



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre dos mil quince (2015)

Expediente	85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
Actor	LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
Acción	POPULAR

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Nación-Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), Ecopetrol S.A., Perenco Colombia Limited, Hocol S.A. y Homcol Cayman Inc. en contra de la sentencia del 4 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta del contrato adicional denominado Otrosí al Contrato de Asociación Garcero, suscrito el 31 de enero de 2008 entre Ecopetrol y las asociadas: Perenco Colombia Limited, Hocol S.A., y Homcol Caymán Inc., por las razones indicadas en la parte



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

considerativa.

“SEGUNDO: DECLARAR igualmente que con la suscripción del contrato indicado en el ordinal anterior se violaron el derecho o interés colectivo a la libre competencia económica consagrado en el artículo 4 de la Ley 472/98, así como los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 13, 29, 80, 101, 332, 333, 334 y 360 de la Constitución Nacional, por los motivos señalados en las consideraciones.

“TERCERO: Consecuencialmente a las dos declaraciones anteriores:

“1.- DECLARAR que el Contrato de Asociación Garcero, que inicialmente se denominó contrato de Exploración y Explotación para el Sector Cusiana suscrito entre ECOPETROL y las Compañías HOUSTON OIL AND MINERALDS [sic] DE COLOMBIA INC., ELF AQUITAINE COLOMBIE S.A. y LL&E COLOMBIA INC. del 5 de enero de 1981 consignado en la Escritura No. 137 del 27 de enero de 1981, con sus cesiones y modificaciones terminó el 31 de diciembre de 2008.

“2.- DECLARAR que revierte a la Nación colombiana, en cabeza de la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, los bienes afectos al contrato de Asociación Garcero, que inicialmente se denominó contrato de Exploración y Explotación para el Sector Cusiana suscrito entre ECOPETROL y las Compañías HOUSTON OIL AND MINERALDS [sic] DE COLOMBIA INC., ELF AQUITAINE COLOMBIE S.A. y LL&E COLOMBIA INC. del 5 de enero de 1981 consignado en la Escritura No. 137 del 27 de enero de 1981, con sus cesiones y modificaciones.

“3.- ORDENAR la liquidación del Contrato de Asociación Garcero, que inicialmente se denominó contrato de Exploración y Explotación para el Sector Cusiana suscrito entre ECOPETROL y las Compañías HOUSTON OIL AND MINERALDS [sic] DE COLOMBIA INC., ELF AQUITAINE COLOMBIE S.A. y LL&E COLOMBIA INC. del 5 de enero de 1981 consignado en la Escritura No. 137 del 27 de enero de 1981, con sus cesiones y modificaciones por ser de tracto sucesivo y haber terminado el 31 de diciembre de 2008.

“4.- DISPONER que la administración de los bienes que revierten a la Nación colombiana en virtud de la nulidad que aquí se declara corresponde a la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, entidad que acorde con el Decreto 1760 de 2003 y la legislación petrolera colombiana deberá realizar la explotación por sí misma, a través de Ecopetrol o por intermedio de alguno de los contratos legalmente autorizados para el efecto, pero garantizando la libre competencia económica de entidades colombianas y extranjeras, para lo cual deberán observarse los principios constitucionales que regulan la actividad estatal, especialmente los de publicidad,



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

igualdad, debido proceso, transparencia, economía, eficiencia, eficacia, etc., con miras a proteger el patrimonio público y demás derechos y garantías previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

“La Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, iniciará las gestiones administrativas necesarias para garantizar la explotación de los bienes revertidos, a más tardar dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo y las culminará en un plazo no mayor a 18 meses contados a partir de la iniciación, dando informe escrito y detallado a este Tribunal cada 2 meses.

“5.- DEJAR bajo la responsabilidad de los representantes legales de las asociadas, ECOPETROL y la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, las medidas cautelares señaladas en la parte considerativa.

“CUARTO: DECLARAR no probadas las violaciones a los intereses colectivos de moralidad administrativa y patrimonio público.

“QUINTO: CONDENAR a las Asociadas (Perenco Colombia Limited, Hocol S.A. y Homcol Caymán Inc.) y Ecopetrol a cancelar en forma solidaria a los accionantes, el equivalente a 30 smlmv a la ejecutoria de esta sentencia, como incentivo económico.

“SEXTO.- ORDENAR a ECOPETROL que a su costa y una vez ejecutoriada inscriba esta sentencia en las escrituras públicas donde se protocolizaron los contratos denominados Contrato de Exploración y Explotación para el Sector Cusiana, sus adiciones y modificaciones.

“SÉPTIMO: ORDENAR a la Secretaría que remita copia de la demanda, del auto admisorio y de este fallo, a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, relacionados con el registro público centralizado de acciones populares y acciones de grupo.

“OCTAVO: Si la presente sentencia no fuere apelada, DÉSE cumplimiento a lo ordenado en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Demanda

1.1. Los ciudadanos Luis Enrique Olivera Petro, Máximo Silvino Moreno Páez, Ricardo Andrés Pinzón Martínez, Edwin Rolando Caicedo Estupiñán y Néstor



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Mauricio Niño Cuenza presentaron, el 23 de julio de 2010 ante los juzgados administrativos de Yopal (Casanare)¹, acción popular contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Agencia Nación de Hidrocarburos, Ecopetrol S.A., Perenco Limited S.A., Hocol S.A. y Homocol Cayman Inc., con el fin que se protegieran los derechos a la moralidad administrativa, el patrimonio público, y la libre competencia económica, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas. En el escrito introductorio del trámite procesal se formularon las siguientes pretensiones²:

“III.1. Que se protejan los derechos e intereses colectivos: A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA; A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO; A LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA, consagrados en el artículo 4 de la ley 472/98, los cuales han sido violados por el Estado Colombiano y por la empresa PERENCO COLOMBIA LIMITED.

“III.2. Que se declare que el Otrosí contrato de extensión al contrato de ASOCIACIÓN GARCERO HASTA SU LIMITE ECONOMICO, HASTA EL INFINITO, firmado por la ECOPETROL S.A. y la empresa PERENCO COLOMBIA LIMITED DESCONOCIÓ LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES consagrados en los artículos: 1,2, 3, 4, 6, 8, 13, 29 (principios y derecho fundamentales) 79, 80, 101, 332, 333, 334 y 360 de la Constitución de 1991.

“III.3. Que se restituyan las cosas al estado anterior a la firma del Otrosí extensión del contrato de ASOCIACIÓN GARCERO hasta su límite económico. Que se paguen todos los perjuicios económicos ocasionados al ECOPETROL S.A. Y AL DEPARTAMENTO DE CASANARE Y A SUS MUNICIPIOS DE SAN LUIS DE PALENQUE Y TRINIDAD.

“III.4. Que se ordene al Estado Colombiano, aplicar la REVERSIÓN Ó FINALIZACIÓN al contrato de ASOCIACIÓN GARCERO, la cual ha debido regir a partir del 1 de enero de 2009, y por ende QUE SE DECLARE QUE ECOPETROL S.A. ES EL AUTÉNTICO OPERADOR Y QUE EL DEPARTAMENTO DE CASANARE Y SUS DOS MUNICIPIOS PRODUCTORES MENCIONADOS RECIBAN EL 12% DE REGALÍA ADICIONAL DEL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 756/202.

¹ El Juzgado Segundo Administrativo de Yopal, en auto del 29 de julio de 2010, remitió por competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 1395 de 2010, la actuación al Tribunal Administrativo de Casanare.

² Folios 20 y 21 del cuaderno principal No. 1. En la transcripción realizada no son puestos de presente los errores de sintaxis y ortográficos; todos los encontrados en el texto corresponden a los del documento original.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

"III.5. Que se ordene, a partir de la admisión de esta demanda en acción popular, el pago, al departamento de Casanare y a sus dos municipios productores mencionados, del 12% de las regalías directas consagradas en el artículo 39 de la Ley 756/2002. En subsidio que se ordene a los operadores jurídicos de regalías la creación de un fondo con ese 12% de las regalías de dicho artículo, mensualmente.

