

Bogotá, D.C., 23 de noviembre de 2020

Señores Magistrados

CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN TERCERA

REPARTO

E. S. D.

REF. ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: MARSERVICE INTERNACIONAL S.A.

ACCIONADA: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B.

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS: DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

ÁLVARO MEJÍA MEJÍA, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 7.545.114, abogado en ejercicio con tarjeta profesional Nro. 51873 del C.S.J., obrando como apoderado de la sociedad **MARSERVICE INTERNACIONAL S.A.**, constituida y existente, bajo las leyes de la república de Panamá, domiciliada en la ciudad de Panamá, representada por el señor CARLOS A GÓMEZ TRIVIÑO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 17.069.633, de conformidad con el poder que me permito anexar, y en ejercicio del mismo, solicito personaría para actuar como procurador judicial de la referida sociedad y

presento demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE TUTELA en contra de la NACIÓN, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, la más alta corporación de la jurisdicción contenciosa administrativa de la república de Colombia, perteneciente a la rama judicial del poder público, por violación a los DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO y al ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y 229, respectivamente, con fundamento en los siguientes

I. HECHOS

- 1) La Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-, en ejercicio de su objeto legal y estatutario, y con el propósito de desarrollar actividades industriales y comerciales que le son propias, convocó a la licitación TC-01-98, con el fin de contratar por el término de un (1) año, con opción de prórroga por ocho (8) meses más, el fletamento de dos buquetanques a tiempo (time charter), con el propósito de realizar viajes entre Mamonal (Cartagena), Buenaventura y Santa Marta, con opción de algunos puertos en el Atlántico, como Trinidad Tobago, Curaçao, Aruba, Panamá, etc., que tendrían como propósito el transporte de combustibles de ECOPETROL, a saber: gasolina motor, gasolina de aviación y Diesel.

ECOPETROL contestó diciendo que se trataba de una contratación directa, pero de los mismos documentos aportada por esta, se deduce que eso no es cierto:

1.4
04/24/98

12:22

+77

3 pages

ECOPETROL

EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS

Gerencia Comercial y Operaciones

Santafé de Bogotá, D.C., Colombia

ANEXO II

FAX ENVIADO A LAS COMPAÑÍAS INVITADAS A COTIZAR DOS

BUQUETANQUES A TIEMPO

FLETAMIENTO A TIEMPO

TC-01-98

Claramente, se señala que se trata de una invitación a cotizar a varias compañías.

En la adjudicación se dice:



EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS
GERENCIA COMERCIAL Y OPERACIONES
SANTAFÉ DE BOGOTÁ, D.C. - COLOMBIA

6

Santa fe de Bogotá, 14 MAYO 1998

40000-

089651

Señores
MARSERVICE INTERNATIONAL
Sr. Julio Cifuentes
Fax: 3-106256
Santa fe de Bogotá

REF: Contrato Time Charter, VIT-GCD-003-98

Como resultado del proceso licitatorio para el contrato de la referencia, nos permitimos informarle que su oferta ha salido favorecida para los siguientes buquetanques, en los siguientes términos y condiciones:

Se lee, claramente, que se realizó una adjudicación en un proceso licitatorio.

2) ECOPETROL realizó las correspondientes invitaciones a licitar, mediante escrito remitido vía fax, el 24 de abril de 1998, documentos que, además de contemplar los aspectos propios de estos procesos de selección de contratistas, consagró una aclaración que, para los hechos sub-examine resulta fundamental para el contrato de fletamento de las dos naves, toda vez que por esa disposición, este empezaría a ejecutarse a partir del momento en que fueren expedidos los respectivos ON HIRE CERTIFICATE SIGNED, los cuales, finalmente, fueron suscritos por el fletador y el fletante en las fechas dispuestas por el fletador (ECOPETROL), en señal inequívoca e irrefutable de que este último recibió las naves materia del contrato.

En el documento de evaluación aparece que 29 empresas fueron invitadas a cotizar.

3) De las 29 empresas invitadas a ofertar, diez presentaron propuesta, a saber: BROKERS MARITIMOS LTDA., INTERNATIONAL SHIP TRANSPORT S.A., LÍNEAS AGROMAR S.A., LQM TANKER CHARTERING COMPANY INC., MARSERVICE INTERNATIONAL LTDA., ODÍN MARINE INC., RETRAMAR LTDA., SIMPSON SPENCER AND YOUNG, SOUTHPORT MARITIME INC y TANKOIL.

4) Para la evaluación económica se calificaron las que cumplieran los requisitos exigidos. Esto dice el informe de evaluación:

- b. Para la evaluación económica de las propuestas se tuvieron en cuenta los parámetros definidos en el anexo No. II. Solo se consideraron las propuestas que cumplieron los requisitos solicitados inicialmente:

COMPANIA	BUQUE	FLETE (US\$)	EDAD	LAYDAYS
Souhtport Maritime inc	Bum Ken	10500	18	May 26-31/Jun 10-15
International Ship Transport	Alina	12343.75	17	May 26-31/Jun 10-15
	Katerina	12343.75	16	
Amazonas Shipping Ltda	Pactol River	13100	17	Jun 10-15
Marservice International	Adriatiki	10000	15	May 29-31/jun 10-15
	Irina	9800	15	May 29-31/jun 10-15
	Leni	9400	17	May 29-31/jun 10-15
	Salamis	9250	16	May 29-31/jun 10-15
Retramar	Asia Star	11950	16	Jul 1-31
	Isola Celeste	10950	17	Jun 10-15
LQM Tanker Chrtg	Chelsea	11500	16	Jun 1-30

- 5) El orden de elegibilidad, según consta en la evaluación fue el siguiente:

6. ORDEN DE ELEGIBILIDAD

Con base en la anterior el orden de elegibilidad es el siguiente:

COMPANIA	BUQUE	FLETE (US\$)	EDAD	COSTO/DIA US\$
Marservice International	SALAMIS	9.250	17	15.864,38
	LENI	9.400	16	15.923,97
Southport Maritime inc	BUN KEN	10.500	18	16.697,29
Marservice International	IRINA	9.800	15	17.067,57
Retramar	ISOLA CELESTE	10.950	17	17.586,56
Marservice International	ADRIATIKI	10.000	15	18.379,95
LQM Tanker Chrtg	CHELSEA	15.500	16	18.656,37
Retramar	ASIA STAR	11.950	16	19.247,52
International Ship Transport	ALINA	12.343.75	17	20.594,84
	KATERINA	12.343.75	16	21.097,48
Amazonas Shipping Ltda	PACTOL RIVER	13.100	17	23.005,10

- 6) Una vez evaluadas las diferentes propuestas presentadas para participar en la Licitación TC-01-98, ECOPETROL, mediante comunicación número 40000-089651, fechada el 14 de mayo de 1998, adjudicó en forma incondicional el contrato objeto del proceso de selección a la sociedad MARSERVICE INTERNACIONAL S.A., el cual fue denominado por ECOPETROL, TIME CHARTER VIT-GCD-003-98.
- 7) En la adjudicación están los elementos esenciales del contrato, veamos:

BUQUETANQUE SALAMIS:

- a. Contrato de flemento a tiempo (Time Charter)*
- b. Período un año calendario, a partir del acta de iniciación. Opción de prórroga por 8 meses.*
- c. Entrega del Armador a ECOPETROL en Cartagena.*
- d. Laydays para entregar, mayo 26-31/98.*
- e. Flete: US \$9.250.000 PDRP.*

BUQUETANQUE LENI

- a. Contrato de flemento a tiempo (Time Charter)*
- b. Período un año calendario, a partir del acta de iniciación. Opción de prórroga por 8 meses más.*
- c. Entrega del Armador a ECOPETROL en Cartagena.*
- d. Laydays para entregar, junio 10-15/98.*
- e. Flete: US \$9.400.000 PDRP.*

Por favor confirmar su aceptación a más tardar mayo 18 de 1998, antes de las 10:0 horas.

Estamos solicitando a DIMAR los permisos de operación correspondiente

Atentamente,

FERNANDO GUTIERREZ M

Vicepresidente de Transporte

- 8) Acatando la instrucción impartida por ECOPETROL en el fax de adjudicación del contrato time chárter VIT-GCD-003-98, en el sentido de confirmar la aceptación de los términos de adjudicación, la citada sociedad comunicó a aquella empresa su expresa aquiescencia a los mismos, mediante la remisión del fax número 116/98, de fecha dieciocho (18) de mil novecientos noventa y ocho (1998).
- 9) Empero, la demostración más contundente del perfeccionamiento y ejecución del contrato de fletamento celebrado entre ECOPETROL y MARSERVICE INTERNACIONAL S.A. está contenida en los ON HIRE CERTIFICATE, documentos, en los cuales consta que el fletador, ECOPETROL, en los plazos acordados, recibió las naves de parte del fletante MARSERVICE INTERNACIONAL S.A.
- 10) Mediante escrito, presentado el 4 de mayo de 2001 (fl. 39, c. 1), la sociedad MARSERVICE INTERNATIONAL S.A. promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de la Empresa Colombiana De Petróleos ECOPETROL.
- 11) La demanda fue inicialmente rechazada, mediante auto de 24 de agosto de 2001 (fl. 458, c. 2), al considerar el A Quo que operó la caducidad de la acción, en tanto esta debe contabilizarse desde el 11 de agosto de 1998, fecha en que Ecopetrol le dio a conocer a la actora

su criterio respecto de que no reconocía la existencia del contrato. Así las cosas, la demanda presentada el 4 de mayo de 2001 fue extemporánea. Sin embargo, el Consejo de Estado, en auto de 5 de junio de 2003 (fl. 490, c. 2) revocó tal decisión al considerar que como está en debate la existencia del contrato entre las partes, no es posible, sin agotar la instancia probatoria, establecer si operó la caducidad de la acción.

- 12) En el término legal, la Compañía Colombiana de Petróleos (fl. 615, c. 3) se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Propuso las excepciones de caducidad y prescripción. También propuso la excepción de falta de legitimidad para demandar de la parte actora. Finalmente, propuso las excepciones que denominó “culpa de la demandante” y “ausencia de responsabilidad de Ecopetrol”.
- 13) Mediante sentencia de 16 de marzo de 2012 (fl. 883, c. ppal), el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró probada la excepción de caducidad de la acción y denegó las pretensiones de la demanda.
- 14) Oportunamente, (fl. 916, c. ppal), la actora interpuso y sustentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia.
- 15) La apelación fue resuelta en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P., Ramiro Pazos Guerrero, de fecha 6 de julio de 2020, expediente 45210, radicación Nro. 13001233100020010069903, en donde se decidió:

REVOCAR la sentencia de 16 de marzo de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró probada la excepción de caducidad de la acción y denegó las pretensiones. En su lugar se dispone:

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERA. Costas de la instancia a cargo del recurrente Marservice International S.A. Por Secretaría tásense. Se fijan agencias en derecho en cuantía equivalente CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000).

