

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiséis (2026)

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2016-0770-02 (71.393)
Demandante: SICIM COLOMBIA
Demandados: ECOPETROL SA Y CENIT SAS
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: NULIDAD ACTOS DE TERMINACIÓN UNILATERAL

Síntesis del caso: entre las empresas Ecopetrol SA, en representación de Cenit SAS y Sicim Colombia se suscribió un contrato para la construcción de obras de reposición de tubería de un tramo del poliducto Sebastopol-Medellín-Cartago; la contratante lo terminó unilateralmente por advertir un conflicto de intereses de Sicim Colombia debido a que previamente su representante legal había efectuado transferencias de dinero a una cuenta de un funcionario de Ecopetrol SA que participó en el proceso de selección de la contratista. La parte demandante alega que Ecopetrol no tenía facultades para adoptar esa determinación.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda principal

El 12 de abril de 2016 (índice 1 SAMAI tribunal), la sociedad Sicim Colombia (en adelante Sicim) interpuso demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra de Cenit SAS Transporte y Logística de Hidrocarburos SAS (en adelante Cenit SAS) y de Ecopetrol SA, con las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se ANULEN los oficios con radicados No. 2-2015-021-1821 de 11 de marzo de 2015, por medio del cual ECOPETROL SA declaró el incumplimiento y la terminación unilateral del Contrato No. 8000000478 de 1° de diciembre de 2014 y la aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria; y No. 2-2015-021-4801 de 1° de julio de 2015, a través

del cual ECOPETROL SA reiteró su decisión.

SEGUNDA: Que se ANULE el Acta de Liquidación Unilateral del Contrato No. 8000000478 de 5 de diciembre de 2014, expedida por ECOPETROL SA el 28 de agosto de 2014, en la que, entre otros, se impone a SICIM el pago de la Cláusula Penal Pecuniaria equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor del contrato, esto es, la suma de MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$1.878.402.661) M. L. y se su (sic) correspondiente mérito ejecutivo.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene:

TERCERA: Que CENIT SAS y ECOPETROL SA paguen a favor de SICIM la suma de MIL CIENTO VEINTISIETE MILLONES CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$1.127.041.596) M. L., por concepto de Utilidad Esperada equivalente al SEIS POR CIENTO (6%) del valor del contrato, por haber terminado unilateralmente el Contrato No. 8000000478 de 5 de diciembre de 2014.

CUARTA: Que CENIT SAS y ECOPETROL SA paguen a favor de SICIM la suma de DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL PESOS (\$19.778.000) M. L., por concepto de gastos ocasionados para la preparación y presentación de la respectiva propuesta dentro del Proceso de Selección No. 7400000132 de ECOPETROL SA.

QUINTA: Que sobre todas las sumas de dinero que se ordene pagar a CENIT SAS y ECOPETROL SA a favor de SICIM, se realice su debido ajuste o actualización conforme a los índices de precios al consumidor, con el fin de evitar la pérdida de su poder adquisitivo.

SEXTA: Que sobre dichas sumas se reconozca el interés bancario corriente, certificado por la Superintendencia Bancaria, aplicando la tasa equivalente a los intereses comerciales, según lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio, sobre el valor histórico actualizado.

SÉPTIMA: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVA: Que en garantía de los principios de Igualdad, Transparencia, Imparcialidad, Buena Fe y Responsabilidad y del deber de Selección Objetiva se condene a CENIT SAS y a ECOPETROL SA a abstenerse o impedir cualquier acto u omisión que implique cualquier tipo de veto o exclusión a SICIM en procesos de precalificación, inteligencia de mercado, concurso cerrado o abierto o cualquier otra modalidad de selección que lleven a cabo de conformidad con sus respectivos manuales de contratación, garantizando su invitación a precalificar, a participar en los procesos en que se encuentre calificada y permitiendo su participación en los demás procesos sin ningún tipo de obstáculos, así como amparando el derecho de SICIM a la mayor objetividad en la evaluación y calificación de las propuestas que con ocasión de los señalados procesos llegue a presentar.

NOVENA: Que se condene a CENIT SAS y a ECOPETROL SA al pago de las costas y agencias en derecho” (fls. 4 a 5 archivo 30 índice 23 SAMAI – mayúsculas fijas originales).

1.1 Hechos

Como fundamento fáctico de las súplicas la demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) El 5 de diciembre de 2014, la empresa Ecopetrol SA, quien actuaba como mandataria y en representación de Cenit SAS¹, celebró el contrato no. 8000000478 con Sicim, cuyo objeto consistió en la ejecución de obras de reposición de tubería requeridas para las intervenciones denominadas La Felisa y socavación Río Medellín del poliducto Sebastopol–Medellín–Cartago de 10, por un valor estimado de \$18.784.026.606, sin IVA.

2) El 10 de diciembre de 2014 Sicim remitió el contrato firmado y solicitó ampliación del plazo para entregar los requisitos de ejecución. El 19 de diciembre de 2014 Ecopetrol SA informó que aún adelantaba trámites relacionados con permisos necesarios para la ejecución y señaló que posteriormente comunicaría la fecha de suscripción del acta de inicio; en consecuencia, el inicio de la ejecución quedó suspendido.

3) El 10 de febrero de 2015, Ecopetrol SA solicitó explicaciones a Sicim acerca de informaciones de prensa que relacionaban a directivos de la compañía con investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, frente a lo cual Sicim respondió que no había recibido requerimientos ni cargos de ninguna autoridad y reiteró su compromiso con la legalidad y la colaboración con las autoridades.

4) El 11 de marzo de 2015, Ecopetrol SA comunicó a Sicim la declaración de incumplimiento, la terminación anticipada del contrato y la aplicación de la cláusula penal pecuniaria.

5) Entre los fundamentos de la decisión de Ecopetrol SA se incluyeron diversas informaciones periodísticas conocidas desde enero de 2015, según las cuales directivos de Sicim estarían siendo investigados por presuntos vínculos con integrantes del autodenominado Ejército de Liberación Nacional (ELN); igualmente,

¹ En virtud de un mandato con representación conferido por Cenit SAS mediante documento privado del 1 de abril de 2013.

se indicó que la Fiscalía General de la Nación adelantaba indagaciones sobre esos hechos.

6) Ecopetrol SA también tuvo en cuenta información según la cual Francisco Elizondo, representante legal de Sicim, habría realizado transferencias de dinero a una cuenta personal de Roberto Eladio Espriella Fernández, funcionario de Ecopetrol SA que participó en la planeación y apertura del proceso de selección que dio origen al contrato, razones por las cuales declaró el incumplimiento y decidió terminar anticipadamente el contrato.

7) Sicim sostuvo que Ecopetrol SA confundió la actuación de Francisco Elizondo, como persona natural, con la persona jurídica Sicim; además, afirmó que las transferencias bancarias utilizadas como fundamento de la decisión databan de 2012 y 2013; es decir, con antelación a la apertura del proceso de selección y de la celebración del contrato.

8) La demandante afirmó que el contrato nunca generó pagos en su favor y que la ejecución permanecía suspendida, por lo cual no pudo utilizar recursos contractuales para actividades ilícitas.

9) El 20 de marzo de 2015 Sicim remitió una comunicación en la que se opuso a la decisión por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia; sin embargo, mediante comunicación del 1 de julio de 2015 Ecopetrol SA reiteró la declaración de incumplimiento, la terminación unilateral del contrato, la imposición de la cláusula penal pecuniaria y su decisión de liquidar unilateralmente el negocio jurídico.

10) El 7 de julio de 2015, la empresa Ecopetrol SA remitió a Sicim un borrador de acta de liquidación bilateral del contrato en el cual incluyó el cobro de la cláusula penal pecuniaria por valor de \$1.878.402.661 y el 16 de julio siguiente le solicitó informar si tenía observaciones, ante lo cual Sicim manifestó que no aceptaba la liquidación bilateral del contrato por considerar que la terminación anticipada había sido ilegal y arbitraria, carecía de sustento probatorio suficiente y se adelantó sin una verdadera discusión entre las partes, también cuestionó que el borrador de liquidación hubiera sido remitido pocos días antes del vencimiento del plazo previsto

para adelantar la liquidación bilateral, sin reuniones previas ni espacios efectivos para debatir el contenido de la liquidación.

11) El 28 de agosto de 2015 Ecopetrol SA expidió el acta de liquidación final unilateral del contrato e impuso definitivamente a Sicim la cláusula penal pecuniaria por valor de \$1.878.402.661.

12) La declaración de incumplimiento, la terminación unilateral, la imposición de la cláusula penal pecuniaria y la liquidación unilateral le causaron perjuicios económicos consistentes en la pérdida de la utilidad esperada del contrato y en los gastos incurridos para participar en el proceso de selección, razón por la cual solicita la nulidad de tales decisiones y la correspondiente indemnización.

1.2 Cargos de nulidad

La pretendida ilegalidad de las decisiones cuya validez se discute se sustentó en lo siguiente:

1) *Falta de competencia.* Ecopetrol SA y Cenit SAS, pese a ser entidades estatales, se encuentran sometidas al régimen de derecho privado en materia contractual, por lo cual carecen de facultades para ejercer prerrogativas excepcionales propias de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tales como declarar unilateralmente el incumplimiento, terminar unilateralmente los contratos, imponer cláusulas penales o declarar unilateralmente la condición resolutoria.