"III.6. Que se ordene al Estado Colombiano y a la empresa PERENCO COLOMBIA LIMITED, con base en el artículo 40 de la ley 472/98, pagar el incentivo del 15% del valor recuperado por el Estado Colombiano, a favor de los demandantes – actores populares".

1.2. Como fundamentos fácticos de la demanda, la parte actora expuso los que la Sala pasa a sintetizar a continuación³:

1.2.1. El 5 de enero de 1981 Ecopetrol, ELF Aquitaine Colombie S.A. (hoy Perenco Colombia Limited), Houston Oil and Minerals of Colombia Inc. y LL&E Colombia Inc. firmaron el "Contrato de Asociación Cusiana", cuya área contratada se encuentra en los municipios de Trinidad, San Luis de Palenque, Nunchía y Orocué del departamento de Casanare. La duración máxima del contrato de asociación, pactada en la cláusula 23, fue de 6 años de exploración y explotación por 22 años; es decir, para el 1 de enero de 2009 todos los activos involucrados en el contrato de asociación pasarían a ser propiedad de Colombia.

1.2.2. El 4 de febrero de 1993 las partes suscribieron un otrosí, en el cual modificaron el nombre del contrato por "Asociación Garcero".

1.2.3. Producto de las cesiones de la posición contractual, la asociación está conformada así: Perenco Colombia Limited 18,285%; Hocol S.A. 22,715% y Homocol Cayman Inc. 9%.

³ Cfr. folios 6 a 20 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

1.2.4. Con la expedición de la Constitución Política de 1991 y, particularmente, de su artículo 360 es necesaria la promulgación de una ley (no expedida aún) que establezca las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. Para los accionantes *"...sin la existencia de esta ley, ningún órgano estatal colombiano, está facultado para firmar y/o reformar contratos de explotación de R.N.N.R."*.

1.2.5. El plazo del contrato de asociación Garcero fue modificado mediante un otrosí que extendió su ejecución hasta el límite económico de la explotación petrolera del área contratada.

1.2.6. Afirmaron los accionantes⁴:

"En el caso de los hidrocarburos, como el que nos ocupa relacionado con el otrosí -extensión del contrato de ASOCIACIÓN GARCERO hasta su límite económico, es decir, hasta el infinito, ni siquiera la misma empresa ECOPETROL, que venía firmando y/o reformando los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, queda, o está facultada para firmar y/o reformar dichos contratos.

"(...)

"...TODOS Y CADA UNO DE LOS CONTRATOS Y/O SUS REFORMAS RELACIONADOS CON LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE R.N.N.R., FIRMADOS DESPUES DEL NACIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991, ANTE EL VACIO LEGAL EXISTENTE POR FALTA DE DESARROLLO DE INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 360 SUPERIOR: SON NULOS DE TODA NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE, AL NO EXISTIR LA LEY MARCO, DE PRINCIPIOS PRECEDENTE QUE MANDA A 'DETERMINAR LAS CONDICIONES PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS R.N.N.R. Y PUNTO".

1.2.7. El Presidente de la República soportó la extensión de los contratos hasta su límite económico en normas que revivió después de 30 años de abolición de la concesión petrolera, la cual utilizó como instrumento jurídico de exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad del Estado; adicionalmente,

⁴ En la transcripción realizada no son puestos de presente los errores de sintaxis y ortográficos; todos los encontrados en el texto corresponden a los del documento original.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

apartó a Ecopetrol del diligenciamiento de los mismos y creó (mediante el Decreto 1760 de 2003) a la Agencia Nacional de Hidrocarburos y a la Sociedad Promotora de Energía de Colombia. El Decreto 2288 de 2004, que reguló la extensión de los contratos de asociación vigentes para 2003, el documento Conpes 3245 de 2003, relacionado, también, con la extensión de los contratos de asociación y el Acuerdo No. 8 de 2004 del Consejo Directivo de la ANH, por el cual se adoptó el reglamento para la contratación de áreas de exploración y explotación, son normas violatorias de los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 13, 29, 79, 80, 101, 332, 333 y 334 de la Constitución Nacional, permitiendo que el Estado entregue por tiempo indefinido la riqueza hidrocarburífera del país.

Con lo anteriormente señalado, para los actores populares se impone el interés particular sobre el general, no se tienen en cuenta los principios de legalidad, primacía de la Constitución y libre competencia económica; y se degradan los entornos ambientales y ecológicos por la gran contaminación originada por la ejecución del otrosí al contrato de asociación Garcero.

1.2.8. La ampliación del plazo del contrato hasta el límite económico, "*hasta el infinito*", genera un detrimento económico que ha sido sufrido por Ecopetrol S.A., el departamento de Casanare y los municipios productores San Luis de Palenque y Trinidad en el periodo comprendido entre el 2009 y el 2012 que asciende a \$204.188.962.523.

1.3. Admitida la demanda por auto del 19 de agosto de 2010⁵, fue ordenada su notificación personal a las entidades públicas y privadas previamente señaladas, así como al Ministerio Público.

2. Contestaciones a la demanda

⁵ Folio 118 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

2.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁶

Mediante escrito presentado en la oportunidad procesal requerida, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, luego de oponerse a la totalidad del *petitum* de la demanda, dijo no constarle algunos hechos, negó la calidad de tales a la mayor parte de los referidos en la demanda y, posteriormente, procedió a exponer lo que denominó “razones y fundamentos de la defensa” en los siguientes términos:

2.1.1. En punto de la presunta vulneración del derecho a la moralidad administrativa afirmó que la suscripción del otrosí al contrato de asociación “Garcero” se sujetó a lo previsto por el Conpes, el Decreto Legislativo 2310 de 1974, el Decreto 743 de 1975 y en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 1149 del 31 de julio de 2003 y que, por lo mismo, tal derecho colectivo no resultó afectado.

2.1.2. Frente a la lesión al patrimonio público se advirtió la falta de su demostración, por lo que se presentó la ausencia de un requisito sustancial para la procedencia de la acción popular.

2.1.3. Respecto de la libre competencia, indicó el demandado que se confunde por los actores la posible lesión económica que recibe el departamento del Casanare y dos de sus municipios productores, con la vigencia del contrato de asociación al impedir que el porcentaje de regalías se aumentara del 12 al 24%.

Concluyó señalando que la actividad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se limitó a la participación en el estudio y concepto final del Conpes 3245 del 15 de febrero de 2003.

⁶ Folios 158 a 163 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

A título de excepciones formuló la de improcedencia de la acción popular, pues, en su concepto, no se violaron derechos colectivos y el actor no cumplió con la carga legal de determinar las circunstancias que generaron la presunta afectación.

2.2. *Departamento Nacional de Planeación*⁷.

Mediante escrito del 17 de septiembre de 2010 el DNP contestó la demanda e indicó que no había participado en la suscripción del otrosí al contrato de asociación "Garcero".

2.2.1. En relación con la vulneración de la moralidad administrativa, indicó que no aparecía demostrada ninguna conducta dolosa contraria a la ley y atribuible al DNP.

2.2.2. Frente al patrimonio público observó que no se había demostrado que alguna de las entidad demandadas hubiese adoptado decisiones irresponsables e injustificadas que causaran detrimento al Estado y que no había sido probado que fuera el DNP el que vulneró tal derecho, pues toda la argumentación gira en torno de la ilegalidad del otrosí al contrato de asociación "Garcero", del cual el DNP no es parte.

2.2.3. Respecto de la libre competencia económica, indicó que no existía nexo causal entre lo alegado por el actor y el tema relativo a la libertad económica, pues tal derecho se vulnera cuando se limita la negociación entre compradores y vendedores, de manera injustificada, lo cual no fue demostrado por el accionante y tampoco que ello pueda ser imputable al DNP.