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS PREVIAS

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL

Sobre el particular la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia nos explica el régimen vigente para la época en que se celebró el contrato entre ECOPETROL y mi procurada, veamos lo que allí se dice¹:

El funcionamiento de ECOPETROL fue reorganizado por el Decreto 3211 de 1959 como una empresa de carácter industrial y comercial, con personería jurídica propia, autonomía administrativa y patrimonial, con el objeto de a) administrar, explotar y manejar los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimientos, y en general todos aquellos bienes muebles e inmuebles que constituyen su patrimonio; b) Constituir y organizar, cuando la Junta de Directores lo estime conveniente, con la participación del capital privado, sociedades comerciales que tengan por objeto el transporte y distribución de combustibles en el país, o

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 24 de agosto de 2016, radicado 19001233100020070014701 (41783), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

cualquier otra actividad que se relacione con el aprovechamiento de los hidrocarburos y sus derivados; sociedades estas que quedaban sometidas al derecho común sin que pudieran gozar de exención o privilegio alguno; y c). Ejecutar todas las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas y celebrar toda clase de negocios en conexión con tales actividades o todos los actos, operaciones y contratos que convengan a tales fines. Es del caso resaltar que, en cuanto al funcionamiento de ECOPETROL E.I.C.E., se determinó que en su organización interna y en sus relaciones con terceros, ésta actuaría como una sociedad de carácter comercial, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado, con autonomía para realizar todos los actos operaciones y contratos que convinieran al desarrollo de su objeto.

2.2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE PARA LA ÉPOCA DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.

El artículo 76 de la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente:

Artículo 76. De los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.

2.3. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Este no es un aspecto que se fallara en la sentencia sub-examine, sin embargo, me permito señalar lo siguiente a título meramente ilustrativo.

El artículo 4 del Manual de Contratación vigente para la época señala lo siguiente para el perfeccionamiento del contrato:

4. FORMAS DE CONTRATO

Los contratos de ECOPETROL deberán constar por escrito. La estandarización de los respectivos formatos está a cargo de la Dirección Jurídica.

Para contratos con valor hasta 2.500 S.M.L.M., se deberá utilizar el formato de Orden de Trabajo.

Para contratos con valor superior a 2.500 S.M.L.M., se deberá utilizar el formato que contenga las formalidades contractuales plenas.

Para los contratos de compra de bienes muebles, se deberá utilizar el formato de Orden de Compra.

En los contratos relacionados con operaciones de cabotaje y comercio internacional, se podrá comunicar la aceptación de la oferta mediante télex o fax, o cualquier otro medio comercialmente aceptado en la contratación internacional, sin que sea necesario utilizar los formatos anteriormente enumerados.

Las compras y los servicios generales de cuantía igual o inferior a 10 (Diez) S.M.L.M., se pagarán con la respectiva factura acompañada de la solicitud correspondiente dirigida al contratista.

5. SISTEMAS DE FLETAMENTO

La operación de fletamento es propia del comercio internacional. La modalidad convenida en este caso, *Fletamento por Tiempo (Time Charter)*, es un acuerdo contractual por medio del cual el fletante pone un buque a disposición del fletador por un tiempo determinado en fecha y disposición convenidas a los efectos de que el fletador utilice el buque realizando viajes de acuerdo con el contrato corriendo con todos los gastos de explotación comercial (menos los inherentes a los gastos técnicos del buque) a cambio del pago de un alquiler cuya efectivización o normalmente se realiza en forma mensual o quincenal adelantado. El buque se arrienda con tripulación y elementos técnicos de seguridad y navegación, exceptuando el combustible que queda a cargo del fletador.

El arrendatario asume la Gestión Comercial durante un tiempo determinado y pago de un flete. El Arrendador, (Fletante, Propietario o Armador) se queda con la Gestión Náutica.²

Así las cosas, en este caso aplica el Manual de Contratación de ECOPETROL que dice:

En los contratos relacionados con operaciones de cabotaje y comercio internacional, se podrá comunicar la aceptación de la oferta mediante télex o fax, o cualquier otro medio comercialmente aceptado en la contratación internacional, sin que sea necesario utilizar los formatos anteriormente enumerados.

En el presente caso, ECOPETROL dictó el pliego de condiciones, mi procurada presentó la oferta y, finalmente, aquel mediante comunicación número 40000-089651, fechada el 14 de mayo de 1998, adjudicó en forma incondicional el contrato objeto del proceso de selección a la sociedad MARSERVICE INTERNACIONAL S.A., el cual fue denominado por ECOPETROL, TIME CHARTER VIT-GCD-003-98.

El artículo 860 del Código de Comercio señala:

Artículo 860. “Licitaciones pliego de cargos: En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un

² Revista Saberes APUDEP, Universidad de Panamá, Panamá, ISSN-E: 2644-3805, vol. 3, núm. 2, 2020.

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/223/2231336004/index.html>

contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.”

Del presupuesto que trae el citado artículo 860, podemos señalar tres etapas:

1) La formulación del pliego de cargos que constituye la oferta del contrato. Se encuentra sometida a condición. 2) La adjudicación al mejor postor. Es el momento en que se cumple la condición. 3) Cumplida esa condición, nace para el postor todos sus derechos y obligaciones derivadas del contrato celebrado.³

Así las cosas, existió un contrato de fletamento entre ECOPETROL y MARSERVICE INTERNACIONAL S.A., el cual fue denominado por ECOPETROL, TIME CHARTER VIT-GCD-003-98.

2.3. DE LA CESIÓN DEL CONTRATO.

La sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, de fecha 6 de julio de 2020, expediente 45210, radicado 13001233100020010069903, que motiva la presente acción de tutela señala lo siguiente:

Así las cosas, para la Sala no hay duda de que Marservice International S.A. cedió a favor de un tercero todos los derechos derivados de su posición contractual en el acuerdo materia de debate, por lo que el único legitimado para pretender la declaratoria de existencia e incumplimiento de dicho acuerdo, así como la eventual reparación de perjuicios, según la información que reposa en el expediente, era el cesionario Distribuidores del

³ Concepto 220-066325 del 25 de noviembre de 2005 de la SUPERSOCIEDADES.

Litoral Ltda., por virtud del acuerdo privado suscrito entre las dos sociedades.

(...)