2) *Violación del derecho de audiencia y de defensa.* Ecopetrol SA adoptó la decisión sin formular cargos previos, sin permitir la contradicción de las pruebas y sin otorgar a Sicim la oportunidad de ejercer plenamente su defensa

3) *Falsa motivación.* Las decisiones se apoyaron en hechos inexistentes, erróneos o ajenos al contrato, pues, para ello Ecopetrol SA tuvo en cuenta unas noticias de prensa sobre supuestas relaciones de trabajadores o extrabajadores de Sicim con integrantes del ELN, investigaciones no definidas por autoridad competente, así como también unas transferencias bancarias anteriores a la apertura del proceso de selección y a la celebración del contrato, sin prueba de esa circunstancia;

además, confundió las actuaciones personales de Francisco Elizondo con la conducta de la persona jurídica contratista y omitió que las transferencias cuestionadas ocurrieron antes del proceso de selección y de la celebración del negocio jurídico.

2. Contestaciones de la demanda principal

2.1 Ecopetrol SA

Ecopetrol SA (archivo 53 índice 23 SAMAI) se opuso a las súplicas de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

1) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, por cuanto el contrato objeto de controversia fue suscrito entre Cenit SAS y Sicim, mientras que Ecopetrol SA actuó únicamente como mandatario con representación de Cenit SAS; de modo que, los efectos jurídicos del negocio recaen exclusivamente sobre esta última sociedad y no sobre Ecopetrol SA, circunstancia por la cual carece de legitimación material para responder por las pretensiones formuladas.

2) *“Régimen de derecho privado”*, porque Ecopetrol SA se rige por el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 y, en consecuencia, sus contratos se someten al derecho privado. Con sujeción a ese régimen las partes ejercen la autonomía de la voluntad, los contratos constituyen ley para ellas, los términos de referencia y el Código de Ética fueron conocidos y aceptados por Sicim, la terminación contractual obedeció a una cláusula previamente pactada, la asignación contractual no equivale a una adjudicación administrativa y Ecopetrol SA no expide actos administrativos en esta clase de actuaciones, por lo cual resultan improcedentes las pretensiones encaminadas a cuestionar o revocar supuestos actos administrativos.

3) *“Cumplimiento del contrato”*, toda vez que Ecopetrol SA, quien actuó en nombre y representación de Cenit SAS, observó los procedimientos y obligaciones contractuales, informó oportunamente a Sicim sobre los hechos constitutivos de la violación del Código de Ética, escuchó sus explicaciones y aplicó las consecuencias previstas en el contrato. Además, la conducta atribuida al señor Francisco Elizondo, representante legal de Sicim, compromete a la propia sociedad contratista, por lo

que esta no puede desconocer las obligaciones contractuales que aceptó al momento de participar en el proceso de selección.

4) *“Inexistencia de la obligación y del nexo causal”*, dado que no concurren los elementos necesarios para estructurar responsabilidad alguna a cargo de Ecopetrol SA, pues, no existe conducta antijurídica, daño, perjuicio ni nexo causal atribuible a la entidad; por el contrario, las pruebas demuestran el incumplimiento contractual de Sicim.

5) *“Comunicaciones oportunas y protección al debido proceso”*, porque Sicim fue informada oportunamente de los hechos que motivaron la actuación, tuvo la posibilidad de exponer sus argumentos y ejercer su defensa, y la decisión adoptada se sustentó en pruebas de la violación al Código de Ética, motivos por los cuales la decisión negativa de modificar la determinación tomada no configura quebranto alguno del debido proceso.

2.2 Cenit SAS

Por su parte, la sociedad Cenit SAS (archivo 62 índice 23 SAMAI) se opuso a las pretensiones de la demanda con base en las siguientes excepciones:

1) *“Inexistencia de actos administrativos exorbitantes proferidos por Ecopetrol SA – Ineptitud sustancial de la demanda – Improcedencia de las pretensiones de condena – Cumplimiento de estipulaciones contractuales por Ecopetrol SA”*, porque los oficios de terminación y el acta de liquidación no constituyen actos administrativos ni fueron expedidos en ejercicio de facultades exorbitantes, sino que, corresponden a la aplicación de estipulaciones contractuales válidamente pactadas en un contrato sometido al derecho privado por mandato de las Leyes 1118 de 2006 y 1150 de 2007.

2) *“Incumplimiento grave de Sicim – configuración de la condición resolutoria expresa pactada en el contrato”*, por cuanto el representante legal de Sicim mantuvo y ocultó relaciones comerciales privadas con Roberto Eladio Espriella Fernández, funcionario de Ecopetrol SA que participó en la estructuración del concurso abierto de selección y del contrato, situación que violó la cláusula 36 del contrato, la

declaración de transparencia, el Código de Ética de Ecopetrol SA y los manuales de cumplimiento incorporados contractualmente.

3) *“Nulidad del contrato por objeto ilícito”*, porque la conducta atribuida a Sicim comprometió el principio de transparencia que gobierna los procesos contractuales de Ecopetrol SA y Cenit SAS, por lo que, aun si se considerara que el contrato conservaba vigencia, estaría afectado de nulidad absoluta por el hecho de contrariar normas imperativas y principios obligatorios aplicables a dicha contratación.

4) *“Anulabilidad del contrato por dolo”*, en subsidio de la nulidad por objeto ilícito, porque el ocultamiento de los vínculos profesionales o personales entre Francisco Elizondo, representante legal de Sicim, y Roberto Espriella configuraría un vicio del consentimiento, porque de haberse conocido esa situación antes de la celebración del contrato se habría impedido su suscripción con Sicim.

5) De otra parte, objetó el juramento estimatorio y los perjuicios reclamados por estimar que la utilidad esperada y los gastos de presentación de la oferta carecen de soporte suficiente y se fundamentan en estimaciones hipotéticas.

3. Demanda de reconvención de la contratante Cenit SAS

La contratante formuló demanda de reconvención (archivo 147 índice 23 SAMAI) por considerar que la afectación de la transparencia del proceso contractual por el ocultamiento del conflicto de interés derivado de la relación entre Francisco Elizondo y Roberto Espriella afectó la validez del contrato, tal como lo expuso como fundamento de la contestación de la demanda, motivo por el cual pretende la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito (pretensión principal) y, subsidiariamente, la nulidad relativa o anulación por dolo (primer grupo de pretensiones subsidiarias), la declaración de incumplimiento del contrato por violación de la cláusula 36 y la declaración del acaecimiento de la condición resolutoria pactada (segundo grupo de pretensiones subsidiarias) o, por último, la declaración de incumplimiento del contrato por la misma razón pero con declaración de la resolución del contrato según lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil, con las respectivas consecuencias económicas de cada pretensión².

² No se transcribe el texto de las pretensiones debido a su extensión.

4. Contestación de la demanda de reconvención

Se presentó de manera extemporánea, según quedó consignado en la audiencia inicial.

5. Audiencia inicial

El magistrado ponente de la primera instancia tuvo por saneado el proceso y resolvió la única excepción previa consistente en la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Ecopetrol SA, la cual declaró no probada³; frente a las demás excepciones consideró que correspondían a cuestionamientos sobre el fondo del asunto por lo cual debían ser resueltas en la sentencia (archivo 82 índice 23 SAMAI); posteriormente procedió a fijar el litigio⁴, decretar las pruebas y fijar fecha de audiencia para su práctica (archivo 105 *ibidem*), la cual se desarrolló en condiciones normales y donde se corrió traslado para alegar de conclusión (archivo 114 *ibidem*); todas las partes presentaron sus alegaciones y el Ministerio Público guardó silencio (archivos 115, 116 y 125 *ibidem*).

6. La sentencia apelada

El 23 de julio de 2020 (archivo 129 índice 23 SAMAI) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B negó las pretensiones de la demanda inicial y de la demanda de reconvención, con fundamento en lo siguiente:

1) Los actos expedidos por una de las partes en ejercicio de facultades previamente pactadas en contratos sometidos al derecho privado (como multas, terminación o liquidación unilaterales) tienen naturaleza contractual y se originan en la autonomía

³ Esa decisión fue objeto de recurso de apelación por parte de Ecopetrol SA y el Consejo de Estado la confirmó.

⁴ Lo hizo en los siguientes términos: “1. Los actos jurídicos por los cuales ECOPETROL SA declaró la terminación y liquidación unilateral del contrato No. 8000000478 de 2014, constituyen actos administrativos?; 2. En caso afirmativo del punto anterior, ¿Se debe declarar la nulidad de dichos actos administrativos por los cuales se terminó unilateralmente y se liquidó el contrato 8000000478 de 2014?; 3. ¿Se debe condenar a las entidades demandadas al pago de perjuicios ocasionados al contratista por la expedición de los mencionados actos?; 4. De encontrarse nulos los actos mencionados, ¿existió incumplimiento por parte del contratista o contratante de las obligaciones pactadas en el Contrato No. 8000000478 de 2014?; 5. ¿Se debe declarar el acaecimiento de la condición resolutoria pactada en el contrato, así como condenar al contratista al pago de la cláusula penal pecuniaria?; 6. ¿Se debe declarar la nulidad absoluta o relativa del contrato por dolo o vicios del consentimiento imputables al contratista?”.

negocial de las partes, no en el ejercicio de prerrogativas excepcionales conferidas por la ley, como es el caso de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades exorbitantes.

2) No existió falsa motivación en los actos que declararon la terminación anticipada y la liquidación unilateral del contrato, pues, se acreditó que Sicim omitió informar a Ecopetrol SA la existencia de transferencias de dinero realizadas por su representante legal a Francisco Elizondo, funcionario que participó en la estructuración del proceso de selección que culminó con la adjudicación del contrato, circunstancia que era relevante para evaluar la existencia de un eventual conflicto de intereses y, por lo tanto, debía ser revelada durante el proceso de contratación.

