentran reunidos los elementos necesarios para determinar la existencia de responsabilidad imputable a esa entidad.

Planteó como excepciones de mérito las que denominó: 1) cumplimiento del contrato; 2) Cobro de lo no debido².

En cuanto a la primera manifestó, con base en sus cláusulas segunda (objeto y alcance), tercera (compromisos generales) y quinta (cantidades estimadas), que **ECOPETROL S.A.**, cumplió con los compromisos derivados de Acuerdo de Bases Económicas 0000176.

² Una tercera excepción pero de naturaleza previa denominada indebida notificación del auto admisorio de la demanda fue planteada en la contestación de la demanda, la misma fue resuelta por el Despacho en la audiencia inicial desarrollada el día 2 de abril de 2019, oportunidad en la cual fue declarada no probada (fls.259-261).

La segunda excepción la hizo consistir en los mismos hechos y consideraciones de la contestación de la demanda referidos a la sustentación de la obligación que se reclama a cargo de **ECOPETROL S.A.**

1.4. TRÁMITE PROCESAL

El trámite en esta instancia ha cursado de la siguiente manera:

La demanda fue presentada el 23 de noviembre de 2016³.

Este Despacho, mediante auto de 14 de septiembre de 2017 admitió la demanda, disponiendo su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público⁴. Las notificaciones y traslados se surtieron, tal como se evidencia a folios 99 a 106.

En proveído de 29 de abril de 2018, se reprogramó el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 y se fijó como fecha para llevarla a cabo el día 2 de abril de 2019 a las 8:20 a.m., haciendo las precisiones de rigor a las partes⁵.

En la fecha y hora programada se celebró la audiencia inicial, en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

"El litigio se circunscribe entonces en determinar los siguientes aspectos:

- *Determinar el período en que estuvo vigente el contrato de acuerdo de bases económicas No. 0000176 de 21 de noviembre de 2013, suscrito entre las partes.*
- *Determinar si Ecopetrol S.A., incumplió el contrato de acuerdo de bases económicas No. 0000176 suscrito el día 21 de noviembre de 2013.*
- *Si del presunto incumplimiento se deriva la obligación de Ecopetrol S.A. de pagar a favor de la demandada por concepto de venta de materiales no entregados y de liquidación de las órdenes de venta y No. CSC-CCE-LI-037-15 y No. CSC-CCE-LI-060-15.*
- *Determinar si Ecopetrol S.A., está obligado a reconocer a favor del contratista, hoy demandante, los perjuicios materiales por dicho incumplimiento.*

³ Fl.84.

⁴ Fls.97-98.

⁵ Fl.267.

- *Establecer si el contratista demandante cumplió con sus obligaciones contractuales y si por tanto se encuentra habilitado para exigir el cumplimiento de su contraparte.*
- *Determinar si existe causal que exonere a Ecopetrol S.A. de los cargos de incumplimiento del contrato de acuerdo de bases económicas No. 0000176 de 21 de noviembre de 2013.*"⁶

El 8 de agosto de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas⁷, oportunidad en la cual, el Despacho, al evidenciar la práctica de todas las pruebas decretadas en el proceso dio por cerrada esta etapa; al encontrar innecesaria la audiencia de alegados y juzgamiento, dispuso que las partes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito en el término de 10 días a partir de la realización de la audiencia, término en el cual el Ministerio Público podría presentar su concepto.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos de conclusión de la parte demandante

En memorial de fecha 20 de agosto de 2019 (fls.273-278), la parte demandante presentó sus alegatos con base en los elementos establecidos en la fijación del litigio.

Así, en cuanto al tema de determinar la vigencia del Acuerdo de Bases Económicas, indicó que ésta fue de 36 meses, del 21 de noviembre de 2013 al 21 de noviembre de 2016.

Sobre el punto de determinar el incumplimiento por parte de **ECOPETROL S.A.**, del Acuerdo de Bases Económicas, con base en el manual de contratación de **ECOPETROL S.A.**, afirmó que ésta sí tenía la obligación de regirse por el Acuerdo de Bases Económicas y el estudio de mercado, y continuar con el contrato para la venta al demandante por dos razones, una, la condición especial, la cual le fue reconocida en todo el proceso de selección y tiene que ver con el manejo de control biológico o destino final del producto vendido, y en segundo lugar, **ECOPETROL S.A.**, siempre ha estado obligado a que los productos que va a vender lo sean mediante los criterios de la contratación directa, tal cual está expresado en el manual de contratación.

⁶ Fl.260.

⁷ Fls.268-269.

Recordó que según el Acuerdo de Bases Económicas "...d) que no obstante lo anterior, ECOPETROL acudirá al Acuerdo de Bases Económicas cuando quiera que se presente la necesidad de vender protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en tanto las condiciones del acuerdo fueren favorables..."

Afirmó con base en lo anterior que **ECOPETROL S.A.**, si bien basa su defensa en afirmar que no estaba obligado a vender cantidades mínimas o máximas, en todo caso, en el evento en que llegase a vender elementos objeto del acuerdo, en cualquier cantidad, estaba obligado a respetar el Acuerdo de Bases Económicas y si no quería venderle al demandante más elementos podía de manera unilateral acogerse a la vigencia del Acuerdo y darlo por terminado en cualquier momento por alguna de las razones allí estipuladas.