⁷ Folio 289 a 303 del cuaderno principal No. 2.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

2.2.4. Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el DNP no tenía competencia para suscribir el otrosí al contrato de asociación.

2.3. *Ministerio de Minas y Energía*⁸

El Ministerio se opuso a las pretensiones por carecer de coherencia y respaldo fáctico y jurídico. Indicó que no se demostró que el Ministerio hubiese vulnerado los artículos constitucionales indicados por el actor, ni los derechos colectivos invocados en la demanda; aceptó, aclaró y negó algunos de los referidos por los actores y como fundamentos de la contestación, expuso lo que enseguida la Sala pasa a sintetizar:

2.3.1. Los actores hicieron manifestaciones impertinentes sobre unos supuestos patrimoniales sin conocer los términos o cláusulas de la extensión del contrato de asociación "Garcero", basándose sólo en extractos de libros que demuestran desidia probatoria.

2.3.2. No se demostró la ocurrencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 1741 del Código Civil para que resultara viable la nulidad del otrosí al contrato de asociación "Garcero".

2.3.3. Es improcedente solicitar la indemnización de perjuicios a través de la acción popular por su naturaleza.

2.3.4. De acuerdo con la política del Gobierno Nacional para incentivar el sector de hidrocarburos, contenida en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 y en el documento Conpes 3245 de 2003, la extensión de los contratos de asociación se fijó como una alternativa para garantizar el abastecimiento de

⁸ Folios 379 a 403 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

hidrocarburos en el país. Adicionalmente, la extensión de los contratos se fundó en los ordinales 2º y 7º del artículo 8 del Decreto-Ley 1760 de 2003.

2.3.5. El artículo 360 de la Constitución Política está desarrollado por normas en materia contractual y no puede entenderse que todos los contratos de explotación de recursos naturales, como lo sugieren los demandantes, sean nulos, considerando que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 establece las condiciones para adelantar tales contrataciones.

2.3.6. La estimación del detrimento patrimonial contenida en la demanda de acción popular no cuenta con los suficientes soportes probatorios.

El Ministerio de Minas y Energía formuló, además, las siguientes excepciones: (i) falta de legitimación por pasiva; (ii) improcedencia de la acción popular para solicitar indemnización de perjuicios; (iii) las regalías son contraprestaciones económicas de propiedad del Estado y las entidades territoriales únicamente tiene sobre ellas un derecho de participación; (iv) inexistencia de vulneración a los intereses colectivos de moralidad administrativa y/o patrimonio público; (v) el incentivo solicitado por el actor popular es improcedente; (vi) la acción popular es improcedente, el actor no demuestra la ilegalidad de la extensión del contrato de asociación "Garcero", y tampoco prueba la vulneración de los derechos e intereses colectivos; (vii) la extensión del contrato de asociación "Garcero" no es ilegal, no desconoce los derechos colectivos; y (viii) no existe vulneración al artículo 360 de la Constitución Política.

2.4. *Perenco Colombia Limited*

A la par de oponerse a las pretensiones de la demanda, en su documento de contestación Perenco Colombia Limited aceptó algunos de los hechos presentados por los actores populares, negó otros y precisó los restantes.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Formuló las excepciones que denominó: (i) la extensión de los contratos de asociación corresponde a una política de Estado; (ii) El artículo 360 de la Constitución Política sí está desarrollado; (iii) Tanto la ANH como Ecopetrol, tenían facultad y capacidad legal para aprobar, la primera, y suscribir, la segunda, la extensión del contrato de asociación "Garcero"; (iv) no ha habido detrimento patrimonial de Ecopetrol S.A., del departamento del Casanare, ni de los municipios San Luis de Palenque y Trinidad; (v) ausencia de daño; (vi) ausencia de afectación a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia; y (vii) enriquecimiento sin causa.

2.5. *Agencia Nacional de Hidrocarburos*⁹

La ANH se refirió a los hechos de la demanda, aceptando el contenido de algunos, precisando otros y negando la calidad de tales a los restantes. En relación con las pretensiones incoadas, señaló que con ellas los actores pretenden la declaratoria de inexecutable del Decreto-Ley 1760 de 2003 y, con ello, acabar con los contratos de asociación.

La Agencia propuso como excepción el "*principio de legalidad de la actuación administrativa*".

2.6. *Homcol Cayman Inc y Hocol S.A.*¹⁰

Tanto Homcol Cayman Inc. como Hocol S.A. se hicieron parte en el proceso, en calidad de sujetos pasivos de la acción, por intermedio de idéntico apoderado judicial y, si bien presentaron sus medios de defensa en escritos separados, el contenido es sustancialmente igual, por lo que la Sala realizará una síntesis conjunta de tales documentos.

⁹ Folios 408 a 411 *loc. cit.*

¹⁰ Folios 919 a 945 y 998 a 1024, respectivamente, del cuaderno principal No. 3.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En general, se opusieron a las pretensiones de la demanda y solicitaron la condena en costas a los demandantes; aceptaron algunos hechos y negaron la calidad de tales a otros.

Presentaron como excepciones, las siguientes:

- Debida aplicación de la ley: De esta excepción desprenden las demandadas que el otrosí fue suscrito bajo estricto cumplimiento de las disposiciones legales aplicables; que Ecopetrol era la entidad competente para suscribirlo; y que fueron cumplidos todos los trámites legales y contractuales para suscribir el otrosí.
- Imposibilidad jurídica de causar un daño, pues la extensión del contrato respondió a una política nacional fijada en el Conpes 3245 de 2003 y se sujetó a los requisitos señalados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 1499 del 31 de julio de 2003.

Agregaron las demandadas que la imposibilidad de la causación del daño también se derivaba de que la Nación, con la extensión del contrato de asociación "Garcero", recibió un beneficio económico que no hubiera obtenido sin tal extensión, beneficio que era exigido por el Decreto 2288 de 2004, el Conpes 3245 de 2003 y el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil¹¹.

¹¹ En relación con los beneficios adicionales, se indica por las demandadas: "A título de ejemplo se menciona la Cláusula 5 del Contrato, donde se señalan las actividades adicionales, que como consecuencia de la extensión le corresponden a la Asociada, como actividades de sísmica en un área de 100 km² y de perforación y completamiento de diez (10) pozos asumiendo la Asociada el 100% de las inversiones y gastos que se requieran para realizar tales actividades. En la cláusula 9 sobre participación en la producción, se establece que después de descontado el porcentaje correspondiente a regalías, la participación en la producción de hidrocarburos de los campos se distribuiría 76% para Ecopetrol y 24% para la Asociada, siendo entonces claro el mayor beneficio recibido por la Nación, con las nuevas condiciones pactadas para la extensión del contrato".



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

- Inexistencia de acción u omisión de las autoridades públicas y particulares que haya violado o amenace violar el derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues en concepto de las demandadas, en el presente caso, no se demostró daño ni mala fe por parte de la administración o de un funcionario público o algún particular cuyos actos sean ilegales o negligentes.
- Inexistencia de acción u omisión que amenace o viole el derecho colectivo al patrimonio público, pues con la extensión al contrato la Nación recibió beneficios adicionales a los inicialmente pactados.
- Inexistencia de acción u omisión que amenace o viole el derecho colectivo a la libre competencia económica, para lo cual se indicó que la afirmación de los actores populares no era sustentada con ninguna prueba.

2.7. *Ecopetrol S.A.*¹²

2.7.1. En escrito presentado el 12 de noviembre de 2010, Ecopetrol S.A., contestó la demanda y, en primer lugar, puso de presente los sustentos normativos y de política gubernamental que justificaban la extensión del contrato de asociación "Garcerero". Sobre el particular, hizo referencia a la propiedad que del subsuelo recae en el Estado (artículo 322 superior), a la normativa bajo la cual fue suscrito el mencionado contrato de asociación (Decreto-Ley 2310 de 1974 y Decreto 743 de 1975) y, finalmente, a los antecedentes más próximos que determinaron la extensión del contrato de asociación, los cuales se encuentran, en su opinión, en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en el documento Conpes 3245 del 15 de septiembre de 2003 y en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 1499 del 31 de julio de 2003.