En efecto, en el contrato de cesión en cita, Marservice no se reservó el derecho a reclamar para sí por hechos ocurridos antes de la cesión, sino que entregó la totalidad de derechos y obligaciones derivados del mencionado acuerdo a un tercero, por lo que no es posible tener a la demandante como legítima interesada y, por ende, no es la llamada a integrar el extremo activo de la controversia. Mal podría la Sala habilitarla como legítima titular de las pretensiones, en tanto está probado que los derechos y obligaciones derivados de la relación comercial materia de la litis fueron entregados a un tercero mediante el documento privado antes transcrito.

En el expediente aparece una cesión del contrato de fletamento, que suscribió mi procurada con un tercero. Para la Subsección B, dicha cesión no requería ser aceptada por la entidad estatal contratante, porque ECOPETROL no está sometida al Estatuto de Contratación Pública y, en consecuencia, no le es aplicable el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, específicamente, el inciso tercero que señala:

Los contratos estatales son intuitu personae <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

Sobre este aspecto específico se centra la presente acción de tutela.

III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES

La sentencia de unificación SU116 de 2018 de la Corte Constitucional señala lo siguiente:

Defecto sustantivo. En la sentencia SU-632 de 2017 se hizo una importante recapitulación en relación con este defecto:

“3.4. Por otra parte, la Corte ha establecido que el defecto sustantivo parte del ‘reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta’^[77]. En consecuencia este defecto se materializa cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.’^[78]. La jurisprudencia de este Tribunal en diferentes decisiones ha recogido los supuestos que pueden configurar este defecto, así en las sentencias SU-168 de 2017 y SU-210 de 2017, se precisaron las hipótesis en que configura esta causal, a saber:

(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional^[79].

(ii) La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada^[80].

(iii) *Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada*^[81].

(iv) *Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia*^[82].

(v) *Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico*^[83].

(vi) *Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución*^[84].

Adicionalmente, esta Corte ha señalado^[85] *que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis:*

- (i) *cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente); o*
- (ii) *cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados”.*

En anterior oportunidad, SU-567 de 2015, la Corte había establecido otros eventos constitutivos de defecto sustantivo, a saber:

“(e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación^[86] que afecte derechos fundamentales;

(f) cuando se desconoce el precedente judicial^[87] sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente;^[88] o

(g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso.^[89]”.

Me permito, en consecuencia, invocar que la sentencia adolece de un DEFECTO SUSTANTIVO, porque *La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada.*

El fallo se soporta sobre la siguiente norma jurídica, según se lee en este:

Ahora, es de precisar que a esta cesión no aplican las normas de la Ley 80 de 1993, por lo que la ausencia de prueba sobre su aceptación por parte de Ecopetrol no impide tenerla por legítimamente efectuada. La norma aplicable a esta cesión es el artículo 887 del Código de Comercio que prevé:

En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

Esta norma, INCISO PRIMERO del artículo 887 del Código de Comercio requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada. Veamos qué normas son estas:

(i) INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 887 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

“La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuito personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”

(ii) INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 80 DE 1993

Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante

IV. SUSTENTACIÓN DE LA CAUSAL INVOCADA

La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada.

4.1. LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR ENTIDADES CON REGÍMENES ESPECIALES, COMO ECOPETROL SON CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Los contratos celebrados por las entidades estatales señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 son estatales.

Una de las modificaciones que trajo la Ley 80 de 1993 fue la de unificar el contrato estatal, porque el Decreto Ley 222 de 1983 establecía dos clases de contratos: contratos estatales y contratos de derecho privado de la administración. El actual Estatuto considera que los contratos celebrados por entidades estatales (estén sometidas estas al Estatuto o al derecho privado) son CONTRATOS ADMINISTRATIVOS O ESTATALES.

En mi obra Regímenes Especiales de Contratación en el Sector Público⁴ trato este tema, de la siguiente forma:

3.6. ¿Los contratos que celebren las entidades estatales con regímenes especiales de contratación son administrativos o privados?

⁴ Regímenes especiales de contratación en el sector Público. Álvaro Mejía Mejía. Editorial Jurídica DIKE, 2020, páginas 514 y 515.

3.6.1. Respuesta al interrogante

Al estar suscritos los contratos por cualquiera de las entidades estatales que señala el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, estos tienen el carácter de CONTRATOS ESTATALES.

3.6.2. Posición jurisprudencial

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 24 de febrero de 2016, radicado 28917, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

Son contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades públicas sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. “...la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico y, por tanto, al haberse adoptado un criterio orgánico en la ley, serán considerados contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades que gocen esa misma naturaleza”.

“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, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante este se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que Incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”.

En ese mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. Álvaro Nemén Vargas, concepto de fecha 27 de agosto de 2015, radicado 2264, veamos:

La noción “contrato estatal” se encuentra prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como “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 voluntad”, lo cual implica que tal noción comprende todos los contratos que celebran las entidades y organismos del Estado, tanto los que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como los que están sujetos a regímenes especiales o al derecho privado. En términos de la Sección Tercera del Consejo de Estado: “... es jurídicamente viable considerar que la categoría

‘contratos estatales’ no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que ... constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar 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. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contrato estatales especiales”.

4.2. EN LOS CONTRATOS INTUITO PERSONAE SERÁ NECESARIA LA ACEPTACIÓN DEL CONTRATANTE CEDIDO.

El fallo se basa en el inciso 1 del artículo 887 del Código de Comercio, pero para resolver el caso sub-examine se debe integrar, para una interpretación

sistemática, el inciso segundo de dicha disposición normativa que textualmente dice:

“La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuito personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”

4.3. LOS CONTRATOS ESTATALES SON INTUITO PERSONAE

Otra norma que debe integrarse para realizar una interpretación sistemática, a efectos de resolver el caso sub examine es el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que dice textualmente:

Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante

La Subsección B en la sentencia la inaplica, cuando debió tenerla en cuenta para resolver el caso concreto. Considera que por ser ECOPETROL una entidad con régimen especial de contratación no aplica esa disposición que es del Estatuto General de la Contratación Pública.