3) Sicim suscribió diversos documentos en los que declaró no tener conflictos de interés, aceptó el Código de Ética de Ecopetrol SA, los manuales anticorrupción y las obligaciones de transparencia; además, asumió el deber de informar cualquier situación que pudiera generar conflictos de interés o afectar los principios contenidos en dichos instrumentos; asimismo, el contrato prohibía expresamente mantener relaciones comerciales privadas con empleados de Ecopetrol SA y facultaba a la entidad para terminar anticipadamente el contrato cuando se infringieran esas obligaciones.

4) La omisión de informar oportunamente las transferencias bancarias afectó la transparencia del proceso de selección, de modo que el problema no radicaba en la legalidad o ilegalidad de los pagos, sino en el hecho de que se ocultó una relación personal o comercial que podía comprometer la independencia de quienes intervenían en el proceso contractual, motivo por el cual no es cierto que Sicim no tuviese obligación de revelar hechos ocurridos antes de la celebración del contrato, como lo alegó.

5) En consecuencia, no había lugar a declarar la nulidad de los actos mediante los cuales Ecopetrol SA terminó anticipadamente el contrato y lo liquidó unilateralmente.

6) Tampoco es viable declarar la nulidad absoluta o relativa del contrato por dolo o vicios del consentimiento imputables al contratista, como se solicitó en la demanda

de reconvención, por cuanto el objeto del contrato estaba permitido y la terminación anticipada no se originó por objeto ilícito sino por las circunstancias ya anotadas.

7. El recurso de apelación

En la oportunidad legal la parte demandante interpuso recurso de apelación (archivo 133 índice 23 SAMAI) con apoyo en los siguientes argumentos:

1) El tribunal restringió indebidamente el estudio del caso a la causal de falsa motivación y omitió pronunciarse sobre las demás causales de nulidad invocadas en la demanda, pues, no resolvió de manera expresa los cargos de incompetencia y violación del derecho de audiencia y defensa, pese a que estos fueron planteados en la demanda.

2) En relación con el cargo de incompetencia, la apelante reiteró los argumentos expuestos en la demanda, según los cuales Ecopetrol SA y Cenit SAS carecían de facultades para declarar unilateralmente el incumplimiento, terminar el contrato, imponer la cláusula penal y liquidarlo. Contrario a lo estimado por el tribunal, no es cierto que las entidades estatales sometidas al derecho privado pueden ejercer facultades unilaterales derivadas de la autonomía de la voluntad, pues, dichas entidades continúan sometidas al principio de legalidad y la autonomía contractual no puede convertirse en fuente de potestades exorbitantes; la Ley 80 de 1993 demuestra el carácter excepcional de facultades como la terminación unilateral, la imposición de sanciones o la liquidación unilateral, por lo que estas no pueden surgir válidamente de simples estipulaciones contractuales.

3) Respecto de la violación del derecho de audiencia y defensa reiteró que Ecopetrol SA únicamente le permitió pronunciarse sobre las informaciones periodísticas y las investigaciones que se divulgaban públicamente, mientras que la terminación contractual se sustentó en la supuesta relación comercial entre Francisco Elizondo y Roberto Espriella, circunstancia respecto de la cual no tuvo oportunidad de ejercer contradicción.

4) En cuanto a la falsa motivación, cuestionó la valoración probatoria efectuada por el tribunal de primera instancia por el hecho de haber validado decisiones sustentadas en sospechas y no en hechos demostrados, pues, no existe prueba de

que Roberto Espriella hubiera intervenido en la evaluación de ofertas, en la adjudicación o en la celebración del contrato, ni tampoco evidencia de que las transferencias realizadas en el año 2012 hubieran influido en el proceso de selección adelantado años después.

5) La parte apelante también cuestionó la conclusión de la sentencia según la cual Sicim tenía el deber de informar las transferencias realizadas entre Francisco Elizondo y Roberto Espriella o las relaciones comerciales existentes entre ellos, para lo cual reiteró los argumentos de la demanda relacionados con la inexistencia de un deber legal o contractual de revelación; no se acreditó la existencia de un conflicto de interés real ni una afectación efectiva de la transparencia del proceso de selección.

6) Igualmente reprochó la interpretación realizada por el tribunal respecto de las cláusulas contractuales, el Código de Ética, el Pacto de Transparencia y los manuales de cumplimiento de Ecopetrol SA, pues, les atribuyó un alcance que no tenían, toda vez que dichas obligaciones estaban concebidas para regular la conducta de las partes durante la ejecución contractual y no para exigir la revelación de hechos ocurridos años antes de la apertura del proceso de selección o de la celebración del contrato. El contrato fue suspendido poco tiempo después de su suscripción y nunca inició su ejecución material.

8. Pronunciamientos frente al recurso de apelación

1) Cenit SAS (archivo 7 índice 9 SAMAI) pidió la confirmación del fallo de primera instancia para cuyo propósito reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, concretamente sobre la naturaleza contractual de los actos demandados, la validez de las facultades unilaterales pactadas y la inexistencia de violación del debido proceso. Como aspectos adicionales frente al recurso de alzada, sostuvo que el tribunal no omitió pronunciarse sobre las causales de nulidad alegadas por Sicim dado que su estudio estaba supeditado a que los actos cuestionados fueran administrativos, y reiteró que el incumplimiento contractual de Sicim no derivó de la mera existencia de las transferencias entre Francisco Elizondo y Roberto Espriella, sino de la omisión de revelar oportunamente esa información, pese a los deberes de transparencia y cumplimiento asumidos contractualmente.

2) Ecopetrol SA (archivo 18 índice 14 SAMAI) solicitó confirmar la sentencia e insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva, la naturaleza contractual de los actos demandados y la validez de las facultades unilaterales pactadas en contratos regidos por el derecho privado. Adicionalmente, adujo que el tribunal no omitió pronunciarse sobre los cargos de incompetencia y violación del debido proceso, sino que, sobre la premisa de colegir que los actos cuestionados eran contractuales y no administrativos descartó acertadamente el análisis de las causales de nulidad propias del acto administrativo; que tampoco se incurrió en indebida valoración probatoria porque lo relevante fue que se acreditó la omisión de dar a conocer la relación comercial existente entre el representante legal de Sicim y el funcionario de la entidad, independiente de la fecha de ocurrencia, y que la persona natural no podía desligarse de la persona jurídica como alega la parte actora.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) régimen jurídico aplicable, 3) análisis probatorio, 4) examen de la validez del contrato y, 5) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y decisión a adoptar

1) La demanda principal se dirigió a pedir la anulación de los oficios a través de los cuales Ecopetrol SA declaró el incumplimiento y la terminación unilateral del contrato número 8000000478, así como también del acta de liquidación unilateral, con la consecuente indemnización de perjuicios causados, para lo cual cuestionó la competencia de Ecopetrol SA, el procedimiento para adoptar tal decisión y la real configuración del conflicto de intereses que la motivó; las demandadas se opusieron a las pretensiones y Cenit SAS formuló demanda de reconvención para que se declare la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito debido al ocultamiento del conflicto de intereses aducido.

2) El tribunal de primera instancia negó las pretensiones de ambas demandas; las de la principal por considerar que los actos acusados no son administrativos sino contractuales y se acreditó la existencia del conflicto de intereses que motivó las

decisiones de Ecopetrol SA, esto es, que Sicim omitió informar la existencia de transferencias de dinero realizadas por su representante legal a un funcionario de Ecopetrol SA que participó en la estructuración del proceso de selección que culminó con la adjudicación del contrato; en cuanto a la de reconvención, por el hecho de no haberse probado el objeto ilícito alegado.

3) La parte actora apeló la decisión para lo cual insistió en los argumentos de la demanda y cuestionó la valoración probatoria efectuada por el tribunal, pues, no se acreditó que el funcionario hubiera intervenido en la evaluación de ofertas, en la adjudicación o en la celebración del contrato, ni tampoco hay evidencia de que las transferencias realizadas en el año 2012 hubieran influido en el proceso de selección adelantado años después; las obligaciones contractuales estaban concebidas para regular la conducta de las partes durante la ejecución contractual y no para exigir la revelación de hechos ocurridos años antes de la apertura del proceso de selección o de la celebración del contrato.

4) En ese contexto y presentada la demanda de manera oportuna⁵ corresponde a la Sala determinar si Ecopetrol SA estaba legal o contractualmente facultada para disponer la terminación y liquidación unilateral del contrato número 8000000478 y si se configuró el conflicto de intereses que motivó su expedición.

5) La Sala revocará la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención, para en su lugar declarar de oficio⁶ la nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, debido a que se acreditó que un funcionario de Ecopetrol SA intervino en el proceso de selección de un contratista para un específico proyecto que culminó con la adjudicación del contrato a Sicim, motivado por su estrecha relación con el entonces representante legal de la contratista y los dineros que él le consignó en su cuenta bancaria, lo cual permite concluir que el negocio jurídico se celebró con causa ilícita en los términos del

⁵ Como el acta de liquidación unilateral del contrato se suscribió 25 de agosto de 2015, la solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 2 de octubre de 2015, la cual se declaró fallida según constancia del 10 de diciembre siguiente (fls. 3 y 4 archivo 140 índice 23 SAMAI), y la demanda se presentó el 12 de abril de 2016, se impone concluir que lo fue antes del vencimiento de los dos (2) años de caducidad para impetrar el medio de control de controversias contractuales de que trata el artículo 164 del CPACA.

⁶ Si bien en la demanda de reconvención se solicitó declarar la nulidad absoluta del contrato, el tribunal de primera instancia denegó esa pretensión, decisión que no fue objeto de apelación.

artículo 1524 del Código Civil. Para el efecto en primer lugar se analizará el régimen jurídico aplicable.