¹² Folios 1124 a 1140 del cuaderno principal No. 4.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En punto de la competencia de Ecopetrol para la suscripción del documento contractual modificatorio del plazo previsto en el contrato de asociación “Garcero”, hizo referencia a la Ley 790 de 2002 –por la que se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para crear, transformar, escindir, fusionar y suprimir entidades administrativas del orden nacional– y al Decreto-Ley 1760 de 2003 –mediante el que se escindió Ecopetrol–.

Luego del recuento referido, la demandada concluyó:

“A partir del anterior marco normativo y de orden jurídico, revisadas las condiciones coyunturales en lo económico y la necesidad de aseguramiento de abastecimiento de combustibles y el desarrollo de la industria petrolera en el país, ECOPETROL, previa valoración y autorización de la ANH, acordó la extensión del ‘Contrato de Asociación Garcero’, como alternativa conveniente y viable para el país, a partir de las expectativas que para el momento [sic] de la negociación se podían prever por las partes, es decir, con los elementos de juicio que para entonces se tenían respecto de las condiciones de mercado, de industria y la oportunidad de negocio de que se disponían, por consiguiente tal negociación le ha significado al Estado un acierto en el objetivo propuesto de asegurar y disponer de la autonomía petrolera con que actualmente se cuenta, el fortalecimiento de ECOPETROL como empresa petrolera de primer orden, el incremento en los recursos que se preveían [sic] podrían ser obtenidos con la operación directa y mayores ingresos al Estado por causación de impuestos y regalías derivados de los [sic] mayores transferencias por incremento de producción”.

En cuanto a la extensión del contrato de asociación, Ecopetrol advirtió que con el mismo no se presentó el detrimento económico alegado por los actores populares. Precisó, al respecto, que con tal extensión se logró el aseguramiento y mejoramiento de orden técnico y económico en la obtención de recursos en oportunidad, y aseguró la consolidación de la industria petrolera en el país; se obtuvieron, además, en su concepto, las siguientes ventajas:



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

- Inversiones adicionales de las asociadas en la ejecución de 100 Km² de sísmica 3D y perforación de nuevos pozos de los cuales ya fueron ejecutados 7 en el año 2008 y 3 en el 2009.
- Creación de un fondo de abandono para el desmantelamiento de equipos y recuperación del paisaje una vez finalizada la explotación de cada uno de los campos, como ahorro representativo para Ecopetrol.
- Incremento de la participación en el recurso por parte de Ecopetrol, pasando del 50% al 76%, después de regalías.
- Disminución de la inversión de capital por cuenta de Ecopetrol.
- Oportunidad de producción incremental.
- Evitar pérdidas de producción por costos de oportunidad, al no contar con suspensiones en la producción por la terminación del contrato que técnicamente le hubiere generado una disminución del recurso de campo y explotación petrolera limítrofe.
- Propiedad del 100% de los activos registrados en la cuenta conjunta a 31 de enero de 2008 para Ecopetrol, lo que representa un incremento en la participación por barril del US\$0,15 en la nueva producción generada a partir del 1 de febrero de 2008.
- Aseguramiento de ganancias en la eventualidad de precios altos del crudo en el mercado internacional.

2.7.2. Posteriormente, en relación con las pretensiones formuladas en la demanda, se opuso a cada una de ellas y respecto de los hechos en que se fundaron aceptó algunos, negó y precisó otros y rechazó la calidad de tales a los restantes.

2.7.3. Formuló como excepciones (i) la *Improcedencia de la acción instaurada*, debido a la ausencia de requisitos necesarios para la prosperidad de la acción y por pretender anular los efectos de un contrato válidamente celebrado por Ecopetrol; (ii) *ausencia de responsabilidad de Ecopetrol en*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

relación con los derechos colectivos invocados como transgredidos en la demanda; (iii) falta de capacidad legal de Ecopetrol para atender la pretensión demandada; y (iv) inexistencia de daño o perjuicio a derecho colectivo.

3. Audiencia especial de pacto de cumplimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la ley 472 de 1998, en proveído del 25 de noviembre de 2010¹³, se citó a las partes y al agente del Ministerio Público con el fin de realizar la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se llevó a cabo el 26 de enero de 2011¹⁴.

Con la asistencia de los citados, la audiencia se declaró fallida debido a la ausencia de fórmulas de arreglo entre las partes interesadas.

4. Alegatos de conclusión

En la oportunidad establecida por el *a quo* mediante auto del 28 de julio de 2011¹⁵ intervinieron el Ministerio de Minas y Energía, Perenco Colombia Limited, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Homcol Cayman Inc., Hocol S.A., Ecopetrol y los actores populares. El Departamento Nacional de Planeación presentó sus alegatos de manera extemporánea¹⁶.

Vencido el término dispuesto para alegar de conclusión, el proceso entró al despacho para decidir sobre la adición de la demanda formulada por los actores populares, lo cual fue rechazado por extemporáneo en auto del 11 de agosto de 2011¹⁷.

¹³ Folio 1184 *loc. cit.*

¹⁴ Folios 1196 a 1198 *loc. cit.*

¹⁵ Folio 1714 del cuaderno principal No. 5.

¹⁶ Cfr. folio 1840 *loc. cit.*

¹⁷ Folio 1850 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

4.1. Demandantes¹⁸:

En escrito del 8 de agosto de 2011 señalaron, en primer lugar, que de la lectura de la cláusula 23 del contrato de asociación “Garcero”, en la que se estableció el plazo máximo del contrato en 28 años, se deriva una imposibilidad para que se prorrogue el plazo hasta el límite económico, pues ello comporta la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la libre competencia económica.

Afirmaron, igualmente, que la cláusula 2 del otrosí por el cual se extendió el plazo de ejecución del contrato de asociación incurrió en causal de nulidad, en primer lugar, porque se hace referencia a Ecopetrol –entidad inexistente para la fecha de suscripción del documento – y no a Ecopetrol S.A., entidad creada por el Decreto-Ley 1760 de 2003, y, en segundo lugar, toda vez que la prórroga del contrato hasta “el límite económico” no hace referencia a una fecha determinada –es una expresión que puede significar “hasta el infinito”–, lo cual desconoce el concepto mismo de la palabra prórroga.

Afirmaron que extender el plazo del contrato hasta su límite económico, variando el significado de las palabras para beneficiar a 3 compañías petroleras implica una desviación de poder y, con ello, la afectación del derecho a la moralidad administrativa. Se actuó, en concepto de los accionantes, con irracionalidad económica, pues con el barril de crudo a USD\$100, el valor presente neto es mayor cuando no se extiende el contrato, de acuerdo con los análisis efectuados por la Contraloría General de la República contenidos en el documento “Análisis de la política de extensión de los contratos frente al de la Guajira área A” de enero de 2005 y que reposa en el expediente procesal.

¹⁸ Folios 1820 a 1836 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Advirtieron los actores populares que la extensión del plazo del contrato hasta el límite económico implica desposeer al Estado colombiano del dominio eminente y soberano que ejerce sobre las reservas de hidrocarburos y menoscaba la integridad territorial.

4.2. *Ministerio de Minas y Energía*¹⁹:

En memorial del 4 de agosto de 2011 el Ministerio de Minas y Energía presentó sus alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en las oportunidades procesales pertinentes.

4.3. *Perenco Colombia Limited*²⁰:

El 4 de agosto de 2011, en escrito presentado oportunamente, la entidad demandada reiteró los argumentos de defensa planteados en la contestación de la demanda.