En nuestro criterio, siendo absolutamente respetuosos de la Subsección, debemos manifestar que no estamos de acuerdo con esta posición, que incluso resulta contradictoria con fallos que esta ha proferido, en los cuáles ha sustentado que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 es aplicable a las entidades con regímenes especiales. Basta citar uno en donde es ponente el mismo doctor Ramiro Pazos Guerrero. Se trata de la sentencia del Consejo

de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 26 de noviembre de 2015, radicado 32626, M.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad la subsección lo aplicó para efectos del perfeccionamiento del contrato, pero su hilo argumental, perfectamente, se extendería al inciso tercero. No me voy a concentrar en ese aspecto, para no salirme de lo hasta aquí expresado, pero sí me referiré a las razones por las cuales el contrato estatal de las entidades con regímenes especiales son *intuitu personae*, veamos:

A) La Corte Constitucional en la sentencia T-209 de 2006 señaló:

El contrato administrativo es intuitu personae porque la Administración debe buscar a la persona más idónea y adecuada para realizar el objeto del contrato que se pretende celebrar.

Hay que tener en cuenta, como se señaló atrás, que son contratos administrativos los que celebren las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, como las entidades estatales con regímenes especiales de contratación.

En ambos, las entidades estatales adelantan procesos de selección para escoger, de manera objetiva, la oferta más favorable a sus intereses, gozando de la prerrogativa de dictar el pliego de condiciones

En los dos regímenes, como lo dice la sentencia de la Corte Constitucional, *la Administración debe buscar a la persona más idónea y adecuada para realizar el objeto del contrato que se pretende celebrar.* Como aparece probado en el expediente ECOPETROL adelantó una licitación, en la que invitó a 29 empresas, de las cuales, diez presentaron propuestas, a saber: BROKERS MARITIMOS LTDA., INTERNATIONAL SHIP TRANSPORT S.A., LÍNEAS AGROMAR S.A., LQM TANKER CHARTERING COMPANY INC., MARSERVICE INTERNATIONAL LTDA., ODÍN MARINE INC., RETRAMAR

LTDA., SIMPSON SPENCER AND YOUNG, SOUTHPORT MARITIME INC y TANKOIL.

B) La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto 1346 de 2001, dijo lo siguiente:

De otra parte, los contratos estatales son intuitu personae, según lo establece el inciso tercero del artículo 41 de la ley 80 de 1993, lo cual, en armonía con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio, significa que para la cesión del contrato, la entidad debe evaluar las capacidades de la sociedad que se le propone como cesionaria y decidir libremente si la acepta o no, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad que le reconocen el inciso primero del artículo 32 y el inciso segundo del artículo 40 de la ley y teniendo en cuenta la protección de los derechos de la entidad, que le asigna, aunque no de manera exclusiva, el numeral 1 del artículo 26 de la misma y los fines de la contratación estatal mencionados en el artículo 3 de ésta.

(...)

Los criterios jurídicos que debe tener en cuenta la entidad estatal para aceptar o negar dicha cesión de contrato, son verificar si la cesión es procedente o no de acuerdo con las normas legales, proteger los derechos de la entidad (art. 21-1 ley 80 / 93), observar el carácter de intuitu personae que tienen los contratos estatales (inc. tercero art. 41 ibídem) y por ende, analizar la capacidad, organización y experiencia del cesionario propuesto, ejercer la autonomía de la voluntad (inc. primero art. 32 e inc. segundo art. 40, ibídem) y buscar alcanzar los fines de la contratación estatal (art. 3 ibídem). (Resaltado nuestro).

Este es un aspecto clave, porque ECOPETROL adelantó un proceso de selección en el que invitó a 29 empresas, de las cuales, diez presentaron propuestas, a saber: BROKERS MARITIMOS LTDA., INTERNATIONAL SHIP TRANSPORT S.A., LÍNEAS AGROMAR S.A., LQM TANKER CHARTERING COMPANY INC., MARSERVICE INTERNATIONAL LTDA., ODÍN MARINE INC., RETRAMAR LTDA., SIMPSON SPENCER AND YOUNG, SOUTHPORT MARITIME INC y TANKOIL.

Si la cesión se pudiera realizar sin la autorización de la entidad estatal podría ocurrir que se ceda el contrato a una persona que no cumpla con los requisitos de experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera y capacidad organizacional que exigían los pliegos de condiciones, lo que indudablemente constituiría una burla a la entidad estatal contratante y a los oferentes, en este caso las empresas BROKERS MARITIMOS LTDA., INTERNATIONAL SHIP TRANSPORT S.A., LÍNEAS AGROMAR S.A., LQM TANKER CHARTERING COMPANY INC., ODÍN MARINE INC., RETRAMAR LTDA., SIMPSON SPENCER AND YOUNG, SOUTHPORT MARITIME INC y TANKOIL. Se abriría la puerta para que empresas licitadoras, después de adjudicados los contratos, entraran a negociarlos con cualquiera, aun con personas que no tuvieran la capacidad para ejecutarlos, poniendo, de esa forma, en peligro el interés público, la prestación eficiente de los servicios públicos y los fines del Estado.

Por eso, la Sala de Consulta y Servicio Civil señala que (...) *para la cesión del contrato, la entidad debe evaluar las capacidades de la sociedad que se le propone como cesionaria y decidir libremente si la acepta o no (...)* Y agrega: *Los criterios jurídicos que debe tener en cuenta la entidad estatal para aceptar o negar dicha cesión de contrato, son verificar si la cesión es procedente o no de acuerdo con las normas legales, proteger los derechos de*

la entidad (art. 21-1 ley 80 / 93), observar el carácter de intuitu personae que tienen los contratos estatales (inc. tercero art. 41 ibídem) y por ende, analizar la capacidad, organización y experiencia del cesionario propuesto, ejercer la autonomía de la voluntad (inc. primero art. 32 e inc. segundo art. 40, ibídem) y buscar alcanzar los fines de la contratación estatal (art. 3 ibídem). (El resaltado es nuestro).