2. Régimen jurídico aplicable

La Ley 1118 de 2006 *“por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”* reguló en su integridad el régimen jurídico de Ecopetrol SA y lo sujetó, en forma exclusiva, al derecho privado, lo cual descarta la aplicación de las potestades exorbitantes contenidas en el Estatuto General de Contratación de Administración Pública⁷; sin embargo, nada impide que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad puedan acordar estipulaciones de esa índole como la terminación y la liquidación unilaterales del contrato en favor de la entidad estatal contratante, pero, no sobre la base de la competencia para expedir actos administrativos. Al respecto, el artículo 6 de ese cuerpo legal dispone lo siguiente:

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

La norma citada regula el régimen jurídico aplicable a los actos, contratos y actuaciones de Ecopetrol como *“exclusivamente”* privado, circunstancia que pone en evidencia, se reitera, la imposibilidad de ejercer las potestades excepcionales consagradas en la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la facultad de pactar en el negocio jurídico la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales en favor de la entidad estatal, como la terminación y la liquidación unilaterales del contrato, cuyo ejercicio da lugar a la emisión de actos contractuales más no a actos administrativos⁸, sin perjuicio de la necesaria aplicación del artículo 13 de la Ley

⁷ Sin perjuicio de los eventos que excepcionalmente el régimen jurídico autoriza, por ejemplo, en los casos del Fondo de Adaptación (Decretos 4819 de 2010 y 4785 de 2011) y de las Empresas Sociales del Estado (artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993).

⁸ Es importante tener en cuenta que la Sección Tercera unificó su jurisprudencia en cuanto a que los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, regla que se ha extrapolado a todos los casos exceptuados y/o especiales del régimen de contratación estatal, pues, por no ser aplicable la Ley 80 de 1993 no tienen fundamento de competencia para proferir actos administrativos. (Ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia proferida el 9 de mayo de 2024, proceso no. 76001233100020060332003 (53.962), MP José Roberto SÁCHICA Méndez).

1150 de 2007⁹ que dispone la aplicación de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa y de la gestión fiscal, lo mismo que el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades con independencia de la naturaleza jurídica del contrato.

Asimismo, debe también tomarse en cuenta que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 confirma la sujeción de Ecopetrol SA a un régimen contractual de derecho privado por cuanto, con independencia de la conformación de su capital, desarrolla actividades comerciales en competencia con el sector privado¹⁰, lo cual impone que sus actuaciones se surtan en igualdad de condiciones con sus competidores, despojada de prerrogativas excepcionales.

3. Análisis probatorio

De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso se encuentran demostrados los siguientes hechos relevantes para la adopción de la decisión:

1) El señor Roberto Eladio Espriella Fernández, gerente de proyectos especiales de Ecopetrol¹¹, mediante oficio calendado el 15 de agosto de 2014 y modificado el 5 de septiembre siguiente solicitó a la empresa que se realizara el proceso de

⁹ Ley 1150 de 2007 “Artículo 13. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

¹⁰ Ibidem, “Artículo 14. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley”.

¹¹ Según certificación expedida por la entidad, el señor Roberto Eladio Espriella Fernández, desempeñaba el cargo de gerente de proyecto especial en la Unidad Organizativa Superin de Proyectos Transporte para Crudos cuya función general era “[g]estionar la estructuración, planeación, ejecución, control, aseguramiento y cierre del proyecto, garantizando el oportuno cumplimiento de los parámetros definidos en cuanto a la estrategia de ejecución del Proyecto, alcance, costos, tiempo, calidad y seguridad, cumpliendo los procedimientos corporativos, asegurando los objetivos estratégicos de Ecopetrol S.A.”. Dentro de sus responsabilidades se encontraba la de dirigir los procesos de contratación relacionada con los proyectos especiales a su cargo (fls. 28 y 29 archivo 112 índice 23 SAMAI).

selección de un contratista para un específico proyecto que finalmente culminó con el contrato objeto del presente litigio (fls. 328 a 343 archivo 145 índice 23 SAMAI).

2) La sociedad Sicim se presentó al concurso, para cuya finalidad su representante legal Francisco Elizondo Rodríguez firmó un documento en el cual declaró sobre la gravedad de juramento que su representada no tenía conflicto de intereses de origen legal, contractual o ético para la ejecución del contrato (fl. 321 archivo 145 índice 23 SAMAI).

3) Ecopetrol SA, en representación de Cenit SAS¹², suscribió el contrato no. 8000000478 con la sociedad Sicim el 5 de diciembre de 2014 cuyo objeto fue realizar “*obras de construcción de reposición de tubería para las intervenciones La Felisa y Socavación río Medellín (sectores San Judas y Zeuss) del poliducto Sebastopol-Medellín-Cartago de 10”* (fls. 73 a 134 archivo 140 índice 23 SAMAI). En la cláusula séptima se establecieron las obligaciones de la contratista y específicamente en el numeral 51 se previó lo siguiente:

“CLÁUSULA SÉPTIMA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar el objeto del contrato, por lo cual tendrá las siguientes obligaciones, además de las que se desprendan de otras cláusulas consignadas en este documento, en los DPS o en la propuesta: (...). 51. Cumplir el Código de Ética, el Código de Buen Gobierno, el Procedimiento de Responsabilidad Social Empresarial en la contratación y Subcontratación de ECOPETROL, (entiéndase de ECOPETROL y no de CENIT) y el Código de Buen Gobierno de CENIT” (fl. 98 *ibidem* – mayúsculas sostenidas originales).

A su turno, en la cláusula vigésima cuarta se estipuló lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.- CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento definitivo del objeto del Contrato, o de que ECOPETROL declare la terminación anticipada del mismo por acciones u omisiones antijurídicas o apartamientos del Contrato imputables al CONTRATISTA, este conviene en pagar a ECOPETROL, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado del Contrato.

Dicha suma se imputará al monto de los perjuicios que sufra ECOPETROL, y su valor se podrá tomar directamente del saldo a favor del CONTRATISTA, si lo hubiere, o de la garantía de cumplimiento constituida. Si esto no fuere posible, la Cláusula Penal Pecuniaria se cobrará por la vía ejecutiva, para lo cual el Contrato prestará el mérito de título ejecutivo.

¹² En virtud del mandato con representación conferido mediante documento privado del 1 de abril de 2013 (fls. 5 a 35 archivo 145 índice 23 SAMAI).

La aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria no excluye la indemnización de perjuicios a cargo del CONTRATISTA, si el monto de estos fuere superior, a juicio de ECOPETROL, al valor de la Cláusula Penal Pecuniaria aquí pactada” (fl. 124 ibidem – mayúsculas sostenidas originales).

4) De igual manera, en relación con la terminación del contrato se establecieron las siguientes cláusulas:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA. TERMINACIÓN DEL CONTRATO. *El Contrato terminará de manera ordinaria por el vencimiento del plazo de ejecución o, una vez satisfecho el objeto del mismo, y de manera extraordinaria en cualquiera de los siguientes eventos:*

1) Por mutuo acuerdo entre las Partes, y

2) Por declarar ECOPETROL la terminación anticipada del Contrato.

Terminado el Contrato se procederá con la liquidación definitiva del mismo.

CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA. TERMINACIÓN ANTICIPADA. *Sin perjuicio de otras causales previstas en los DPS, ECOPETROL podrá declarar la terminación anticipada del Contrato en los siguientes eventos: (...)*

4. Cuando del incumplimiento de obligaciones del CONTRATISTA se deriven consecuencias que hagan imposible o dificulten gravemente la ejecución del Contrato, o se causen perjuicios a ECOPETROL. (...).

14. Cuando se presente alguno de los eventos previstos en las normas internas de ECOPETROL, que conforme a los DPS el PROPONENTE declaró conocer y aceptar. (...)” (fls. 127 y 128 ibidem – mayúsculas sostenidas originales – negrillas adicionales).

En relación con la liquidación del contrato se convino:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA.- LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. *Concluida la ejecución del Contrato, el Gestor y el CONTRATISTA suscribirán el acta de finalización de la ejecución, y dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de firma de aquella, el CONTRATISTA procederá a cancelar los pagos pendientes a Subcontratistas y Proveedores, salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal a su cargo, que hubiere sido contratado para la ejecución del Contrato.*

Las Partes realizarán la liquidación de mutuo acuerdo del Contrato dentro de los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento de la ejecución del Contrato.

Por otro lado, el CONTRATISTA faculta expresamente a ECOPETROL para que proceda a realizar la liquidación de manera unilateral en el término de dos (2) meses contados desde el vencimiento del plazo previsto para la liquidación de mutuo acuerdo. (...)” (fl. 30 ibidem – mayúsculas sostenidas originales – negrillas de la Sala).

Por último, en el contrato hubo una estipulación expresa relacionada con obligaciones especiales de transparencia; en efecto, en la cláusula trigésima sexta se estipuló lo siguiente:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA. OBLIGACIONES ESPECIALES EN RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA Y EL CUMPLIMIENTO.

ECOPETROL cuenta con un Código de Ética y unos Manuales de Cumplimiento (Antifraude, Anticorrupción y de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo) (entiéndase de ECOPETROL no de CENIT) que buscan:

- Describir los comportamientos esperados por sus empleados y contratistas.
- Mantener controles internos adecuados.
- Describir algunas de las tipologías más frecuentes de comportamientos que violan el Código de Ética o los procesos de cumplimiento.
- Contar con registros e informes apropiados sobre todas las transacciones.
- Dar cumplimiento a las leyes nacionales e internacionales que sean aplicables.