De otro lado, afirmó que **ECOPETROL S.A.**, generó órdenes de venta que fueron pagadas por el comprador, pero no fue entregado el material vendido, en este sentido, sigue vigente su obligación de entregar el material que vendió, pues aceptó libremente aplicar el Acuerdo de Bases Económicas como se venía ejecutando; pero no es de recibo para el demandante aceptar que, comprado un material, le sea incumplido el Acuerdo y en su lugar, recibir el dinero aportado para la compra.

En cuanto a determinar si **ECOPETROL S.A.**, está obligado a reconocer a favor del contratista, hoy demandante, los perjuicios materiales por dicho incumplimiento, se remitió el demandante a las manifestaciones del demandado en cuanto a la cantidad de material que debió ser entregado por el dinero aportado, y a las reglas del Acuerdo de Bases Económicas.

Aludió al numeral 9º del estudio de mercado en donde se indicó que existían unas cantidades estimadas por año, con base en lo cual afirmó que para el último año, dicha cantidad ascendía a 125.000 unidades; pero **ECOPETROL S.A.**, en lugar de venderlo al hoy demandante optó por darlo como parte de pago a quien le suministraba el tubo petrolero, es decir, lo vendió a una persona extraña al proceso de Acuerdo de Bases Económicas, distinta situación sería que se lo quedara para su propio uso o que lo donara, pero la venta era la única condición para aplicar el manual de contratación, por ende el estudio de mercado y el Acuerdo de Bases Económicas, siendo por lo tanto una cantidad estimada en 125.000

unidades el valor estimado de indemnización por la no aplicación del Acuerdo.

Finalmente, se afirmó en los alegatos de conclusión que la única persona a quien se le podía vender bienes de **ECOPETROL S.A.**, y en virtud del estudio de mercado y el Acuerdo de Bases Económicas era al señor Víctor Hugo Pinilla Márquez, pues era la persona idónea para ese fin.

Alegatos de conclusión parte demandada

Radicó el memorial contentivo de sus alegatos de conclusión el día 23 de agosto de 2019 (fls.279-280).

Manifestó que del análisis de las pruebas y de las excepciones propuestas por **ECOPETROL S.A.**, es dable concluir que no hay lugar a acceder a las pretensiones del demandante.

Expresó que **ECOPETROL S.A.**, sí cumplió a cabalidad con el Acuerdo de Bases Económicas 0000176 suscrito con el demandante, el cual se derivó de la Inteligencia de Mercado No. 0000814 adelantada por esa entidad en 2013, la cual tenía como fin definir o calcular los precios del producto en el mercado.

Reiteró su argumento según el cual el Acuerdo de Bases Económicas no tiene la naturaleza de un contrato estatal como tal, dado que simplemente se suscribió para que **ECOPETROL S.A.**, acudiera a él, activándolo a través de órdenes de venta cuando tuviera la necesidad de vender el material de reciclaje. De ahí que en dicho documento no se pactara ningún tipo de exclusividad a favor del hoy demandante.

Tampoco existía ninguna obligación de **ECOPETROL S.A.**, de vender cantidades máximas o mínimas del material de reciclaje, dichas cantidades fueron estimadas. Tampoco es dable afirmar que existiera alguna obligación de la entidad de vender ese material en su totalidad al demandante ni a ninguna otra empresa en particular.

Reiteró igualmente su posición respecto de las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª.

Afirmó que existen fundamentos suficientes para que se nieguen las pretensiones del actor.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente en virtud de la cuantía para decidir la presente acción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155 numeral 5° y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La parte demandante pretende que se declare que la entidad demandada incumplió el Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176 suscrito el 21 de noviembre de 2013 y en consecuencia se ordene librar las correspondientes órdenes de venta de los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) generadas en 2016, además que se proceda a devolver los saldos a su favor por concepto de venta de materiales no entregados.

El extremo pasivo sostuvo que con la firma del Acuerdo de Bases Económicas **ECOPETROL S.A.**, no se configuró un contrato estatal, por lo que no estaba obligado a vender determinada cantidad de material reciclable y tampoco se configuró un pacto de exclusividad con el demandante. Adujo que estaba de acuerdo con la devolución de los saldos a favor del señor Pinilla Márquez, lo que intentó en varias oportunidades sin lograrlo por causas atribuibles a éste mismo.

2.3. DEL PROBLEMA JURÍDICO

Gira en torno a lo siguiente:

Determinar si existen fundamentos para declarar que **ECOPETROL S.A.**, incumplió el contrato de acuerdo de bases económicas No. 0000176 suscrito el día 21 de noviembre de 2013, si hay causal que lo exonere, o de resultar probado el mismo, establecer si del mismo se deriva la obligación del extremo pasivo de pagar a favor del demandante los valores por concepto de venta de materiales no entregados y de liquidación de las órdenes de venta y No. CSC-CCE-LI-037-15 y No. CSC-CCE-LI-060-15, así como los demás perjuicios materiales reclamados en el libelo.

Establecer, además, si el demandante cumplió con sus obligaciones contractuales y si por tanto se encuentra habilitado para exigir el cumplimiento de su contraparte.

2.4. HECHOS PROBADOS

De conformidad con los elementos válidamente allegadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

Valor probatorio de los documentos

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno en su sesión del 28 de agosto de 2013, se le otorgará valor probatorio a todos los documentos traídos al proceso en copia simple, siempre que su aporte se haya producido durante las oportunidades previstas por las normas procesales aplicables a los juicios de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no hayan sido tachados como falsos en los términos de los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por la parte contra la cual se pretenden hacer valer⁸.