C) Subsección C de la Sección Tercera de la Corporación, en sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado 31.619, en donde se dijo:

1.3 En materia de contratación estatal, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 expone una regla especial que se aplica de manera preferente a las normas contenidas en el Código de Comercio sobre cesión de contratos, y es la contenida en el inciso tercero que reza:

“(...) Los contratos estatales son "Intuito personae" (sic) y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante (...)”.

*Esta disposición tiene una razón de ser fundamental en materia de contratación estatal, ya que, sin excepción alguna e independientemente del modo de contratación que se desarrolle¹⁷, los negocios celebrados con los contratistas, se derivan de sus calidades técnicas, económicas y financieras, para efectos de cumplir con los fines estatales contenidos en el artículo 3 de la ley 80 de 1993; por lo tanto, en consideración a que los contratos estatales tiene **la característica de ser “intuitu personae”, es necesaria la** autorización previa y por escrito de la misma. Y es que es*

tan importante la característica de los contratos estatales consistente en que son catalogados “intuitu personae”, que la entidad contratante debe observar, bajo su potestad discrecional pero objetiva, teniendo en cuenta o el estudio de conveniencia de la obra, los pliegos de condiciones o disposiciones que lo regule o reglamente, que el tercero, quien ostente la nueva posición contractual, cumpla con el objeto del contrato, por cuanto se encuentra de por medio el interés general.

(...) Controversia contractual- cesión de contrato estatal.

*El potencial cesionario del contrato estatal debe cumplir con los mismos requisitos que se exigieron al contratista, para que así pueda ingresar a ser parte del contrato estatal y ejecutar su objeto y el cumplimiento de las prestaciones. así, la administración contratante al analizar la posibilidad o no de autorizar la cesión del contrato, debe observar por ejemplo, el tipo selección a que se llegó al contrato estatal, el tipo de contrato a ceder el porcentaje de ejecución del contrato, todo porque teniendo en cuenta que los contratos **estatales son “intuitu personae” las** calidades del tercero que asumirá la posición contractual del contratista, deben ser similares a las de este último, por cuanto el fin de la contratación estatal es el cumplimiento del objeto del contrato del interés general. (El resaltado es nuestro).*

Como se puede evidenciar, esta sentencia está en consonancia con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, siendo clara al señalar: *El potencial cesionario del contrato estatal debe cumplir con los mismos requisitos que se exigieron al contratista, para que así pueda ingresar a ser parte del contrato estatal y ejecutar su objeto y el cumplimiento de las prestaciones.*

En este sentido, en ambos regímenes se celebran contratos estatales y hay una escogencia de la mejor propuesta, mediante un proceso de selección, sobre la base del cumplimiento de unos requisitos de capacidad que, necesariamente, tienen que ser evaluados en un eventual cesionario para determinar si se autoriza o no dicha cesión.

D) Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de fecha 7 de febrero de 2002, radicación 21845.

Esta sentencia es muy interesante, porque hace una disquisición clara del sentido en que los contratos estatales son intuitu personae, veamos:

Para la Sala la calificación de intuitu personae que se pregona de los contratos estatales, no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo. Corrobora el planteamiento que se viene haciendo, el hecho de que, por disposición legal, la administración tenga prohibido seleccionar al contratista atendiendo a consideraciones de naturaleza subjetiva; se le impone, en cambio, el deber de seleccionarlo objetivamente según el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente

con su previa autorización, por cuanto como bien se sabe, la cesión del contrato implica la sustitución en la persona del contratista, de forma tal que frente al contratista originario se extinguen las obligaciones y derechos derivados del contrato cedido en virtud del fenómeno de la novación, para ser transferidas al cesionario quien en adelante ostentará la calidad de contratista y frente a quien la administración debe exigir las calidades técnicas, financieras y administrativas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual. (El resaltado es nuestro).

En esta sentencia también se resalta que *el contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan.* Esta situación es predicable para el contrato estatal que celebren las entidades sometidas al Estatuto de Contratación Pública y para el contrato estatal que celebran las entidades estatales con regímenes especiales de contratación, toda vez que, en ambos casos, el contratista es seleccionado a través de procedimientos objetivos en donde se evalúan criterios de capacidad y experiencia.

E) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, de fecha 12 de agosto de 2013, radicación número: 23088.

Dice esta sentencia:

En todo caso, para ceder un contrato estatal la ley exige autorización expresa de la entidad estatal –siempre que el cedente

*sea el contratista-, toda vez que, de conformidad con el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son intuito personae, **porque “el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son las más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan...”***⁵. Así mismo se expresó en la sentencia del 28 de septiembre de 2011 -exp.

15.476-, que señaló que la cesión procede “... sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados intuito personae, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución.”
(El resaltado es nuestro).

En esta sentencia se armonizan frente al contrato estatal las dos normas que hemos señalado no se tuvieron en cuenta para realizar una interpretación sistemática, necesarias para resolver el caso sub examine, se trata del inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio y el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

F) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, de fecha 5 de diciembre de 2016, radicación número: 34565.

Es reiterativa de la anterior de la Subsección C, pero esta vez lo hace la Subsección B, veamos:

⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de febrero de 2002, exp. 21.845.

En todo caso, para ceder un contrato estatal la ley exige autorización expresa de la entidad estatal -siempre que el cedente sea el contratista-, toda vez que, de conformidad con el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son intuito personae, porque "el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son las más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan..."¹⁴. Así mismo se expresó en la sentencia del 28 de septiembre de 2011 exp. 15.476-, que señaló que la cesión procede"... sin necesidad de Aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados intuito personae, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución."