Indicó, adicionalmente, que del material probatorio no se deriva la demostración de los daños a los derechos colectivos alegados y que, por el contrario, con la extensión del contrato de asociación se mejoraron las condiciones de Ecopetrol S.A.; para la demandada, tal como quedó consignado en el análisis financiero realizado por Ecopetrol para efectos de sustentar la extensión del contrato de asociación, en todos los escenarios de precios resultó más atractivo ampliar el plazo de ejecución el contrato, toda vez que su valor presente neto era mayor en 16,20 MUS\$ (escenario WTI Base), 21,34 MUS\$ (escenario Cera Medio), 27,84 MUS\$ (escenario Cera Alto) y 21,34 MUS\$ (escenario capitalización).

Finalizó solicitando declarar probadas las excepciones planteadas, negadas las pretensiones formuladas y exonerada esa empresa de cualquier daño o

¹⁹ Folios 1715 a 1741 *loc. cit.*

²⁰ Folios 1742 a 1750 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

perjuicio de los que, presumen los actores, fueron ocasionados, y se les condene en costas.

4.4. *Agencia Nacional de Hidrocarburos*²¹:

La ANH en escrito del 5 de agosto de 2011 reiteró lo expuesto en las oportunidades procesales precedentes y advirtió que de conformidad con el artículo 81 de la Constitución Nacional y los artículos 1 y 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares son de naturaleza preventiva, correctiva y con su procedimiento preferencial buscan evitar la causación de un daño contingente, lo que permite concluir que para que prospere la reclamación se debe establecer la existencia de un agravio real a los derechos colectivos, lo cual, en su concepto, fue desvirtuado con la contestación de la demanda y las pruebas obrantes en el proceso; precisó:

- La ANH en calidad de administradora de hidrocarburos de propiedad del Estado tiene la facultad de asignar las áreas de exploración y explotación.
- Para el ejercicio de sus facultades, la ANH puede celebrar contratos para otorgar derechos o para adelantar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, todo lo cual se encuentra sometido a la normatividad vigente.
- Entre las funciones asignadas a la ANH, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Decreto-Ley 1760 de 2003, no se incluye la ejecución de las operaciones propias de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

De lo anterior se deriva, para la demandada, que la participación de la ANH en el contrato de asociación "Garcero" se limitó a aprobar, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 7º del artículo 8 del Decreto-Ley 1760 de 2003, el otrosí de

²¹ Folios 1751 a 1759 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

extensión de dicho contrato, lo cual se concretó en el Acuerdo No. 2 del 29 de enero de 2008 por parte del Consejo Directivo de la ANH. La mencionada aprobación, además, se fundó en lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en el documento Conpes 3245 del 15 de septiembre de 2003 y los estudios de factibilidad, de análisis con mercados extranjeros, de rentabilidad y rendimientos financieros, lo cual fue corroborado con la prueba testimonial evacuada en el trámite procesal.

4.5. *Homcol Cayman Inc. y Hocol S.A.*²²:

En escritos separados, pero sustancialmente idénticos, ambos del 8 de agosto de 2001, las demandadas Homcol Cayman Inc. y Hocol S.A., presentaron sus alegatos conclusivos y reiteraron los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

Adicionalmente, precisaron que en este evento los accionantes no probaron los hechos de la demanda ni atendieron las órdenes judiciales para cumplir con ello, lo que genera la desestimación de sus pretensiones.

Afirmaron que las pruebas con que se acompañó la demanda son inconducentes, pues son extractos de libros que solo contienen conceptos subjetivos u opiniones de sus autores. Para las demandadas el escrito denominado "*denuncia pública: en defensa de las regalías pero primero en defensa de la explotación de los recursos naturales no renovables*" no puede ser considerado como prueba, pues contiene conceptos y comentarios descoordinados a disposiciones legales y reglamentarias que no han sido declaradas inexequibles o ilegales.

En relación con el documento de la Contraloría General de la República de enero de 2005 que obra en el plenario se advirtió que contiene conclusiones

²² Folios 1761 a 1781 y 1782 a 1803 *loc. cit.*, respectivamente.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

referentes a la extensión del contrato La Guajira Área A, las cuales no pueden hacerse extensivas al otrosí al contrato de asociación “Garcero”.

Por otra parte, aseguraron las demandadas que de la prueba documental aportada se evidencia que la extensión del contrato de asociación fue más favorable para los intereses del país, respecto de las ventajas que se obtendrían al realizar la operación directamente. Lo anterior, se evidencia del contenido mismo del otrosí, del cual se derivan beneficios por la transferencia de bienes y el usufructo oneroso de los mismos a favor de Ecopetrol; la sísmica que realizarían las asociadas; la perforación de nuevos pozos; los trabajos de reacondicionamiento para incorporar nuevas reservas; la participación en los costos de producción a partir de la suscripción de la extensión (76% Ecopetrol – 24% Asociados); los porcentajes de participación en las inversiones del 50% para cada una de las parte; la consulta de precios altos y de precios súper altos, los cuales determinan porcentajes incrementales dependiendo del aumento del costo del barril WTI; y el fondo de abandono.

Análogamente, advirtieron que se encontraba demostrado que de la valoración económica también resultaban más beneficiosos los escenarios de extensión que los de no extensión, pues el valor presente neto de la operación en caso de extensión siempre fue mayor al de no extensión en 7.12 MUS\$ (escenario WTI base), 11.29 MUS\$ (escenario Cera Medio), 21,6 MUS\$ (escenario de Capitalización).

Concluyeron que todos los documentos aportados coinciden en afirmar que era viable y legal extender los contratos de asociación siempre que de la evaluación efectuada se arrojara, en beneficio de Ecopetrol, un mayor valor presente neto frente a los ingresos que tendría la Nación si optara por el mecanismo de reversión o por la explotación directa, sienta entonces la extensión del contrato, en opinión de las demandadas, una medida racional y lógica que da certeza a la desestimación de las pretensiones de la demanda.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

4.6. Ecopetrol S.A.²³

En la oportunidad procesal respectiva, Ecopetrol S.A. en documento del 8 de agosto de 2011, reiteró sus argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda e indicó que de las pruebas allegadas al proceso no podía deducirse la infracción de los derechos colectivos alegados por los demandantes.

Aseguró, por otra parte, que el concepto de la Contraloría General de la República de enero de 2005, fue tenido en cuenta en el otrosí al contrato de asociación "Garcero", en lo que tiene que ver con el tema de incrementos de precios internacionales, para con ello generar un mejor negocio para el Estado, tal como se advierte de su cláusula 6 (derecho de precios altos), en la que se pactó un beneficio adicional para Ecopetrol en la eventualidad en que se den en el mercado internacional precios que superen el precio base.

5. Providencia apelada

En sentencia del 4 de noviembre de 2011 el Tribunal Administrativo de Casanare accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y apoyó tal corolario en las siguientes consideraciones:

5.1. En primer lugar, el *a quo* encontró que en el *sub lite* se había planteado el problema jurídico que pasa a transcribirse:

"¿Ecopetrol S.A. y demás entidades accionadas (Nación – Ministerio de Minas y energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Perenco Limited, Hocol S.A. y Homcol Caimán Inc.) violaron o no los derechos e intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y la libre competencia económica, según las

²³ Folios 1804 a 1819 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

previsiones del artículo 4 de la Ley 472/98, al haber extendido la vigencia del Contrato de Asociación Garcero desde el 1 de febrero de 2008 hasta el momento en que las Partes, de manera conjunta o cualquiera de ellas individualmente, consideren haber alcanzado el Límite Económico de la Explotación Petrolera en el Área Contratada?"

5.2. Para la resolución del problema planteado, el Tribunal, realizó un recuento de las normas que regulan la propiedad del subsuelo en Colombia y la explotación petrolera; puso de presente la exclusión que el Código de Minas (Ley 685 de 2001) y el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993) hacen en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos (artículos 2 y 76, respectivamente) y concluyó que la norma a aplicar en el *sub lite* es el Código de Petróleos contenido en el Decreto 1056 de 1953, modificado por la Ley 962 de 2005 y reglamentado por los decretos 2011 de 1986, 6924 de 1991, 625 de 1992, entre otros.