Por lo anterior:

1. El CONTRATISTA declara de manera expresa que conoce el Código de Ética de ECOPETROL y los Manuales de Cumplimiento enunciados, que los ha revisado, que los acepta y que se obliga a cumplirlos. La presentación de su oferta y la posterior asignación del presente Contrato por ECOPETROL al CONTRATISTA implica la adhesión incondicional de este, respecto de los mencionados documentos. (entiéndase documentos de ECOPETROL no de CENIT).

2. El CONTRATISTA se obliga a no emplear los recursos recibidos de ECOPETROL por la ejecución del Contrato para la realización de alguna actividad ilícita de las contempladas en el Código Penal Colombiano.

3. La violación de las obligaciones previstas en el Código de Ética o los Manuales de Cumplimiento de la Empresa o de lo establecido en esta cláusula, constituirá causal suficiente para que ECOPETROL pueda dar por terminado anticipadamente el Contrato, sin que haya lugar a indemnización alguna a favor del CONTRATISTA, y sin perjuicio de las acciones legales a las que hubiere lugar.

4. ECOPETROL tendrá derecho a realizar auditorías financieras, operativas o de cumplimiento al CONTRATISTA, sus proveedores o Subcontratistas.

PARÁGRAFO: Las anteriores obligaciones se extienden a los empleados del CONTRATISTA, a sus Subcontratistas, proveedores, agentes y sus respectivos empleados, y el CONTRATISTA se obliga a incluir lo establecido en esta cláusula en los contratos que celebre con sus Subcontratistas.

Adicionalmente, en desarrollo de esta cláusula, ECOPETROL y el CONTRATISTA se comprometen a:

1. Mantener conductas y controles apropiados para garantizar una actuación transparente alineada con el Código de Ética de ECOPETROL, el Código de Buen Gobierno, las normas internas sobre: responsabilidad integral; responsabilidad social empresarial; prevención del fraude; prevención de la corrupción; conflictos de interés, prevención, control y administración del riesgo de lavado de activos y financiamiento al terrorismo (entiéndase de ECOPETROL no de CENIT).

2. Abstenerse de dar y/o recibir (directa o indirectamente a través de empleados, subordinadas, contratistas o Agentes) pagos, prestamos, regalos, gratificaciones o promesas a y/o de: empleados, directivos, administradores, contratistas, proveedores o Agentes de ECOPETROL, o a Funcionarios Gubernamentales, con el propósito de inducir a tales personas a realizar algún acto, omitirlo, tomar alguna decisión o utilizar su influencia con el objetivo de contribuir a obtener o retener negocios o facilitar un trámite en relación con el Contrato.

3. Abstenerse de originar registros o informaciones inexactas, o de difundir información que afecte la imagen de otra parte cuando se soporte sobre supuestos que no se encuentren demostrados.

4. Evitar cualquier situación que pueda constituir o generar un conflicto de interés o una inhabilidad o incompatibilidad o no declararla en el momento en el que dicha situación surja.

En desarrollo de este compromiso, entre otras cosas el CONTRATISTA:

a) **Se abstendrá de establecer, para efectos de la ejecución del contrato, relaciones comerciales privadas con empleados de ECOPETROL o con su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad y primer grado civil.**

b) Se abstendrá de vincular, para efectos de la ejecución del Contrato y realización de asuntos o negocios que hagan parte del objeto y alcance del mismo, a ex - servidores de ECOPETROL que hubieren conocido o adelantado dichos asuntos o negocios durante el desempeño de sus funciones como servidores públicos. Con este propósito el CONTRATISTA solicitara al ex -servidor de ECOPETROL que pretenda vincular, una declaración formal de no hallarse incurso en la causal de conflicto de interés, inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley y/o en las normas internas de ECOPETROL.

c) Comunicará cualquier situación contraria a lo establecido en esta cláusula a través del Canal de denuncias de la página web de ECOPETROL, <https://asuntoseticosecopetrol.alertline.com>.

5. Durante la ejecución del contrato, el CONTRATISTA se obliga a comunicar a ECOPETROL, tan pronto tenga conocimiento, de cualquier información o evento que vaya en contra de los principios establecidos en el Código de Ética o los Manuales de Cumplimiento de la Empresa. Esta situación puede ser comunicada de manera confidencial usando el Canal de denuncias a través de la página web de ECOPETROL, <https://asuntoseticosecopetrol.alertline.com>.

El CONTRATISTA declara conocer y aceptar el Código de Ética de ECOPETROL que obra en la siguiente dirección: www.ecopetrol.com.co, y las disposiciones sobre Conflicto de Interés existentes en los Estatutos de la Empresa, que obran en la misma dirección (entiéndase de ECOPETROL no de CENIT).

En caso de que ECOPETROL determine que el CONTRATISTA ha incurrido en conductas que violen la presente Cláusula, podrá dar por terminado el Contrato sin que haya lugar a indemnización alguna a favor del CONTRATISTA, y sin perjuicio de las acciones legales a las que hubiere lugar. (...)" (fls. 130 y 131 ibidem – mayúsculas sostenidas originales – resalta la Sala).

5) Como complemento de lo anterior, como anexo del contrato se allegó el Código de Ética de Ecopetrol SA del cual se destacan las siguientes conductas a seguir: i) declararse impedido cuando en una decisión se genere conflicto de interés personal o familiar, ii) rechazar o denunciar cualquier forma de corrupción y promover acciones para fomentar la transparencia en todas las actuaciones, iii) actuar de forma objetiva y iv) no mantener relaciones comerciales privadas con clientes (fls. 141 a 146 archivo 140 índice 23 SAMAI). A su turno, se firmó un pacto de transparencia en el cual aparece la siguiente definición de conflicto de interés:

“Conflicto de Interés: Contraposición de los intereses o motivaciones que concurren o pueden concurrir en quien actúa en nombre o representación de Ecopetrol S.A., o en cumplimiento de funciones o actividades asignadas por esta sociedad, y que lo pueden llevar a adoptar decisiones o a realizar actos que van en beneficio propio o de terceros y en detrimento de los intereses de Ecopetrol S.A. que representa. Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses: el individual de quien actúa a en nombre o representación Ecopetrol S.A., o en cumplimiento de funciones o actividades asignadas por ella, y el de Ecopetrol S.A.

El conflicto de interés puede generarse cuando el criterio de las personas podría ser influenciado, o podría parecer influenciado, por la posibilidad de un beneficio personal. Los empleados, proponentes y contratistas de Ecopetrol deben ser siempre consientes (sic) de posibles conflictos y buscar evitarlos. Todos los empleados, proponentes y contratistas son responsables de informar los, que a su criterio, generan o pudieran generar un conflicto de interés o la apariencia de uno. Se alienta a que empleados, proveedores y contratistas presenten inquietudes referentes a estos temas a través de los canales dispuestos” (fl. 326 archivo 145 índice 23 SAMAI – destaca la Sala).

6) Ecopetrol SA le informó a Sicim, mediante oficio recibido el 22 de diciembre de 2014, que la fecha de suscripción del acta de inicio del contrato se prorrogaba debido a que la entidad no había obtenido los permisos requeridos, cuya fecha sería informada antes del 18 de junio de 2015 (fls. 282 y 283 archivo 140 índice 23 SAMAI).

7) Posteriormente, a través de un oficio del 10 de febrero de 2015 Ecopetrol SA le requirió información a Sicim sobre una presunta investigación penal, en los siguientes términos:

“(…) en razón a la información recientemente emitida en algunos medios de comunicación como el canal RCN y la revista semana, relacionada con actuaciones de la Fiscalía de la Nación respecto de la empresa que usted representa, se hace necesario en nuestra calidad de mandatarios de CENIT, indagar respecto a si dichas actuaciones actualmente generan o

pueden llegar a generar dificultades en lo que corresponde a la ejecución del contrato de la referencia.

Conforme a los procedimientos existentes en ECOPETROL S.A., esta información permitirá evaluar o identificar posibles causales de inhabilidad sobreviniente, posibles conductas relacionadas en el Código de Ética a o eventuales dificultades para la debida ejecución del objeto contractual.

En consecuencia, agradecemos una respuesta completa a esta solicitud a más tardar el próximo viernes 13 de febrero de 2015” (fls. 284 y 285 archivo 140 índice 23 SAMAI).

En respuesta al anterior requerimiento, Sicim respondió lo siguiente:

“La empresa hasta ahora no ha recibido ninguna notificación o requerimiento de orden legal, ni tiene cargos de ningún tipo en relación con los hechos informados por los medios de comunicación, y, en caso que se formalice alguna acusación, ofrecerá su total colaboración y apoyo a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades en la investigación de los hechos denunciados, lo anterior sin perjuicio de que manifestemos que no existe ninguna responsabilidad nuestra en los hechos que han sido filtrados a la opinión pública” (fl. 287 ibidem).

8) En audiencia de descargos efectuada el 19 de febrero de 2015 en la Oficina de Presidencia de Ecopetrol SA, el señor Roberto Eladio Espriella Fernández manifestó que no apoyó a grupos al margen de la ley, que cuando era responsable de la construcción de un tramo del oleoducto Bicentenario simplemente tenía que reunirse con la comunidad. En cuanto a los giros de dinero realizados en el exterior en su cuenta bancaria dijo que no se trataba de un soborno de Sicim, sino que el señor Francisco Elizondo invirtió en la carrera de cantante de uno de sus hijos y explicó que esos giros no se hicieron a la cuenta de su hijo porque en esa época no tenía visa; en la diligencia aportó los certificados bancarios de las transferencias los cuales obran en el expediente y se observan giros por más de 250 mil dólares en octubre de 2012 y enero de 2013. Explicó que su relación con Francisco Elizondo comenzó con el contrato Bicentenario, que antes de eso no tenía una relación de amistad pero desde 2011 con Bicentenario tenía que hablar con él todos los días porque era el representante de Sicim y tuvo una relación cercana. Afirmó que no reportó el conflicto de interés porque pecó en pensar que no lo había (fls. 7 a 10 archivo 112 índice 23 SAMAI).