COROLARIO

Las entidades estatales con régimen administrativo o privado de contratación adelantan procesos de selección para escoger a los contratistas con fundamento en unas condiciones redactadas por esas entidades, que incluyen criterios habilitantes de capacidad y factores de evaluación de las ofertas. Siendo ello así, no resulta aceptable que, luego de adjudicado el contrato, el contratista sin la autorización de la entidad estatal contratante, ceda el contrato a cualquiera. Eso sería una burla al proceso de selección que antecedió al perfeccionamiento del contrato y a los que en él participaron. Resulta claro que, por ser el contrato estatal intuito personae, la cesión solo procede con la autorización previa de la entidad pública, que tiene la obligación de evaluar si el cesionario cumple con todos los requisitos que establecía el pliego de condiciones o su equivalente.

Un contrato es *intuitu personae*, cuando para su concertación se ha tenido en cuenta la persona del otro contratante como requisito especial. Y en el caso de los contratos estatales, cualquiera sea el régimen de contratación que lo rijan, ese contratista será escogido en un proceso de selección objetiva, donde resulta adjudicatario el oferente que haya presentado la oferta más favorable con fundamento en criterios objetivos y, previamente, habiendo cumplido unos requisitos de capacidad y experiencia.

En este caso, fue esencial la escogencia del contratista, lo que, en principio, obliga a que la cesión y el cesionario sean evaluados, de conformidad con los criterios que fueron establecidos en los pliegos de condiciones o la invitación a ofertar, dictados en el proceso de selección que antecedió a la adjudicación.

El Consejo de Estado ha dicho:

*Los contratos estatales son intuitu personae, porque “el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son las más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan...”*⁶. Así mismo se expresó en la sentencia del 28 de septiembre de 2011 -exp. 15.476-, que señaló que la cesión procede “... sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados intuitu personae, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución.

Ahora, esto también aplica en el derecho privado, veamos

⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de febrero de 2002, exp. 21.845.

El artículo 887 del Código de Comercio establece: “

En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, sino por la Ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

“La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuito personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”

Argumentado lo relativo al carácter de intuito personae del contrato, aún en el derecho privado se requeriría aceptación del contratante,

TENEMOS, ENTONCES:

El inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio establece que los contratos celebrados intuito personae se requiere para la cesión de la autorización del contratante cedido.

ECOPETROL es una entidad estatal.

Los contratos celebrados por ECOPETROL son ADMINISTRATIVOS o ESTATALES.

El contrato estatal es INTUITO PERSONAE.

En consecuencia, realizando una interpretación sistemática de las normas mencionadas en la presente tutela se debe concluir que el contrato objeto de examen fue celebrado, en calidad de contratante, por una ENTIDAD ESTATAL; el contrato es ADMINISTRATIVO o ESTATAL; se celebró INTUITO PERSONAE, porque el contratista se escogió en un proceso de selección objetiva, en el cual se evaluaron requisitos habilitantes y puntuables; el inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio señala que los contratos intuito personae requieren de AUTORIZACIÓN PREVIA DEL CONTRANTE CEDIDO.

Así las cosas, el contrato celebrado por ECOPETROL y mi procurada es estatal e intuito personae, requiriéndose para su cesión que fuera evaluada y autorizada por ECOPETROL, lo que nunca ocurrió, por lo que, tal cesión, era INOPONIBLE frente a ECOPETROL, todo lo cual lleva a concluir que las partes del contrato estatal continuaban siendo ECOPETROL, en calidad de ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, y MARSERVICE INTERNACIONAL S.A., en calidad de CONTRATISTA.

V. SE DAN LOS PRESUPUESTO PARA LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES:

- a) Lo que se discute tiene relevancia constitucional, porque lo decidido tendrá efectos sobre el debido proceso y el acceso a la justicia. En este caso, esa violación se da por la indebida interpretación de normas de contratación y sobre el carácter intuito personae del contrato estatal frente a la cesión de la posición contractual.
- b) Ya se agotaron todos los medios judiciales -ordinarios y extraordinarios- que tenía el actor, toda vez que se decidió el caso en segunda instancia por parte del Consejo de Estado.

- c) Se cumple el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta la fecha de notificación del fallo y la presentación de la presente tutela.
- d) Se han identificado claramente los hechos y la violación sustantiva en que incurrió la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

VI. DERECHOS FUNDAMENTALES CONCULCADOS:

6.1. DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El artículo 229 de la norma superior señala:

Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

La sentencia T-799 de 2011 de la Corte Constitucional sobre este derecho fundamental dice:

El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia se encuentra consagrado en el artículo 229 de la norma superior en los siguientes términos: Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una

y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley. Por medio de su ejercicio se pretende garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, ya que, como ha señalado esta Corporación “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”. Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos.

(...)

*DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA-
Vulneración cuando una autoridad pública o un particular se sustrae al cumplimiento de una decisión judicial*

El cumplimiento de las decisiones judiciales es un elemento constitutivo del derecho al acceso a la administración de justicia,

el cual no se agota en la posibilidad que tienen los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, sino que su materialización implica que el mismo sea resuelto y que, si hay lugar a ello, se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico. Como corolario lógico de lo anterior esta Corporación ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para reclamar el cumplimiento de las decisiones judiciales ejecutoriadas.

La Corte Constitucional en la sentencia C-715 de 2012 dijo:

El derecho al acceso a la justicia –art.229 CP- y el derecho al debido proceso –art.29- son reconocidos en la Constitución Política, por los tratados internacionales suscritos por Colombia, hace parte del bloque de constitucionalidad, y su naturaleza y alcance normativo han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el acceso a la justicia debe ser efectivo, no meramente nominal, ha planteado la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades procesales, las cuales tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos y propender por la optimización de los medios de defensa de los ciudadanos.

En el presente caso, la sentencia objeto de examen al decidir que mi procurada no estaba legitimada en la causa para obrar como demandante en la acción de controversias contractuales que instauró, cuando sí lo está, le está violando su derecho a acceder a la administración de justicia para que esta resuelva de fondo sobre sus pretensiones.