En punto de la legislación que regula el funcionamiento de Ecopetrol y de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, advirtió que de conformidad con el Decreto-Ley 1760 de 2003 la facultad de administrar los recursos petrolíferos de la Nación estuvo en cabeza de Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003 y que luego de tal fecha dicha atribución pasó a la ANH, *“quien era y es la facultada legalmente para suscribir los contratos en esta materia a través de su representante legal, que es el director, y previa aprobación de los contratos por parte del consejo directivo”*.

5.3. De lo anterior derivó el Tribunal que desaparecida la facultad de celebrar contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación en cabeza de Ecopetrol, quien debía y debe suscribir contratos de esa naturaleza es el director de la ANH, previa aprobación del Consejo Directivo de la entidad.

En el presente caso, indicó, quien suscribió el 31 de enero de 2008 el contrato adicional denominado otrosí al contrato de asociación “Garcero” es



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Ecopetrol, por lo que se configura una causal nulidad absoluta del contrato por incompetencia. Para el *a quo*, de acuerdo con el Decreto-Ley 1760 de 2003, Ecopetrol no tenía ni tiene la competencia para celebrar dicho contrato, pues la administración de hidrocarburos de propiedad de la Nación pasó a la ANH luego del 31 de diciembre de 2003 y la extensión del contrato de asociación "Garzero" se suscribió el 31 de enero de 2008.

5.4. Además, indicó el Tribunal, se presentó una violación flagrante del artículo 23 del Código de Petróleos, en virtud del cual el plazo de explotación era de 30 años contados a partir del vencimiento definitivo del periodo de exploración, comprendidas las prórrogas ordinarias y extraordinarias de éste, si las hubiere. Al extender el término del contrato de asociación se fijó un límite indefinido no previsto en la ley que denominaron "*límite económico de la explotación petrolera en el área contratada*", por lo cual, adicionalmente, el Tribunal halla razón al actor en punto de la violación del derecho colectivo de la libre competencia económica.

5.5. En cuanto a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, observó el *a quo* que no se había allegado prueba alguna de su vulneración por parte de las demandadas. En cuanto al detrimento alegado por los actores populares, el Tribunal manifestó que en la demanda se habían citado cifras sin el soporte fáctico correspondiente, por lo que no encontró demostrada la pretendida vulneración de tal derecho.

5.6. Luego de advertir la nulidad del contrato, en la sentencia impugnada entró a estudiar la reversión de los bienes afectos al contrato, los cuales entrarían a ser administrados por la ANH, entidad que sería la encargada de realizar la explotación por sí misma, a través de Ecopetrol o por intermedio de alguno de los contratos legalmente autorizados para el efecto, pero garantizando la libre competencia económica de entidades colombianas y extranjeras.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

5.7. En cuanto al incentivo a favor de los accionantes, si bien pone de presente su derogatoria por virtud de lo dispuesto en la Ley 1425 de 2010 y la posición unificada del Consejo de Estado sobre el particular, considera que la ley derogatoria no puede afectar los derechos a obtener el pago del incentivo por contrariar el principio de retroactividad de la ley y, en consecuencia, reconoce la suma equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5.8. Finalmente, como medidas provisionales, se ordenó la elaboración de un inventario de todos y cada uno de los bienes afectos al contrato de asociación "Garcero", con la indicación de su ubicación, estado y valor, a cargo de Ecopetrol y de la ANH, para lo cual se otorgó un plazo de 4 meses. La tenencia y administración de los bienes se dejó en cabeza de las asociadas mientras se produce el fallo definitivo, no obstante lo cual el director de la ANH se encontraría en la obligación de adoptar las medidas para evitar su distracción, pérdida, hurto, daño y, en general, las que correspondan a la administración de los bienes.

6. Recursos de apelación

6.1. *Perenco Colombia Limited*²⁴

Mediante escrito del 16 de noviembre de 2011 Perenco Colombia Limited sustentó su recurso de alzada en contra de la providencia de primera instancia, en los términos que a continuación se sintetizan:

6.1.1. El juez se excedió en su poder al ocuparse del estudio de la validez del contrato y dejó de lado el verdadero fin de la acción popular, cual es la preservación de los derechos colectivos. En el presente caso, tal como lo reconoce la sentencia impugnada no se encuentra prueba que la

²⁴ Folios 1968 a 1972 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

vulneración de los derechos colectivos y, por lo tanto, la acción para pretender la nulidad del contrato era diferente.

6.1.2. La ANH y Ecopetrol contaban con la voluntad, facultad y capacidad legal para aprobar y suscribir, respectivamente, la extensión del contrato de asociación "Garcero".

6.1.3. No comparte el reconocimiento del incentivo a los actores, para lo cual pone de presente la ley 1425 de 2010.

6.2. *Hocol S.A. y Homcol Cayman Inc*²⁵.

En escrito del 21 de noviembre de 2011 Holcol S.A. y Homcol Cayman Inc. sustentaron el recurso de apelación interpuesto, para lo cual señalaron, inicialmente, que el Tribunal se alejó de la resolución del problema jurídico que él mismo se había planteado y, en cambio de verificar si con la modificación del contrato de asociación "Garcero" se causaba agravio alguno a los derechos colectivos alegados por los actores, procedió a concluir que, de conformidad con el Decreto-Ley 1760 de 2003, Ecopetrol no era competente para suscribir tal negocio. Afirmaron los recurrentes que sólo al final de la argumentación se hace una breve alusión al derecho colectivo a la libre competencia que fue considerado infringido.

Indicaron que con el fallo de primera instancia se contrariaban las normas vigentes sobre competencia de Ecopetrol S.A. en materia de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, debido a una errónea interpretación del Decreto-Ley 1760 de 2003, pues la mencionada norma permitiría a Ecopetrol la suscripción del otrosí al contrato de asociación "Garcero".

²⁵ Folios 1973 a 1993 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En efecto, la interpretación del Tribunal respecto del Decreto-Ley 1760 de 2003 según la cual la facultad de administrar recursos petrolíferos de la Nación se radicó en cabeza de Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003 y que luego de ello le correspondió a la ANH “.. *quien por lo mismo era y es la facultada legalmente para suscribir los contratos en esta materia a través de su representante legal...*”, es equivocada, toda vez que la correcta hermenéutica del Decreto y, en especial, de su artículo 34, es que “...*se dejó en cabeza de Ecopetrol todo lo relacionado con la exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos que se hubieren celebrado hasta el 31 de diciembre de 2003...*”, por manera que bajo tal disposición quedó cobijado el contrato de asociación “Garcero”, celebrado el 5 de enero de 1981.

Continuaron las impugnantes señalando que para el 31 de enero de 2008, fecha del otrosí de extensión de contrato de asociación, Ecopetrol era la parte contratante del mismo y, por lo tanto, era función de tal entidad la exploración y explotación del petróleo de propiedad de la nación ubicado en el área objeto del referido negocio jurídico, de acuerdo con lo previsto en los ordinales 1º y 7º del artículo 34 del Decreto-Ley 1760 de 2003.

Para las impugnantes fueron desconocidas por el Tribunal las disposiciones contenidas en el Decreto 2288 de 2004, el cual reglamentó el Decreto-Ley 1760 de 2003 con respecto a la modificación de los contratos de asociación petrolera, en cuanto a la extensión de su vigencia.

Así las cosas, indicaron que el Tribunal hizo un análisis parcial de la legislación aplicable, omitiendo disposiciones que de manera clara evidencian la competencia de Ecopetrol para la suscripción del otrosí anulado por el *a quo*.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En relación con la aplicación del Código de Petróleos, estimaron las impugnantes que su artículo 23 regulaba, exclusivamente, los contratos de concesión y no los de asociación, pues aquellos desaparecieron de la vida jurídica para darle cabida a estos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 2310 de 1974.