De este tipo de pruebas, se encuentra demostrado lo siguiente:

-. Con ocasión del desarrollo de la Inteligencia de Mercado 0000814 de 2013⁹, entre **ECOPETROL S.A.** y el señor **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ** fue suscrito el 21 de noviembre de 2013 el Acuerdo de Bases Económicas (en adelante **ABE**) No. 0000176¹⁰ cuyo **objeto**, según el capítulo segundo punto 2º, fue: *"...es la aceptación o acuerdo entre ECOPETROL y el EVENTUAL COMPRADOR, de los precios resultantes de la Inteligencia de Mercado 0000814 presentada el día 23 de julio de 2013, señalados en el Anexo 1 (Información de Precios); estos precios serán los que aplicarán a todas las ventas hasta el 31 de diciembre de 2014. Para las ventas eventuales, posteriores al 1 de enero de 2015 y anualmente el precio de los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje se determinará así..."*

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

9 Cuyo objeto fue: Suscribir eventual (es) acuerdo (s) de bases económicas / contrato (s) y/o definir parámetros para eventuales proceso (s) de selección para la venta de protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de Ecopetrol S.A. (Fls.144-156)

10 Fls.119-122.

- Según lo estipulado por las partes en el capítulo primero numeral 1º, la **naturaleza** del **ABE** fue: "**ECOPETROL** y **EL EVENTUAL COMPRADOR** reconocen y aceptan expresamente lo siguiente: a) que este Acuerdo se circunscribe al precio por Kilogramo de protector de varilla y tubería (tapón petrolero) usado y otros plásticos susceptibles de reciclaje, durante una vigencia determinada; b) que este acto no constituye un contrato estatal; c) que por lo mismo, **ECOPETROL** no se compromete u obliga a vender unas cantidades mínimas o determinadas de la misma; d) que no obstante lo anterior, **ECOPETROL** acudirá al Acuerdo de Bases Económicas cuando quiera que se presente la necesidad de vender protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en tanto las condiciones del Acuerdo fueren favorables; e) que durante la vigencia del Acuerdo de Bases Económicas, el **EVENTUAL COMPRADOR** promete comprar los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía a los precios que aquí se acuerdan, e igualmente la fórmula de ajuste que se indica en el capítulo segundo del presente acuerdo, si durante dicha vigencia **ECOPETROL** le ofrece en venta y emite la (s) Orden (es) de Venta respectiva (s)"

- En cuanto a los **compromisos generales de las partes**, en el **ABE** se estableció, en el numeral 3º del capítulo segundo: "Con ocasión de este Acuerdo de Bases Económicas, el **EVENTUAL COMPRADOR** promete comprar a **ECOPETROL** los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía y que la Empresa decida vender, a los precios indicados en la cláusula anterior, en las condiciones que se establezcan en la (s) Orden (es) de Venta que para el efecto de libre (n) y en los Términos de Referencia que reglaron la Inteligencia de Mercado **0000814**.

(...)

ECOPETROL no se obliga a vender los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en cantidades mínimas o determinadas; sin embargo, podrá vender mayor cantidad de protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje de aquella que se estimó para efectos del establecimiento de los precios, durante la vigencia de este Acuerdo."

- Respecto de las **cantidades de material reciclado** el **ABE** en el numeral 4º del capítulo segundo dispuso: "Para efectos de este Acuerdo de Bases Económicas y con ocasión de la respectiva Inteligencia de Mercado, se estimaron unas cantidades de bienes basados en la generación de los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la

compañía usados del año 2011 que eventualmente podrían ser vendidas por ECOPETROL durante la vigencia del Acuerdo, señaladas en el Anexo 1 (Información de Precios). Dichas cantidades fueron estimadas para el cálculo de los precios y no existe obligación de ECOPETROL de venderlas en su totalidad. No obstante lo anterior, durante la vigencia del Acuerdo de Bases Económicas ECOPETROL podrá requerir vender los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en las cantidades que necesite (menores o mayores de las estimadas), sin que ello pueda dar lugar a una modificación de los precios o a reclamación alguna por parte de EL COMPRADOR.

En caso de requerir vender los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía, ECOPETROL libraré la correspondiente Orden de Venta, cuyo valor se sujetará a los precios pactados en este Acuerdo."

- Sobre la vigencia del **ABE** el capítulo tercero en su numeral 6º indicó: *"Este Acuerdo de Bases Económicas estará vigente por el término de treinta y seis (36 meses) contados a partir de la fecha de su firma. Durante esta vigencia puede librarse una o varias Órdenes de Venta, o no librarse ninguna Orden de Venta."*

- Las causales de terminación del **ABE** se estatuyeron por las partes en el punto 7º del capítulo tercero.

- En cuanto al régimen jurídico del **ABE**, las partes acordaron en el punto 8º del capítulo cuarto que el mismo: *"...se regirá por las disposiciones del Código de Comercio o del Código Civil Colombiano en cuanto fueren compatibles."*

- Durante la vigencia del ABE se emitió la Orden de Venta No. CSC-CCE-LI-037-15 de fecha 1 de julio de 2015 y con valor total de \$27.826.796¹¹. Dicha orden fue liquidada mediante el documento denominado Acta de liquidación para facturación¹².

- Otra orden de venta emitida fue la No. CENIT 2015-004 que fue liquidada mediante documento suscrito entre las partes el día 31 de agosto de 2015¹³.

- Igualmente fue emitida la Orden de Venta No. CSC-CCE-LI-060-15 de fecha 14 de diciembre de 2015 y con valor total de \$27.826.796¹⁴.