6.2. DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

El artículo 29 de la Constitución Política dice:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (El resaltado es nuestro).

La Corte Constitucional ha desarrollado este derecho fundamental al debido proceso en varios fallos, entre estos en la sentencia T-3623056, en donde se dijo:

Uno de los principios del Estado Social de Derecho es la supremacía del ordenamiento jurídico y de la Constitución Política, a los cuales están sometidos tanto los servidores públicos como los particulares. Este principio está plasmado en el artículo 6° de

la Constitución, el cual establece que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. En relación con los servidores públicos, el artículo 121 de la Constitución dispone que **“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”**. Lo anterior, según la Corte Constitucional, quiere decir que “la administración está sujeta en el desarrollo de sus actividades, al ordenamiento jurídico, razón por la cual todos los actos y las decisiones que profiera, así como las actuaciones que realice, deben ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y la ley. (...) En consecuencia, según este principio, la función pública debe someterse estrictamente a lo que dispongan la Constitución y la ley”^[3].

2.3.2. Así las cosas, el mencionado principio de legalidad es una de las manifestaciones de lo que la Carta Magna instituyó como debido proceso, el cual es definido por la jurisprudencia de esta Corporación como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”^[4]. Este derecho fundamental **es “aplicable a toda** clase de actuaciones judiciales y administrativas”^[5], y puede ser protegido cuando se encuentre amenazado o sea vulnerado por parte de una autoridad pública o de un particular, a través de la acción de tutela.

2.3.3. Entre los elementos más importantes del debido proceso, esta Corte ha destacado: “(i) la garantía de acceso a la justicia en libertad e igualdad de condiciones; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías”.

Específicamente en materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso, se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de sus objetivos y fines, de manera que se garanticen “los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso. (...) De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”¹⁶¹. (Subrayado en el texto y otros nuestros).

2.3.5. De lo expuesto hasta ahora y de la jurisprudencia citada, la Sala extrae estas conclusiones:(i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, porque se encuentra

consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra principios y garantías como el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación, y (iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad^[7].

2.3.6. *Ahora bien, nótese que en su interpretación del derecho fundamental al debido proceso administrativo, reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional ha considerado que **“pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente del ordenamiento jurídico, en abierta contradicción con él, de tal forma que se aplica la voluntad subjetiva de tales servidores y, como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho”**^[8]. En tales casos, la Corte excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción de tutela, cuando se advierte o bien la inminencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad de los otros mecanismos judiciales de defensa. (Resaltado nuestro).*

En la Sentencia T-559/15 dijo la Corte Constitucional:

El debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa. Ahora bien, en los casos en los que la actuación de las autoridades respectivas carezca de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas, nos encontramos frente a lo que se ha denominado como vía de hecho, y para superarla es procedente excepcionalmente la acción de tutela. (El resaltado es nuestro).

En este caso, al no aplicarse unas normas que resultan indispensables ser tenidas en cuenta, para resolver el caso concreto, se viola el principio de legalidad, que como lo dice la última sentencia referida, es el *marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa. Ahora bien, en los casos en los que la actuación de las autoridades respectivas carezca de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga*

como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas, nos encontramos frente a lo que se ha denominado como vía de hecho, y para superarla es procedente excepcionalmente la acción de tutela

Así las cosas, las pretensiones, en este caso, serían las siguientes:

VII. PRETENSIONES

PRIMERO: Que se tutele el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia a la empresa MARSERVICE INTERNACIONAL S.A.

SEGUNDO: Que le ordene a la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado que en el plazo fijado en la sentencia que resuelva esta acción revoque la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P., Ramiro Pazos Guerrero, de fecha 6 de julio de 2020, expediente 45210, radicación Nro. 13001233100020010069903 y, en su defecto, se profiera otra que resuelva de fondo el caso.

VIII. PRUEBAS

Solicito al Despacho tener como pruebas las siguientes:

Se tenga como prueba el expediente correspondiente al proceso judicial, que ya fue devuelto por el Consejo de Estado al Tribunal Administrativo de Bolívar con oficio Nro. DEV-2020-1878-E PROV: SENTENCIA. FALLO DESTINO: 130012331000 – TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 000 SIN SECCIONES DE CARTAGENA (BOLÍVAR) FOLIOS 1208 CUAD-6, FECHA MARTES 10 DE NOVIEMBRE DE 2020.

Para tal fin solicito que se oficie al H. Tribunal Administrativo de Bolívar para que remita el expediente, cuyo radicado del Tribunal es 13001233100020010069900 y la magistrada ponente, la doctora CARMEN AMPARO PONCE DELGADO.

IX. ANEXOS

Certificado y prueba de la existencia y representación legal del accionante, poder especial a mí conferido con pantallazo del envío por parte del poderdante de su correo electrónico y sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, de fecha 6 de julio de 2020, expediente 45210, radicado: 13001233100020010069903, actor: MARSERVICE INTERNATIONAL S.A., demandada: ECOPETROL. El radicado del Tribunal es 13001233100020010069900 y la magistrada ponente es la doctora CARMEN AMPARO PONCE DELGADO.

X. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he presentado acción similar ante ninguna autoridad judicial.

XI. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Cra 45 Nro. 55-56, apartamento 202 de Bogotá D.C., y al correo electrónico alvaromejia_1hotmail.com. Mi número de celular es 3155484985.

A la demandada SUBSECCIÓN B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la calle 12 Nro. 7-65 de Bogotá D.C.

Correo electrónico: ces3secr@consejodeestado.ramajudicial.gov.co.

Teléfono: (+571) 350 6700 Ext: 2223-2234-2235

Se suscribe, del señor Juez, respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Álvaro Mejía Mejía', written over a horizontal line.

ÁLVARO MEJÍA MEJÍA

C.C. Nro. 7.545.114

T.P. 51873 CSJ