Para las recurrentes, el Tribunal malinterpretó la cláusula de extensión del plazo de ejecución al señalar que se fijó un límite indefinido no previsto en la ley, lo cual resulta contrario a lo señalado en el artículo 2 del Decreto 2288 de 2004, el cual prevé la exploración y explotación de áreas “...hasta el agotamiento del recurso en el área respectiva...”.

El Tribunal, por otra parte, confundió la competencia funcional de Ecopetrol y la ANH atribuida por el Decreto-Ley 1760 de 2003, con el derecho a la libre competencia económica, pues hace afirmaciones inconsistentes con respecto a tal derecho; para las demandadas, las partes del contrato no pueden ser consideradas como agentes económicos que hubiesen adelantado acciones restrictivas de la libre competencia.

Señalaron, adicionalmente, que no se afectó la libre competencia porque los contratos de asociación se rigen por el derecho privado, lo que tiene como consecuencia que la parte asociada se escoja por la entidad contratante de acuerdo con particularidades y capacidades especialísimas, tales como la experiencia en campo, el *know how*, los equipos y herramientas, etc.

Aseguraron que no había fundamento legal o probatorio para entender violadas las normas constitucionales contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 13, 29, 80, 101, 332, 333, 334 y 360, pues en la demanda no se hizo un desarrollo lógico e intelectual del porqué de la violación de las normas indicadas; sin embargo, el Tribunal hizo eco de la petición y señaló su



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

violación sin sustentar las razones correspondientes, infringiendo así con la carga de fundamentación que se exige respecto de sus decisiones.

Finalmente, manifestaron que no compartían el reconocimiento del incentivo a los actores teniendo en cuenta que los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 habían sido derogados por la Ley 1425 de 2010.

6.3. *Ministerio de Minas y Energía*²⁶

En documento del 21 de noviembre de 2001 la entidad ministerial presentó la sustentación al recurso de impugnación formulado, en donde subrayó que la motivación y argumentación presentada por el Tribunal no estableció ni demostró la vulneración real y probada del derecho e interés colectivo a la libre competencia y mucho menos demostró la supuesta incompetencia de Ecopetrol para suscribir el otrosí al contrato de asociación "Garcero".

El Ministerio de Minas y Energía observó que para la fecha de celebración del contrato de asociación (5 de enero de 1981) se encontraba vigente el Decreto Legislativo 2310 de 1974 que cambió el sistema de contratación petrolera de concesión al sistema del contrato de asociación, por lo que las disposiciones relativas al contrato de concesión no resultan aplicables al *sub lite*. Aseguró, en ese sentido que al contrato de asociación le son aplicables las normas vigentes al momento de su celebración de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 Ley 153 de 1887, por lo cual no puede aplicarse el artículo 23 del Código de Petróleos, el cual hacía referencia a los contratos de concesión y no a los de asociación.

En cuanto a las normas de funcionamiento de la ANH y Ecopetrol, consideró que luego del Decreto-Ley 1760 de 2003, particularmente de lo dispuesto en el ordinal 3º de su artículo 5, corresponde a la ANH diseñar, promover,

²⁶ Folios 2007 a 2039 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

negociar, celebrar, hacer seguimiento y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación.

Agregó que el Tribunal confundió el otrosí al contrato de asociación con un contrato adicional, cuando aquel solo comportó una extensión al término del contrato y no modificó ni el objeto ni la naturaleza del contrato de asociación.

En relación con el derecho colectivo a la libre competencia económica indicó que no se demostró su violación al restringir la libertad de participación de un agente económico en particular y, mucho menos, se demostró la afectación real al colectivo social. En efecto, no se explicó en el falló cómo la extensión del contrato de asociación "Garcero" afectó, supuestamente, este interés o derecho colectivo y los actores, por su parte, no lograron demostrar su vulneración y se limitaron a solicitar, sin fundamento jurídico válido, la nulidad del contrato de asociación.

6.4. *Ecopetrol S.A.*²⁷

En documento presentado oportunamente, Ecopetrol puso de presente el contexto en el cual fue suscrito el otrosí objeto de debate procesal, precisando que el mismo hace parte de una política económica estatal del Gobierno Nacional derivada del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 y concretada en el documento Conpes 3245 de 2003; la extensión de los contratos de asociación petrolera –explicó– fueron considerados como una alternativa válida para el abastecimiento y aseguramiento de producción de hidrocarburos en el territorio nacional, toda vez que la terminación de los contratos retrasaría los proyectos de inversión entre 3 y 8 años, lo cual no resultaba conveniente dada la coyuntura de la industria petrolera en el país.

²⁷ Folios 2073 a 2091 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Teniendo en cuenta lo indicado –continuó la impugnante– la Junta Directiva de Ecopetrol autorizó la extensión del contrato de asociación “Garcero”, antes “Cusiana”, mediante la firma de un otrosí, el cual se suscribió, legítimamente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 165 de 1948, el Decreto Especial 0030 del 9 de enero de 1951, el Decreto Legislativo 2310 de 1974, el Decreto 743 de 1975, la Ley 489 de 1998, Decreto-Ley 1760 de 2003, el Decreto 2288 de 2004 y la Ley 1118 de 2006.

Concluyó de lo anterior que Ecopetrol, en uso de las facultades de orden legal y reglamentario, en consideración a las políticas de orden público económico dispuestas para el sector petrolero en los Decretos 2310 de 1974 y 743 de 1975 suscribió el 5 de enero de 1981 el contrato de asociación “Cusiana”, luego denominado “Garcero” y, posteriormente, atendiendo la política petrolera contenida en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, dispuso de las actividades necesarias para determinar la conveniencia de extender el contrato de asociación mencionado.

En este orden de ideas, Ecopetrol realizó la valoración económica y social del negocio, obtuvo la aprobación de su Junta Directiva Ecopetrol para negociar la extensión y aquella del Consejo Directivo de la ANH para suscribirla, lo cual sucedió, efectivamente, obteniendo mejores condiciones para Ecopetrol.

De acuerdo con lo manifestado por la impugnante, el Tribunal incurrió en defectos de orden fáctico que constituyen una vía de hecho en la toma de la decisión. En efecto, para Ecopetrol el *a quo* valoró irregularmente las pruebas allegadas al proceso, entre ellas, el contrato de asociación, la autorización de la Junta Directa de Ecopetrol para suscribir el otrosí de extensión, la Resolución del Consejo Directo de la ANH que autoriza la suscripción del Otrosí, el acta 078 de la Junta Directiva de Ecopetrol y el



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

documento de la solicitud de autorización de Ecopetrol a la ANH para la firma del otrosí.

Para Ecopetrol, las pruebas antes referidas demostraron la legitimidad y cumplimiento de las formalidades sustanciales para celebrar la modificación del contrato de asociación "Garcero", contenida en el otrosí del 31 de enero de 2008.

Adicionalmente, se advirtió que existía error fáctico al considerar el otrosí como un nuevo contrato o contrato adicional y una aplicación indebida del artículo 10 del Decreto-Ley 1760 de 2003 al asignar una competencia al Director de la ANH que no le ha sido conferida, cual es la de suscribir las modificaciones que acuerde Ecopetrol con sus asociados.

Agregó que se incurrió en defecto sustantivo por el Tribunal de Casanare al dejar de aplicar lo dispuesto en el Decreto-Ley 1760 de 2003, norma que determina el alcance de pertenencia de Ecopetrol sobre áreas que tenía a cargo a diciembre de 2003, como también las que con posterioridad a dicha fecha le fueran asignadas por la ANH.

Finalmente, para Ecopetrol el *a quo* erró en la interpretación de las disposiciones al aplicar el artículo 23 del Código de Petróleos, el cual regula el extinto contrato de concesión, negocio jurídico que desapareció con el Decreto-Ley 2310 de 1974.

6.5. Agencia Nacional de Hidrocarburos²⁸

En documento del 29 de junio de 2012 la ANH sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, respecto de

²⁸ Folios 2146 a 2160 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

la cual afirmó ser “...un gravísimo precedente para la industria del petróleo y para las funciones que, con éxito, viene desarrollando...”.