¹¹ Fls.46-49.

¹² Fl.50-51.

¹³ Fl.184.

Dicha orden fue liquidada mediante el documento denominado Acta de liquidación para facturación¹⁵.

-. El **ABE** 0000176 fue modificado por las partes a través del documento denominado Modificación No. 1 suscrita el día 17 de diciembre de 2013¹⁶.

-. El 1 de enero de 2015 se suscribió entre las partes el Acta de actualización de precios¹⁷.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico planteado para el presente caso el Despacho considera pertinente desarrollar los siguientes aspectos.

3.1. El contrato estatal

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” (Se resalta)

Este criterio subjetivo u orgánico establecido en el Estatuto General del Contratación de la Administración Pública es acogido por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

*“[...] la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado 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 pronunciado esta Sala: “De este modo, 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...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*

14 Fls.52-56.

15 Fl.57-58.

16 Fl.182.

17 Fl.181.

las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos."

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación 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 transcrita 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 tenía el carácter de entidad estatal, el contrato distinguido con el número 2-11000-437-297235 participa de la naturaleza estatal y de sus conflictos conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

*Adicionalmente, el artículo 82¹⁸ del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas."*¹⁹ (Se resalta)

A su vez, el artículo 13 de la misma Ley 80 establece la normatividad aplicable a los contratos estatales, haciendo una remisión a las normas civiles y comerciales, así:

"ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley." (Se resalta)

3.2. El incumplimiento contractual – carga de la prueba

Igualmente es pertinente revisar en primer lugar cuál es el marco legal y el alcance jurisprudencial que se le ha dado al incumplimiento contractual y la carga de la prueba que se le exige a la parte que pretende indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento.

¹⁸ El artículo 82 citado en esta sentencia corresponde al actual artículo 104 de la Ley 1437, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 31 de marzo de 2011. Radicación: 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

Adicional a la regla contenida en el artículo 90 superior, es decir, la cláusula general de responsabilidad del Estado, en la cual se encuentran incluidos los presupuestos de la responsabilidad contractual de las entidades públicas; este asunto se encuentra normado en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 50 y 52:

"ARTÍCULO 50. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

(...)

ARTÍCULO 52. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS. *Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley.*" (Se resalta)

De otro lado, jurisprudencialmente el tema del incumplimiento contractual, sus implicaciones y la carga de la prueba, ha sido abordado de la siguiente manera:

*"El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "**lex contractus, pacta sunt servanda**", consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que **los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.** La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional.*

Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 ejusdem), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual

debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público.

A guisa de ejemplo la jurisprudencia de la Sala ha precisado lo siguiente: (i) La aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones, dado que según se desprende del artículo 87 del C.C.A. una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa -se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato. (ii) Se permite con un tratamiento restringido la exceptio non adimpleti contractus (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado. En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas."²⁰ (Se resalta)

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009. Radicación: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Carga procesal que se complementa con lo preceptuado en su momento en el artículo 177 del CPC (hoy artículo 167 del CGP) y que siguiendo la misma jurisprudencia citada se desarrolla así:

*"En este orden de ideas, es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, **la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se persigue la responsabilidad contractual incumbe, por regla general, a quien lo alega, que en este caso corresponde al actor.** Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable."*
(Se resalta)

A este respecto cobra importancia entonces la exceptio non adimpleti contractus, que, a juicio del Despacho, constituye el eje transversal de toda la carga probatoria en lo que respecta a la responsabilidad contractual de la administración.

Veamos la jurisprudencia:

"Quien pretenda el cumplimiento o la resolución sin haber cumplido previa o simultáneamente las obligaciones que le corresponden, puede ver frustrada su pretensión por la excepción de contrato no cumplido (non adimpleti contractus), que el otro contratante oponga y que se ha fundado, según la doctrina y la jurisprudencia, en lo dispuesto en el art 1609 Código Civil, según el cual "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y en el tiempo debidos." Por el contrario, quien ha cumplido el contrato, pero ha sido víctima del incumplimiento de la otra parte, se libera de la ley contractual, porque puede pedir que el contrato se resuelva, aunque también, según le convenga, puede pedir que el otro contratante sea condenado a cumplir.

*Las reglas explicadas en precedencia, propias del régimen del derecho común, son aplicables en relación con la responsabilidad contractual del estado ya que la misma puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 de la Ley 80 de 1993), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público. **En definitiva, esta Corporación determinó entonces su aplicación condicionada principalmente al cumplimiento de estos requisitos: a) existencia de un contrato sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas o correlativas; b) no cumplimiento actual, cierto y real de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; c) un incumplimiento serio, grave, determinante, y si se trata de la Administración tiene que poner al contratista en razonable imposibilidad de cumplir, y d) que el que la invoca no haya tenido a su***

cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo."²¹ (Se resalta)

3.3. Caso concreto

En el caso bajo estudio, la parte demandante pretende que se declare que **ECOPETROL S.A.**, incumplió el Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176 suscrito el 21 de noviembre de 2013 y en consecuencia se le ordene librar las correspondientes órdenes de venta de los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) generadas en 2016, además que se proceda a devolver los saldos a su favor por concepto de venta de materiales no entregados.