9) Luego de analizados los descargos, Ecopetrol SA decidió dar por terminado su contrato laboral por incumplimiento de las obligaciones como trabajador de la empresa. Según certificado laboral, Roberto Eladio Espriella Fernández

desempeñaba el cargo de Gerente de Proyecto Especial (fls. 22, 23 y 28 archivo 112 índice 23 SAMAI).

10) A su turno, el 11 de marzo de 2015 Ecopetrol SA dio aplicación a la condición resolutoria expresa de terminación anticipada del contrato suscrito con Sicim objeto del presente litigio, con fundamento en los siguientes argumentos:

“1) ECOPETROL en virtud del mandato antes referenciado adelantó el Concurso Abierto No. 7400000132, que tenía por objeto: "OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE REPOSICIÓN DE TUBERÍA PARA LAS INTERVENCIONES LA FELISA Y SOCAVACIÓN RÍO MEDELLÍN (SECTORES SAN JUDAS Y ZEUSS) DEL POLIDUCTO SEBASTOPOL-MEDELLÍN - CARTAGO DE 10, CON DOS USOS DE OPCIÓN".

2) Que el señor ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNÁNDEZ, mediante oficio del día 15 de agosto de 2014, fecha en la en la que se encontraba vinculado como trabajador de ECOPETROL, y ostentaba la calidad de Gerente de Proyectos Especiales, solicitó al área de abastecimiento la apertura del Proceso de Selección (en adelante PS), junto con el formato de intervención en la planeación, presupuestos oficiales, definiciones de experiencia y demás particularidades del proceso.

3) Este PS contó con fecha de Apertura 18 de septiembre de 2014, por parte del funcionario Autorizado del Centro de Servicios Compartidos.

4) En este concurso presentaron oferta, el día 21 de octubre de 2014 las firmas: TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A., CONSTRUCCIONES RO&MA S.A.S., SICIM COLOMBIA SUCURSAL DE SICIM S.P.A, y MONTIPETROL S.A., tal como consta en el acta de apertura de urna.

5) En desarrollo del proceso de selección la firma SICIM COLOMBIA (Sucursal de SICIM S.P.A.), presentó Certificación de la empresa OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. (folios 58, 59 y 60 de la Oferta Técnico Económica de SICIM), con ocasión de la ejecución del Contrato No. PB-CT-016 "Contrato de obra a precios unitarios para la construcción, pruebas y puesta en operación de la fase I Arguaney — Banadía del Oleoducto Bicentenario de Colombia", de fecha 21 de noviembre de 2012.

6) La certificación da fe de la ejecución de varios cruces subfluviales en actividades principales y conexas, y fue suscrita por el señor ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNANDEZ, quien firma como Lider del Proyecto de la Línea del Bicentenario.

7) Luego de presentado el informe del comité evaluador en el cual se fijó como primer orden de elegibilidad a la firma SICIM COLOMBIA (Sucursal de SICIM S.P.A.), y que de conformidad con ello se asignó el contrato el día 1 de Diciembre de 2014.

8) El contrato se asignó a la firma SICIM COLOMBIA (SUCURSAL DE SICIM S.P.A.) y se procedió a suscribir la minuta No. 8000000478, cuyo objeto es "OBRAS DE CONSTRUCCION DE REPOSICION DE TUBERIA PARA LAS INTERVENCIONES LA FELISA Y SOCAVAC16N RIO MEDELLIN (SECTORES SAN JUDAS Y ZEUSS) DEL POLIDUCTO SEBASTOPOL-MEDELLIN - CARTAGO DE 10, CON DOS USOS DE

OPCION." el día 5 de diciembre de 2014, por un valor estimado de \$18.784.026.606 sin IVA y por un plazo de ejecución de 210 días calendarios contados a partir de la firma del acta de inicio o la fecha que en la misma se indicare.

9) El día 19 de diciembre de 2014 el Administrador del Contrato Ing. OCTAVIO ORTIZ, informó al CONTRATISTA la ampliación del plazo para la suscripción del acta de inicio, extendiéndolo cinco meses, en virtud de lo consagrado en el parágrafo tercero de la Clausula Tercera del Contrato. G10).

10) Que por lo anterior, a la fecha no se ha suscrito el inicio del contrato.

11) Desde el mes de enero de 2015, se conocieron diversas investigaciones de prensa acerca de los presuntos nexos que el representante legal y otro directivo de la firma SICIM, mantenían con el grupo al margen de la ley conocido como ELN. Según las versiones de prensa, sobre las indagaciones Fiscalía General de la Nación, los jefes del frente de guerra oriental del ELN —alias la 'Gorda, Leydy Milena Méndez, alias 'Leidy', y Salvador Gaitan Garrido, alias 'Gaitan'— sostuvieron contacto con los señores Francisco Elizondo y Roberto Rigoni. Señalan igualmente que los investigadores tienen grabaciones de llamadas concluyentes de presuntas acciones punibles penalmente, entre los supuestos guerrilleros del ELN y los citados directivos de la firma SKIM.

12) El 10 de febrero del año en curso, el Administrador del Contrato Ing. OCTAVIO ORTIZ, remitió una comunicación al contratista SICIM radicado 2-2015-103-888, en la que solicitaba se informara su versión sobre las referidas investigaciones.

13) En respuesta al requerimiento del numeral anterior, el CONTRATISTA SICIM mediante oficio fechado del 13 de febrero de 2015 expresó: "La empresa hasta ahora no ha recibido ninguna notificación o requerimiento de orden legal ni tiene cargos de ningún tipo en relación con los hechos informados por los medios de comunicación, y, en caso que se formalice alguna acusación, ofrecerá su total colaboración y apoyo a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades, en la investigación de los hechos denunciados, lo anterior sin perjuicio que manifestemos que no existe ninguna responsabilidad nuestra en los hechos que han sido filtrados a la opinión pública".

14) El funcionario ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNANDEZ, intervino como representante delegado por ECOPETROL en la construcción del OLEODUCTO BICENTENARIO Fase I, obra propiedad OLEODUCTO BICENTENARIO S.A.S., del Grupo Empresarial ECOPETROL y que fue ejecutada por el Contratista SICIM S.P.A. mediante el Contrato No. PB-CT-016 'Contrato de obra a precios unitarios para la construcción, pruebas y puesta en operación de la fase I Araguañey — Banadía del Oleoducto Bicentenario de Colombia'.

15) El 4 de febrero de 2015, ECOPETROL puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación estos hechos, y también solicitó a la Oficina de Control Disciplinario iniciar una investigación disciplinaria por la información pública en la que se mencionaba a ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNÁNDEZ en este caso.

16) El día diecinueve (19) de febrero del 2015, nuevamente los medios de comunicación presentan información que relacionan a trabajadores de la firma SICIM DE COLOMBIA, con pagos al

funcionario de ECOPETROL, señor ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNANDEZ, quien fungió como funcionario solicitante del PS que dio origen al contrato No. 8000000478.

17) ECOPETROL el día 19 de febrero de 2015, ante las evidencias conocidas el mismo día, sobre consignaciones de FRANCISCO ELIZONDO, representante legal de la firma SICIM a una cuenta personal del señor ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNANDEZ en Estados Unidos, Ingeniero de la Gerencia de Soluciones Integrales de Transporte y Logística; y llamó a rendir descargos reconociendo en dicha diligencia la existencia de dos transferencias hechas por FRANCISCO ELIZONDO a una cuenta personal del señor ESPRIELLA.

18) Con ocasión a lo descrito en el numeral anterior, ECOPETROL mediante comunicado fechado del 19 de febrero del 2015, y con fundamento en violaciones al Código de Ética, el Reglamento Interno de Trabajo y el Código Sustantivo del Trabajo, decide dar por terminado el contrato de trabajo con el señor ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNANDEZ.

19) De lo anteriormente descrito, se colige que entre SICIM COLOMBIA (SUCURSAL DE SICIM S.P.A.) (representada por el Sr. Francisco Elizondo) y el señor ROBERTO ELADIO ESPRIELLA FERNANDEZ en su calidad de Gerente de Proyectos Especiales, se presentaban relaciones financieras que transgreden los postulados contractuales y los fijados en el Código de Ética de ECOPETROL que hace parte integral del contrato; dado que la transferencia de fondos por parte de un Contratista a un trabajador de ECOPETROL, quien además, ha tenido un rol de injerencia en las relaciones contractuales con SICIM, es un hecho reprochable que viola el Código de Ética y las obligaciones de transparencia y cumplimiento previstas en el contrato, que el Contratista se obligó a dar observancia.

20) La Cláusula Trigésima Sexta. Obligaciones Especiales en Relación con la Transparencia y el Cumplimiento, señala: (...).

21) Así mismo, SICIM COLOMBIA (SUCURSAL DE SICIM S.P.A.) suscribió y aportó junto con su oferta el PACTO DE TRANSPARENCIA y su anexo No. 1, en la que se regula los conflictos de interés, regalos, contribuciones caritativas, y patrocinios entre otros; no obstante, con la información aceptada por el Sr. Espriella Fernández y los facsímiles de las transferencias de fondos del Representante Legal de SICIM (Sr. Francisco Elizondo) al Sr. Espriella Fernández, se tiene que SICIM DE COLOMBIA incurrió en comportamientos inadecuados que contrarían los parámetros fijados en dichos documentos y en especial el código de ética de ECOPETROL.