De esta manera, el problema jurídico a resolver tiene que ver con determinar si existen fundamentos para declarar que **ECOPETROL S.A.**, incumplió el Acuerdo de Bases Económicas (**ABE**) No. 0000176 suscrito el día 21 de noviembre de 2013, si hay causal que lo exonere, o de resultar probado el mismo, establecer si del mismo se deriva la obligación del extremo pasivo de pagar a favor del demandante los valores por concepto de venta de materiales no entregados y de liquidación de las órdenes de venta y No. CSC-CCE-LI-037-15 y No. CSC-CCE-LI-060-15, así como los demás perjuicios materiales reclamados en el libelo.

Lo anterior, no sin antes tener que establecer, si el demandante cumplió con sus obligaciones contractuales y si, en ese sentido, se encuentra habilitado para exigir el cumplimiento de su contraparte.

Tal como se ha definido el problema jurídico para el caso particular de este litigio, y vistos los argumentos de la parte demandante, la pretensión tiene que ver con que se declare el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de **ECOPETROL S.A.** y para poder hacerlo es preciso revisar si el contratista, **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ**, cumplió con todas las obligaciones y condiciones previstas en el **ABE**. De lo contrario, sus pretensiones no podrían prosperar.

A este respecto es preciso indicar que de las documentales aportadas al proceso tanto con la demanda como son su contestación, no se encuentra acreditado que el extremo activo haya incumplido el **ABE** 0000176; por el contrario, respecto de cada

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación: 25000-23-26-000-2002-01920-02(32666). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

una de las órdenes de venta²² emitidas por parte de **ECOPETROL S.A.**, en los documentos con los cuales éstas se liquidaron²³, no se encuentra ninguna evidencia de incumplimiento alguno por parte del hoy demandante, que por regla general era el pago de las órdenes de venta, al precio acordado en el **ABE**. Por lo anterior, considera el Despacho que se acredita el primer presupuesto exigido para que el hoy demandante pueda solicitar que sea declarado el incumplimiento del **ABE 0000176** por parte del extremo pasivo.

Es preciso ahora analizar y resolver las **excepciones de mérito propuestas por ECOPETROL S.A.**, las cuales denominó **cumplimiento del contrato y cobro de lo no debido**.

En defensa de la primera manifestó, con base en sus cláusulas segunda (objeto y alcance), tercera (compromisos generales) y quinta (cantidades estimadas), que **ECOPETROL S.A.**, cumplió con los compromisos derivados de Acuerdo de Bases Económicas 0000176.

Con base en estas disposiciones hizo relevante que dentro de los compromisos generales el eventual comprador prometía comprar a **ECOPETROL S.A.**, los protectores de varilla y tubería **que la empresa decidiera vender**.

De igual forma, que con base en el **ABE 0000176** **ECOPETROL S.A. no se obligaba a vender los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) usados y otros plásticos susceptibles de reciclaje en cantidades mínimas o determinadas**.

Y, en cuanto a las cantidades estimadas en la **ABE** indicó con base en la cláusula quinta, que las mismas **fueron estimadas para el cálculo de los precios y no existe obligación de ECOPETROL S.A., de venderlas en su totalidad**.

Los argumentos en pro de la segunda excepción son escuetos en el sentido de que solamente se limitó a expresar que *"las hago consistir en los hechos y consideraciones expuestos en la presente contestación de la demanda con respecto a la sustentación de la obligación que se reclama a cargo de mi representada."*

Frente a estos argumentos, el Despacho lo primero que considera pertinente establecer, a contrario sensu de lo esgrimido por

²² No.CSC-CCE-LI-037-15, No. CENIT 2015-004 y No. CSC-CCE-LI-060-15
²³ Fls.50-51, 57-58 y 184.

normatividad civil o comercial en cuanto a las obligaciones como lo hace **ECOPETROL S.A.**, en su contestación (citando los artículos 1495 y 1502 del estatuto sustancial civil), porque el mismo artículo 32 establece el criterio para determinar dicho acto como un contrato estatal.

Establecido lo anterior, pasa ahora el Despacho a analizar y decidir sobre las excepciones antedichas.

Encuentra el Juzgado que en este punto **ECOPETROL S.A.**, no tiene la razón en sus planteamientos exceptivos por las siguientes razones:

- El ABE 0000176 de 2013 en su numeral 1º del capítulo primero estableció: "c) que por lo mismo, **ECOPETROL no se compromete u obliga a vender unas cantidades mínimas o determinadas de la misma;** d) **que no obstante lo anterior, ECOPETROL acudirá al Acuerdo de Bases Económicas cuando quiera que se presente la necesidad de vender protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en tanto las condiciones del Acuerdo fueren favorables;**" (Se resalta)

De lo cual se deriva que esa empresa no estaba obligada a vender unas cantidades específicas de tapón petrolero y otros plásticos susceptibles de reciclaje y debía acudir al **ABE** en tanto las condiciones de este fueren favorables, de lo contrario no.

- El numeral 3º del capítulo segundo del **ABE** 000176 indicó: "Con ocasión de este Acuerdo de Bases Económicas, el **EVENTUAL COMPRADOR** promete comprar a **ECOPETROL** los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía **y que la Empresa decida vender...**

ECOPETROL no se obliga a vender los protectores de varilla y tubería (tapón petrolero) y otros plásticos susceptibles de reciclaje generados en las áreas de la compañía en cantidades mínimas o determinadas..." (Se resalta)

En igual sentido de lo anterior, se reitera que la empresa demandada no estaba obligada a vender determinadas cantidades de material reciclable al hoy demandante. Además, nuevamente se resalta que no era obligatorio vender ese tipo de elementos.

- Lo anterior, en cuanto a cantidades del producto, se corrobora en lo acordado por las partes en el numeral 4º del capítulo segundo, donde se puede leer: "**Dichas cantidades fueron estimadas para el**

cálculo de los precios y no existe obligación de ECOPETROL de venderlas en su totalidad." (Se resalta)

- Finalmente, el numeral 6º del capítulo tercero indicó: "***Durante esta vigencia puede librarse una o varias Órdenes de Venta, o no librarse ninguna Orden de Venta.***" (Se resalta)

De las anteriores disposiciones del **ABE 0000176** de 2013 se puede concluir entonces que **ECOPETROL S.A.**, no estaba obligado a acudir a ese convenio si sus condiciones no le eran favorables; que estaba a su arbitrio vender o no el material reciclable objeto del Acuerdo a través de las órdenes de venta previstas; que no estaba obligado a vender determinadas cantidades de dicho material, e incluso, era posible que durante la vigencia del **ABE** no emitiera ninguna orden de venta; y, finalmente, por todo lo anterior, el Acuerdo no constituía para el hoy demandante un contrato de exclusividad. Si las condiciones acordadas no le eran favorables no estaba obligado a acudir al **ABE**, se reitera.

No obstante lo anterior, observa el Despacho que el **ABE 0000176** de 2013 se ejecutaba a través de las Órdenes de Venta emitidas por **ECOPETROL S.A.**, cuyo cumplimiento se pasa a revisar.

En el plenario se acreditó la expedición de tres órdenes de venta: **No.CSC-CCE-LI-037-15**, **No. CENIT 2015-004** y **No. CSC-CCE-LI-060-15**, en las que se establecieron las condiciones de venta del material reciclable por parte de **ECOPETROL S.A.**: cantidades, tiempos de recogida, modalidad de pago que para el caso debía dar en un plazo de 5 días, las garantías a prestar por parte del comprador (garantía bancaria o póliza de cumplimiento y póliza de responsabilidad civil extracontractual) y las sanciones a aplicar a éste en caso de incumplimiento.

Para el caso de la orden de venta **No.CSC-CCE-LI-037-15**²⁷ el total vendido por **ECOPETROL S.A.**, fue de **130.372,92 kg** de material por un valor de **\$27.826.796** y según el Acta de liquidación para facturación, solamente se vendieron **71.960 kg** quedando un saldo a favor del comprador, hoy demandante, de **\$2.147.206**.

Lo que para el Despacho implica un incumplimiento por parte de **ECOPETROL S.A.**, dado que, si bien de acuerdo con el **ABE** no estaba obligado a vender en determinadas cantidades los materiales

²⁷ Fls.46-49.

reciclables, con la expedición de la orden de venta por una cantidad y un valor específicos, exigiendo el pago por adelantado (dado que el plazo de la orden era de 47 días y el pago se debía acreditar dentro de los 5 días siguientes a la expedición de la orden) en donde igualmente se exigían unas garantías y se preveía incluso una cláusula sancionatoria por incumplimiento; **ECOPETROL S.A.**, sí estaba obligado a entregar el material reciclado en las cantidades y por los valores pagados por el comprador, que correspondían a las Órdenes de Venta expedidas por la misma empresa **Ecopetrol S.A.** Respecto de esta orden de venta se ofreció vender **130.372,92 kg** y se entregaron **71.960kg**, es decir, un poco más de la mitad.

Igual conclusión se extrae de revisar la orden de venta **No. CSC-CCE-LI-060-15**²⁸ en donde se ofrecieron **43.389,22 kg** y se entregaron finalmente **28.450 kg**, quedando un saldo a favor del comprador de **\$3.391.394,26**²⁹.

En este contexto, no le asiste razón a **ECOPETROL S.A.**, al sostener que no incumplió el ABE 0000176 de 2013 por las razones que le endilga la parte demandante, dado que el Acuerdo, como ya se indicó, se desarrollaba a través de órdenes de compra, que fueron incumplidas.

Como ya se estableció, de acuerdo con el **ABE** la entidad demandada no estaba obligada a vender bajo exclusividad al hoy demandante el material reciclable, como tampoco esta obligada a vender dichos elementos en cantidades específicas; pero al expedir una orden de compra por una cantidad y valores específicos y al recibir el pago, sí estaba obligada a entregar las cantidades que ofreció en venta.

La segunda excepción, de cobro de lo no debido, la sustentó **ECOPETROL S.A.**, en sus mismas palabras de la siguiente manera: *"las hago consistir en los hechos y consideraciones expuestos en la presente contestación de la demanda con respecto a la sustentación de la obligación que se reclama a cargo de mi representada."*

Es decir, que la sustentó en los mismos argumentos que la primera excepción de cumplimiento del contrato. De esta forma, le resulta aplicable el mismo análisis ya presentado respecto esta excepción, porque dentro de la argumentación de **ECOPETROL S.A.**, la segunda excepción depende de los mismos argumentos que la primera. Así, la

²⁸ Fls.52-56.

²⁹ Fls.57-58.

de cobro de lo no debido, correrá la misma suerte que la excepción de cumplimiento del contrato.

En consideración a todo lo anterior, **se declararán no probadas e imprósperas las excepciones de cumplimiento del contrato y cobro de lo no debido propuestas por ECOPETROL S.A.**

Establecido lo anterior debe ahora el Despacho analizar la posición de **ECOPETROL S.A.**, respecto de las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª de la demanda.