22) De lo enunciado en los numerales anteriores y las prohibiciones descritas en la cláusula trigésimo sexta del contrato, también descrita, se colige que SICIM COLOMBIA (SUCURSAL DE SICIM S.P.A.) incurrió en graves violaciones al Código de Ética, al cual se obligó a cumplir, en especial lo relacionado con los numeral 3, numeral 2 y el literal A y que con ocasión a ello, ECOPETROL procederá a hacer uso de este incumplimiento como causal de terminación anticipada del contrato, acorde a la condición resolutoria expresa pactada por las Partes, en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad privada, y que fue reservada contractualmente a ECOPETROL (...).

23) Se hace preciso reiterar que el manifiesto incumplimiento por parte de SICIM COLOMBIA (SUCURSAL DE SICIM S.P.A.) al Código de Ética de ECOPETROL que declaró conocer y que se comprometió a cumplir, acorde a lo descrito en la cláusula trigésimo sexta, adicional al incumplimiento contractual que per se da lugar a la terminación anticipada del contrato por parte de ECOPETROL sin lugar a indemnización alguna en favor del CONTRATISTA; también deviene en un perjuicio grave a ECOPETROL.

(...).

Por lo expuesto, ECOPETROL hace uso de la figura jurídica válidamente pactada en el contrato, y decide que a partir de la fecha de esta comunicación, dar por terminado de manera anticipada el Contrato N° 8000000478 (...)” (fls. 288 a 294 archivo 140 índice 23 SAMAI – negrillas adicionales).

11) Como reacción a la anterior comunicación de dar por terminado el contrato de manera unilateral Sicim se opuso porque no hubo incumplimiento, no se entregó dinero al funcionario de Ecopetrol al que alude la comunicación, no transgredió los manuales de ética, moralidad y/o transparencia de Ecopetrol, y porque con esa decisión Ecopetrol desconoció los principios constitucionales que amparan a Sicim e incumplió el contrato (fls. 295 a 297 archivo 140 índice 23 SAMAI).

12) A pesar de la anterior manifestación de Sicim, Ecopetrol reiteró su decisión de dar por terminado el contrato de manera anticipada, en memorial allegado a la sociedad el 1 de julio de 2015 (fls. 299 a 303 archivo 140 índice 23 SAMAI).

13) Ecopetrol remitió el acta de liquidación de mutuo acuerdo, pero, Sicim se opuso por considerar que se trataba de una decisión arbitraria de su parte (fls. 311 a 323 archivo 140 índice 23 SAMAI).

14) Mediante oficio del 1 de septiembre de 2015 Ecopetrol hizo entrega del acta de liquidación final unilateral del contrato en vista de que no pudo hacerse de manera voluntaria entre las partes “*por la renuencia del CONTRATISTA para acudir a la suscripción de la misma o a la generación de las salvedades que a bien tuviere solicitar sean incluidas en el cuerpo del acta, a pesar de las comunicaciones referenciadas en esta comunicación*” (fls. 355 y 363 archivo 145).

15) En interrogatorio de parte practicado en este proceso y solicitado por Cenit, la representante legal de Sicim, Nefer del Carmen Arango Montoya, sostuvo, en términos generales, que la compañía cumplió con sus obligaciones de transparencia y prevención de conflictos de interés durante el proceso contractual, negó tener

conocimiento o participación en eventuales irregularidades vinculadas con Roberto Espriella y afirmó que cualquier relación o transacción entre particulares era ajena a la empresa y que solo fue conocida posteriormente a través de medios de comunicación. De manera específica aseveró que, según el Manual de Ética, un conflicto de interés no revelado constituye un acto de corrupción; sin embargo, Sicim no incurrió en corrupción porque no entregó dineros para el contrato y las presuntas transferencias entre Elizondo y Espriella ocurrieron mucho antes de la suscripción del mismo y sin conocimiento de la compañía (fl. 379 cdno. ppal. expediente físico).

4. Examen de la validez del contrato

1) En primer lugar, la Sala pone de presente que como las comunicaciones remitidas por Ecopetrol SA son actos jurídicos contractuales llamados a producir efectos jurídicos -no actos administrativos-, no podría la Sala pronunciarse sobre su validez, como lo pretende la parte actora en el recurso de apelación por alegar que el tribunal restringió indebidamente el estudio a una sola de las causales de nulidad invocadas en la demanda; en estos eventos sería preciso decidir el caso de cara al cumplimiento o no de las obligaciones contractuales y verificar si la conducta de su contraparte fue antijurídica y le causó perjuicios.

2) No obstante lo anterior, previamente a verificar el incumplimiento o no de dichas obligaciones, la Sala advierte la necesidad de pronunciarse respecto de la validez del contrato.

3) Debido a que el régimen jurídico de Ecopetrol SA está sujeto al derecho privado, como se explicó previamente, es menester acudir a las disposiciones del Código Civil. En este cuerpo normativo, los artículos 1741 y 1742, en relación con las causales de nulidad de los contratos y el deber del juez de declararla de oficio cuando aparezca de manifiesto, prevén lo siguiente:

“Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Artículo 1742. *La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria* (mayúsculas sostenidas originales – negrillas de la Sala).

A su turno, en relación con la causa ilícita el artículo 1524 dispone:

“Artículo 1524. *No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita” (resalta la Sala).

De igual manera, el artículo 1525 *ibidem* prevé que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Finalmente, el artículo 1625 de esa misma codificación prevé que uno de los modos de extinción de las obligaciones es la declaración de nulidad.

4) Pues bien, en juicio de la Sala, en este caso hay lugar a declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato por causa ilícita con fundamento en el siguiente razonamiento:

a) En la comunicación del 11 de marzo de 2015 a través de la cual Ecopetrol manifestó su decisión de dar por terminado el contrato explicó que el motivo para ello fue el hecho de que el señor Roberto Eladio Espriella Fernández, funcionario del nivel directivo de Ecopetrol, recibió dos transferencias bancarias por parte de Francisco Elizondo, representante legal de Sicim; es decir, que entre la contratista Sicim y el funcionario “*se presentaban relaciones financieras que transgreden los postulados contractuales y los fijados en el Código de Ética de Ecopetrol que hace parte integral del contrato*” (fl. 290 archivo 140 índice 23 SAMAI), aunado al hecho de que el funcionario “*ha tenido un rol de injerencia en las relaciones contractuales con Sicim*” (*ibidem*), lo cual también viola las obligaciones de transparencia previstas

en el contrato y el pacto de transparencia por motivo de los conflictos de interés involucrados.

b) De otra parte, es pertinente anotar que en el expediente obra el acta de la diligencia de descargos en la que el señor Roberto Eladio Espriella Fernández, exfuncionario de Ecopetrol SA, reconoció haber recibido transferencias bancarias por parte de Francisco Elizondo, representante legal de Sicim, en los años 2012 y 2013, de lo cual además hay prueba documental en el expediente, y también reconoció que ellos tenían una relación cercana desde que Sicim ejecutó un contrato de obras de un tramo del oleoducto Bicentenario en el año 2011.

c) Para sustentar ese giro de recursos manifestó que era un dinero para promocionar la carrera artística de su hijo; sin embargo, en el expediente no hay ningún medio probatorio que respalde ese dicho; además, la Sala observa que se trata de un monto total de más de 250 mil dólares, suma de dinero importante y significativa que no encuentra ningún respaldo jurídico comprobado entre las partes, más allá de la sola afirmación de que se trataba, supuestamente, de capital para patrocinar una actividad y carrera musical.

d) Por el contrario, lo que sí se encuentra comprobado en este asunto es que el señor Roberto Eladio Espriella Fernández ocupaba el cargo de gerente de proyectos especiales de Ecopetrol, esto es, tenía un cargo directivo y un estatus alto dentro de la estructura empresarial, pues, no se trataba de un cargo técnico o sin mayor impacto dentro de la empresa sino, por el contrario, era un cargo de nivel gerencial e, incluso dentro de sus responsabilidades estaba, precisamente, la de estructurar y dirigir los procesos de contratación relacionada con los proyectos especiales a su cargo. En efecto, fue él mismo quien solicitó dentro de la empresa que se llevara a cabo el proceso de selección de un contratista para un específico proyecto que finalmente concluyó con el contrato objeto del presente litigio. Según el oficio a través del cual Ecopetrol SA le informó a la contratista sobre la decisión de dar por terminado el contrato, esa solicitud de apertura del proceso de selección la hizo junto con el formato de intervención en la planeación, presupuestos oficiales, definiciones de experiencia y demás particularidades del proceso.

e) Si bien las transferencias bancarias se efectuaron en octubre de 2012 y enero de 2013, mientras que dicha solicitud se hizo en agosto de 2014, ello demuestra y

corroborar la relación estrecha que existía entre un funcionario de la contratante y el representante legal de la contratista mucho antes de que se adjudicara el contrato. Es más, el mismo funcionario confesó que esa relación de amistad surgió debido al contrato del oleoducto Bicentenario del año 2011 firmado con la misma contratista Sicim. En el referido oficio se observa que la contratista cuando se postuló al concurso, dentro de la documentación presentó una certificación de la ejecución de dicho contrato suscrita por el líder del proyecto que en ese entonces era precisamente Roberto Eladio Espriella Fernández.

f) De igual manera, en ese mismo oficio se consignó que Ecopetrol SA puso en conocimiento de esos hechos a la Fiscalía General de la Nación y también solicitó a la oficina de control disciplinario iniciar una investigación disciplinaria; sin embargo, en este expediente no hay información sobre la existencia de dichos procesos.

g) A su turno, también se hizo referencia en ese oficio sobre información presentada por los medios de comunicación que relacionaban a trabajadores de la firma Sicim con pagos a funcionarios de Ecopetrol SA, específicamente Roberto Eladio Espriella Fernández. En el expediente obran copias de recortes de prensa que registran supuestos pagos por parte de Sicim a grupos guerrilleros y que en ello estaría implicado dicho funcionario (fls. 24 a 27 archivo 112 índice 23 SAMAI).

h) De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que hay varios y suficientes indicios contingentes y convergentes que llevan a concluir que el señor Roberto Eladio Espriella Fernández intervino en la adjudicación del contrato a Sicim, motivado por la relación personal que tenía con el representante legal de esa empresa y especialmente por los dineros que fueron transferidos a su cuenta bancaria.