Las pretensiones están establecidas de la siguiente manera:

"3. Entregar en cantidad de dos millones ciento cuarenta y siete mil doscientos seis pesos (\$2.147.206) por concepto de ASOC, según ACTA DE LIQUIDACIÓN PARA FACTURACIÓN, a la orden de venta No. CSC-CCE-LI-037-15.

*4. Que **ECOPETROL S.A.** entregue en cantidad de materiales vendidos en tres millones trescientos noventa y un mil trescientos noventa y cuatro pesos (\$3.391.394) por concepto de liquidación de facturación.*

5. Entregar en cantidad de trescientos sesenta y dos mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$362.848) por concepto de venta de materiales no entregados."

Frente a esto, afirmó el extremo pasivo que no se oponía a la devolución de esas sumas de dinero: \$2.147.206 y 3.391.394,26, por cuanto se trata de las liquidaciones de las órdenes de venta CSC-CCE-LI-037-2015 y CSC-CCE-LI-060-2015, libradas por las partes el 30 de septiembre de 2015 y 17 de marzo de 2016 respectivamente, documentos en los que se determina esos saldos a favor del comprador, hoy demandante.

En igual sentido, frente a la pretensión quinta, manifestó el demandado que no se opone a la devolución de esta suma de dinero, \$362.848 por cuanto se trata de la liquidación de orden de venta Cenit 2015-004 librada por las partes el 30 de mayo de 2015, documento en el que se determina un saldo a favor del comprador

Lo anterior, para el Despacho, si bien podría entenderse como un allanamiento a dichas pretensiones, no puede ser aceptado de esta manera por dos razones: primero, porque las pretensiones lo que buscan es que esos saldos se entreguen al demandante representados en los materiales reciclables ofrecidos en venta por **ECOPETROL S.A.**, en las respectivas órdenes de venta, y lo que acepta la demandada es devolver esos saldos en dinero al comprador, hoy

demandante. Lo anterior no constituye, a juicio del Despacho un allanamiento. Es una propuesta alternativa a la pretensión, lo cual es diferente. La segunda razón tiene que ver con que al revisar el poder general otorgado por la entidad demandada al abogado Álvaro Arias Garzón no comprende la facultad de allanarse, lo cual es necesario al tenor de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 99 del CGP.

Tampoco se aportó autorización expresa y escrita del servidor de mayor jerarquía de la entidad, como lo exige el artículo 176 del CPACA.

Habiendo resuelto este último aspecto, pasa ahora el Despacho a revisar si hay mérito en las pruebas documentales obrantes en el expediente para declarar la responsabilidad de **ECOPETROL S.A.**

Como se indicó en precedencia, se acreditó la expedición de tres órdenes de venta: **No.CSC-CCE-LI-037-15**, **No. CENIT 2015-004** y **No. CSC-CCE-LI-060-15**, cada una de ellas fue liquidada por las partes a través de las respectivas actas, encontrando unos valores a favor del comprador, hoy demandante.

-De la orden **No.CSC-CCE-LI-037-15** resultó un saldo a favor del hoy demandante por valor de \$2.147.206³⁰.

-De la orden de venta **No. CENIT 2015-004** se liquidó con un saldo a favor del hoy demandante de \$362.848³¹.

-De la orden de venta **CSC-CCE-LI-060-15** de la liquidación resultó un saldo a favor del hoy demandante de \$3.391.394,26³².

Las mencionadas liquidaciones están suscritas por el señor Víctor Hugo Pinilla Márquez y los funcionarios competentes de la entidad demandada, área de aseguramiento administrativo – logística inversa, porque lo que constituyen documentos válidos.

En las actas con las cuales se liquidaron las mencionadas órdenes de venta, las partes suscribientes no acordaron que los saldos se devolverían en especie, es decir, representados en los materiales

30 Fls.50-51.

31 Fl.184.

32 Fl.57-58.

reciclables vendidos; tampoco se observa alguna salvedad por parte del comprador en este sentido.

De lo anterior encuentra el Despacho que hay mérito suficiente para declarar el incumplimiento por parte de **ECOPETROL S.A.**, del **ABE 0000176** de 2013 y las respectivas órdenes de venta emitidas por esta entidad para desarrollar lo acordado por los extremos.

No obstante, encuentra el Juzgado que no le asiste razón al demandante al exigir que los saldos a su favor sean devueltos representados en material reciclable, porque ni las partes lo dispusieron así ni tampoco dejó consignada esta exigencia en las actas de liquidación de las órdenes de venta. En las liquidaciones se establecieron unos saldos a favor del comprador expresados en dinero, razón por la cual, deberán ser devueltos por el extremo pasivo representados de la misma forma, es decir, en dinero, y así lo dispondrá el Despacho en la parte resolutive de esta sentencia, en un valor equivalente a **\$5.901.448,26**.

De todas formas, de conformidad con la línea jurisprudencial referida en líneas anteriores, la pretensión de cumplimiento no tiene cabida tratándose de contratos estatales, por lo que no es procedente emitir por esta vía una orden a cargo de ECOPETROL S.A., para que entregue al demandante una determinada cantidad de materiales reciclables.

El extremo activo pretende además el reconocimiento y pago de \$100.000.000 por concepto de perjuicios basado en que **ECOPETROL S.A.**, durante el año 2016 no le vendió la cantidad proyectada en el estudio contenido en la Inteligencia de Mercado 0000814. No obstante lo anterior, ya se estableció que el **ABE 0000176** de 2013 no obligaba a **ECOPETROL S.A.**, a vender determinadas cantidades de material reciclable al comprador, esta pretensión no tiene sustento contractual para darle validez.

Dicho de otra forma, si **ECOPETROL S.A.**, no estaba obligado a vender cantidades determinadas de tapones petroleros durante la vigencia del **ABE 0000176**, al posible comprador no podría perjudicarse si la empresa demandada decidía no vendérselos. A juicio del Despacho, lo que obligaba a **ECOPETROL S.A.** eran las respectivas órdenes de venta, pero también tenía la facultad de no expedir ninguna.

Por las anteriores razones, las pretensiones del demandante referidas a la devolución de los saldos a su favor representados en tapones

petroleros, el reconocimiento de los perjuicios por la no venta de estos productos durante 2016 y la venta de todos los materiales producidos durante el año 2016, mientras estuvo vigente el contrato, no están llamadas a prosperar.

Entonces, el problema jurídico debe ser resuelto en el sentido de establecer que **ECOPETROL S.A.**, incumplió el contrato de Acuerdo de Bases Económicas No. 0000176 suscrito el día 21 de noviembre de 2013, incumplimiento del cual se deriva la obligación del extremo pasivo de pagar a favor del demandante los valores por concepto de venta de materiales no entregados y de liquidación de las órdenes de venta y No. CSC-CCE-LI-037-15, No. CENIT 2015-004 y No. CSC-CCE-LI-060-15, no así de los demás perjuicios materiales reclamados en el libelo.

Se evidenció además que, el demandante cumplió con sus obligaciones contractuales y por tanto se encontraba habilitado para exigir el cumplimiento de su contraparte.

IV. CONCLUSIÓN

Visto y analizado todo lo anterior se concluye que la pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual en contra de **ECOPETROL S.A.**, es viable; no obstante la devolución de los saldos en especie a favor del comprador, la indemnización de perjuicios por la venta de tapones petroleros durante 2016 y la venta de todo el material reciclable producido ese mismo año, no resultan ser pretensiones prósperas; en su lugar, procede la devolución de los saldos a favor del demandante por concepto de material reciclable no entregado, representado en dinero, de acuerdo a las liquidaciones hechas a las órdenes de compra, suma que equivale a **\$5.901.448,26**, de acuerdo al siguiente detalle:

Orden de venta	Fecha de liquidación	Saldo a favor del demandante
CENIT 2015-004	31/08/15	\$362.848,00
CSC-CCE-LI-037-15	23/09/15	\$2.147.206,00
CSC-CCE-LI-060-15	17/03/16	\$3.391.394,26
TOTAL SALDO A FAVOR		\$5.901.448,26

Valor que se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, así:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

Vh = Saldo a favor del demandante

Índice inicial = IPC vigente para la fecha de liquidación de la correspondiente orden de venta.

Índice final = IPC vigente a la fecha del presente fallo.

Lo cual da como resultado hasta la fecha de emisión del presente fallo **\$6.957.335,91** tal como se detalla a continuación:

Orden de venta	Fecha de liquidación	Saldo a favor del demandante	$V_p = V_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$ Donde: Vh = Saldo a favor del demandante en cada liquidación Índice final: a la fecha del fallo Índice inicial: a la fecha de liquidación de la orden de venta
CENIT 2015-004	31/08/15	\$362.848,00	\$444.021,39
CSC-CCE-LI-037-15	23/09/15	\$2.147.206,00	\$2.609.008,15
CSC-CCE-LI-060-15	17/03/16	\$3.391.394,26	\$3.904.306,38
TOTAL SALDO A FAVOR		\$5.901.448,26	\$6.957.335,91

V. COSTAS

Se proferirá sentencia de condena en costas. Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 ordinal i fijándose para los procesos declarativos en general en primera instancia **con cuantía**, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 2° del Acuerdo en mención, la determinación de las agencias "*tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la*

cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites."

Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de cumplimiento de contrato y cobro de lo no debido propuestas por ECOPETROL S.A., de conformidad con las consideraciones hechas por el Despacho.

SEGUNDO: DECLARAR QUE ECOPETROL S.A., INCUMPLIÓ el Acuerdo de Bases Económicas 0000176 de 2013 y las órdenes de venta No. CSC-CCE-LI-037-15, No. CENIT 2015-004 y No. CSC-CCE-LI-060-15 con las cuales se desarrolló el objeto del Acuerdo, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a ECOPETROL S.A., a pagar a favor del demandante **VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ** la suma de **\$6.957.335,91** por concepto de los saldos a favor suyo con ocasión de la liquidación de las órdenes de venta No. CSC-CCE-LI-037-15, No. CENIT 2015-004 y No. CSC-CCE-LI-060-15.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada, y fijar como agencias en derecho a favor del demandante VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ, el cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda reconocidas en el presente fallo.

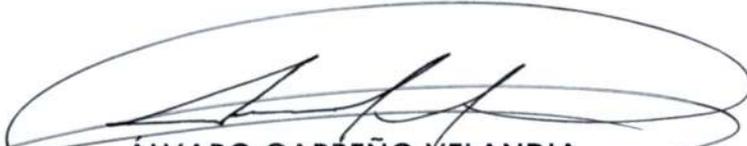
SEXTO: La presente sentencia se notificará de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

EXPEDIENTE No: 110013343064-2016-00700-00
CONTRACTUAL: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: VÍCTOR HUGO PINILLA MÁRQUEZ
DEMANDADO: ECOPETROL S.A.

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora, en caso de que existan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO CARREÑO VELANDÍA
Juez

CASZ