Es particularmente relevante advertir que la doctrina ha señalado una serie de requisitos para que los indicios -como prueba indirecta- puedan conducir a un hecho inferido con el grado lógico suficiente que permita conducir al juez por los senderos de la certeza; los elementos estructurales son los siguientes¹³:

(i) Los indicios deben estar comprobados y esa validación requiere de pruebas

¹³ Cf. DELLEPIANE, Antonio *"Nueva Teoría de la Prueba"*, Ed. Temis, Bogotá, 1972, Pág. 97 y 98.

directas, lo que no obsta para que la prueba pueda ser compuesta, para lo cual se puede acudir a pruebas directas imperfectas, o sea, insuficientes para producir, cada una por separado, plena prueba; adicionalmente, es válido afirmar que el hecho indicador, a su vez, no puede ser la consecuencia de un indicio previo (hecho inferido) ni tampoco puede estar constituido por un conjunto de hechos inferidos (sumatoria de indicios previos).

(ii) Los indicios deben ser sometidos al análisis crítico, encaminado a verificarlos, precisarlos y evaluarlos, valoración del cual deberán haber salido provistos con la etiqueta de graves, medianos o leves.

(iii) Los indicios deben ser independientes en varios sentidos; en primer término, en cuanto no deben contarse como indicios distintos los que tienen el mismo origen respecto a su hecho indicador; en segundo lugar, tampoco deben considerarse como diferentes los que constituyan momentos o partes sucesivas de un solo proceso o hecho accesorio.

(iv) Si los indicios tienen el carácter de contingentes (aquellos cuyo efecto dado puede tener varias causas probables), deben ser varios, en la medida en que su orden numérico otorga una mayor probabilidad respecto a su grado concluyente y, por ende, al nivel de probabilidad o certeza que otorgan.

(v) Deben ser concordantes, esto es, que se ensamblen entre sí de tal manera que puedan producir un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias.

(vi) Las inferencias lógicas deben ser convergentes, es decir, que todas reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas.

(vii) Las conclusiones deben ser inmediatas lo cual debe entenderse en el sentido de que no se haga necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos.

i) Aclarada la facultad que asiste al juez de emplear las pruebas indirectas, procede la Sala a realizar los procesos lógicos que permiten concluir si en este caso concreto el contrato celebrado adolece de causa ilícita.

Valorados en conjunto los medios de convicción que integran el acervo probatorio, se tienen por estructurados los siguientes indicios que permiten arribar, válida y fundadamente, a la conclusión según la cual el contrato está afectado en su validez por una causal de nulidad absoluta:

(i) *Indicio de capacidad e idoneidad*, estructurado con la constancia del cargo de gerente de proyectos especiales que ocupaba el señor Roberto Eladio Espriella Fernández en Ecopetrol SA; es decir, que tenía la capacidad de incidir en la estructuración del proyecto negocial.

(ii) *Indicio de oportunidad*, sustentado en la petición de que se realizara el ya mencionado proceso de selección de un contratista para un específico proyecto con la definición de los parámetros del mismo, lo cual significa que aunque el señor Roberto Eladio Espriella Fernández no fue quien calificó las propuestas, sí fue quien estructuró el proyecto.

(iii) *Indicio de motivación (causa o móvil)*, derivado de las transferencias bancarias efectuadas por el representante legal de la contratista antes de esa solicitud y su monto considerable, superior a USD 250.000, sin que existiera una justificación de esa transferencia, puesto que el argumento según el cual eran recursos para promover una supuesta carrera artística del hijo de Roberto Eladio Espriella Fernández no tiene ningún elemento de respaldo probatorio ni suasorio.

(iv) *Indicio de cercanía y actitud posterior*, estructurado en la declaración del exfuncionario de la entidad que refirió relación cercana con el representante legal de la contratista desde el año 2011 cuando se ejecutó otro contrato con la misma empresa, junto al hecho de que, se insiste, no hay prueba alguna que respalde su dicho respecto de la supuesta destinación de esos recursos para la carrera artística de su hijo.

(v) *Indicio de publicidad de la conducta*, a partir de las notas publicadas en periódicos escritos que advirtieron sobre la relación entre dineros de Sicim y el funcionario de Ecopetrol SA.

Los anteriores indicios son concordantes, convergentes y graves en tanto apuntan a una misma dirección, esto es, que el señor Roberto Eladio Espriella Fernández,

exgerente de proyectos especiales de Ecopetrol SA, intervino en pluricitado proceso de selección de un contratista para un específico proyecto que culminó con la adjudicación del contrato a Sicim, motivado por su estrecha relación con el entonces representante de la contratista Sicim, señor Francisco Elizondo, y los dineros que él le consignó en su cuenta bancaria, lo cual permite inferir por deducción lógica que hay un hecho indicado debidamente acreditado a través de la prueba indiciaria consistente en que el contrato no tuvo como finalidad la satisfacción del interés general sino, beneficiar intereses económicos particulares.

En ese orden de ideas, está debidamente acreditado que el contrato tuvo una causa ilícita, motivo por el cual hay lugar a declarar su nulidad absoluta, en tanto que con ese comportamiento reprochable del señor Roberto Eladio Espriella Fernández, exgerente de proyectos especiales de Ecopetrol SA se desatendieron el orden público y las buenas costumbres, en los términos del artículo 1524 del Código Civil, así como también los principios que rigen la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

5) De otra parte, se debe precisar que el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 establece que “[e]l juez administrativo podrá declararla [la nulidad absoluta del contrato] de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”. Como en este caso la nulidad absoluta del contrato está plenamente probada en el proceso y en este intervinieron tanto la contratante como la contratista, es decir, las partes contratantes, se impone declararla.

6) Por último, la Sala advierte que si bien el artículo 1746 del Código Civil¹⁴ dispone que la nulidad judicialmente declarada da derecho a las partes a ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, dicha disposición deja a salvo lo previsto respecto del objeto o causa ilícita, esto es, lo regulado en el artículo 1525 *ibidem*¹⁵ que impide repetir lo dado o pagado a sabiendas de la ilicitud. Como en este caso hay causa ilícita a sabiendas del contratista no hay lugar a

¹⁴ “ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. (...)”.

¹⁵ “ARTICULO 1525. ACCION DE REPETICION POR OBJETO O CAUSA ILICITA. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

restitución alguna, sumado al hecho de que en el presente asunto no existen prestaciones ejecutadas ni sumas pagadas susceptibles de restitución porque el contrato no se ejecutó, pues, ni siquiera se firmó la respectiva acta de inicio ni tampoco se acreditó pago alguno por efecto de la cláusula penal pecuniaria.

7) De conformidad con lo expuesto se impone revocar la sentencia de primera instancia adversa a las pretensiones de la demanda principal, lo mismo que frente a las súplicas de la demanda de reconvención, para en su lugar declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, sin lugar a reconocimiento alguno por restituciones mutuas.

8) Al margen de lo decidido en la presente providencia, la Sala ordenará la expedición de copias de este expediente para que se envíen a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que se adelanten las averiguaciones a que haya lugar en el ámbito de sus respectivas competencias.

9) Las circunstancias antes acreditadas en el proceso y como consecuencia de la declaración de oficio de nulidad del contrato en cuestión, deben denegarse las súplicas de la demanda principal y, por sustracción de materia, no es menester decidir las súplicas principales de la demanda de reconvención dirigidas a obtener la declaración de la nulidad del contrato.

5. Condena en costas

La condena en costas es procedente de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP porque se revocó integralmente la sentencia apelada y la parte actora fue vencida, para lo cual el tribunal de origen liquidará la condena en costas de manera concentrada, según lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP, con inclusión de las agencias en derecho.

En primera instancia no se condenó en costas porque a ninguna de las partes les prosperaron sus pretensiones. En el recurso de apelación se solicita que se revoquen los ordinales primero (denegación de pretensiones) y segundo (no condena en costas) de la sentencia, para que en su lugar se acceda a sus pretensiones y se condene a las entidades al pago de las costas. Como en esta

instancia no se accede a las súplicas de la demanda principal tampoco hay lugar a cambiar la decisión del *a quo* frente a este punto.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1º) Revócase la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B y, en su lugar, **declárase** de oficio la nulidad absoluta del contrato no. 8000000478 suscrito entre Ecopetrol SA, en representación de Cenit SAS, y la sociedad Sicim Colombia el 5 de diciembre de 2014.

2º) Niéganse las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención.

3º) Sin lugar a restituciones mutuas.

4º) Condénase a la parte demandante a pagar a las demandadas las costas que se hubieren causado en esta instancia, las cuales serán liquidadas por el tribunal de origen; **inclúyanse** igualmente las agencias en derecho en segunda instancia en favor de ellas, **tásense** de manera concentrada por el tribunal de primera instancia.

5º) Por la secretaría de la Sección Tercera de la corporación **expídanse** copias integrales del expediente con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que adelanten las averiguaciones a que haya lugar en el ámbito de sus respectivas competencias.

Exp. 25000-23-36-000-2016-0770-02 (71.393)

Actor: Sicim Colombia

Controversias contractuales – apelación de sentencia

6º) Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las respectivas constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente de la Sala

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.