En su recurso indicó:

6.5.1. Nulidad absoluta del contrato estatal en sede de acción popular: En sentencia de tutela del 29 de marzo de 2012 el Consejo de Estado en su Sección Segunda estimó que una providencia del Tribunal Administrativo del Magdalena que había anulado un contrato estatal en sede de acción popular era constitutiva de una vía de hecho. Igualmente, refirió la sentencia C-644 del 21 de agosto de 2011 de la Corte Constitucional en la que se analizan las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo relativas a las acciones populares y en la que se concluye que en sede de este tipo de acciones no es procedente la anulación de actos o contratos administrativos.

6.5.2. El ordinal 7º del artículo 8 del Decreto-Ley 1760 de 2003 invocado por el Tribunal como fundamento para la incompetencia de Ecopetrol para la suscripción de la modificación al contrato de asociación “Garcero” no estableció un límite temporal para que dicha entidad pudiera suscribir modificaciones a los contratos de exploración y explotación. Lo que la norma estableció, en opinión de la impugnante, fue que los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, esto es, hasta antes de la entrada en funcionamiento de la ANH (lo cual ocurrió el 1 de enero de 2004) quedarán en cabeza de Ecopetrol. En otras palabras, Ecopetrol mantuvo todas las áreas que tenía bajo operación directa, así como aquellas operadas a través de contratos de asociación firmados hasta el 31 de diciembre de 2003, entre ellos “Garcero”.

6.5.3. Aseguró que extender el plazo de un contrato de asociación hasta el límite económico de su explotación no es violatorio de la libre competencia.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En primer lugar, sustenta su afirmación en que en el documento Conpes 3245 de 2003 que recomendó la extensión de los contratos de asociación petrolera como una alternativa para el abastecimiento y aseguramiento de la producción de hidrocarburos en el territorio nacional. Indicó que el mismo documento Conpes recomendó la extensión de los contratos hasta su límite económico y Ecopetrol encontró acertada esa opción luego de efectuar los análisis correspondientes. Así, por lo tanto, considerando las condiciones particulares y el entorno económico y político, la ANH no consideró necesaria la apertura de procesos de contratación y, en cambio, autorizó la extensión del contrato de asociación "Garcero". Afirmó la impugnante que en materia de hidrocarburos el derecho a la libre competencia económica tiene múltiples excepciones, derivadas de las particularidades de la industria, el entorno político, técnico, geológico, económico social y ambiental de la Nación.

7. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En auto del 5 de abril de 2013, se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para alegar de conclusión²⁹. En esta etapa intervinieron, para reiterar sus argumentos previos, Hocol S.A., Homcol Cayman Inc., la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Ecopetrol S.A. y los demandantes.

Estos últimos solicitaron, nuevamente y no obstante no haber presentado recurso de alzada, la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público; así mismo, requirieron la incorporación a la demanda de los tres otrosíes a los contratos de asociación Estero, Corocora y Orocué.

II. CONSIDERACIONES

²⁹ Folio 2390 *loc. cit.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver el presente asunto sometido a su conocimiento, para lo cual **(1)** definirá sobre su competencia, **(2)** estudiará un asunto procesal previo al análisis de fondo, **(3)** fijará el litigio en esta instancia, **(4)** reiterará la posición de la Corporación en relación con la naturaleza y alcance de las acciones populares y su procedencia en materia de contratación estatal y la declaratoria de nulidad, y finalizará **(5)** concretando los aspectos generales estudiados al caso concreto.

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por algunos de los demandados contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 4 de noviembre de 2011, de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el ordinal 14º del artículo 132 del mismo estatuto. Además, por disposición del artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de las acciones populares que versen sobre contratos estatales y las que pretendan la protección de la moralidad administrativa.

2. Asunto procesal previo: pruebas documentales en el sub judice

La Sala encuentra que parte del material probatorio que reposa en el expediente procesal se encuentra en copia simple, en particular, algunos de los actos contractuales, así como soportes y antecedentes de los mismos.

No obstante lo anterior, a pesar de no haberse dado cumplimiento a la ritualidad de autenticación de algunas de las copias aportadas, tal como lo previene el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil –aplicable en virtud de las disposiciones integrativas contenidas en los artículos 44 de la



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Ley 472 de 1998 y 267 del Código Contencioso Administrativo–, esta Sala encuentra oportuno y necesario acoger, nuevamente, el criterio de la Sala Plena de la Sección Tercera que, en sentencia de unificación jurisprudencial, otorgó pleno valor probatorio a los documentos así aportados bajo precisas circunstancias que se pasarán a constatar en el caso en concreto³⁰.

En primer lugar, conviene prevenir que el trámite procesal, íntegro, ha gozado de un decurso pacífico en cuanto a los medios de convicción que reposan en el expediente respectivo y, en particular, los acuerdos de voluntad a los que arribaron Ecopetrol y sus asociadas, así como los antecedentes contractuales.

En efecto, desde el escrito introductorio, hasta las alegaciones de conclusión de la segunda instancia, todos los intervinientes han debatido en torno de los documentos aportados, otorgándoles plena validez, cual si fueran los documentos auténticos. Teniendo la oportunidad de tachar o controvertir su contenido –*rectius*: ejercer su derecho de contradicción–, en cambio, se han afirmado en lo que en ellos se expresa –al margen de las interpretaciones que convienen a sus particulares intereses de ataque o defensa–. Esta circunstancia particular ofrece al juzgador plena confianza en torno de la veracidad de los medios de convicción que integran el proceso y le impedirían hacer de lado el interés manifiesto, expresa o implícitamente, de las partes en la valoración de los documentos por ellas aportados o apreciados como ciertos.

Por otra parte, en consonancia con la sentencia de unificación, advierte la Sala que, en esta oportunidad, aquello que pretende ser probado por las partes mediante las copias simples aportadas no encuentra legislativamente cualificación específica en materia probatoria. En efecto, ni los actos

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

contractuales, ni sus soportes, requieren, de acuerdo con la ley, una prueba solemne especial, como sería el caso de la acreditación del estado civil, la prueba del título ejecutivo o el acto de protocolización de un negocio jurídico de transferencia de dominio de un bien inmueble, motivo por el cual no se quebranta el orden público al otorgar validez probatoria al material de convicción que conforma el presente trámite.

De acuerdo con lo anterior, la Sala, en aras de respetar el principio constitucional de la buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la totalidad de la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada, en su veracidad, por ninguno de los intervinientes.

3. Fijación del litigio en esta instancia

3.1. Tal como se dejó visto en la primera parte de la presente providencia, los demandantes, en general, cuestionan la constitucionalidad de la totalidad de las relaciones contractuales de exploración y explotación de hidrocarburos en el país, pues en su opinión el artículo 360 no ha sido objeto de desarrollo legislativo y, por lo mismo, las actuaciones adelantadas con posterioridad a 1991 no gozan del respaldo normativo necesario.

En particular, las demandantes solicitan la anulación del documento contractual modificatorio suscrito el 31 de enero de 2008 entre Ecopetrol S.A. y sus asociadas (Perenco Colombia Limited, Hocol S.A. y Homcol Cayman Inc.), por el cual se acordó la extensión de la vigencia del contrato de asociación "Garcero", pues, en su concepto, tal acuerdo de voluntades resulta lesivo de los derechos colectivos a la moralidad pública, el patrimonio público y la libre competencia económica.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

3.2. Ahora bien, advertidos los ataques impugnatorios formulados por algunas de las demandadas, los cuales, por regla general, determinarían el marco competencial de la Sala para el estudio del asunto sometido a su consideración *-tantum devolutum quantum appellatum-*, serían sólo dos los asuntos a abordar en esta instancia relacionados, ambos, con la declaratoria de nulidad del denominado “*otrosí de extensión del contrato de asociación Garceró*” (cfr. *infra* numerales II.3.2.1. y II.3.2.2.).

3.2.1. El primer asunto que debe abordarse corresponde a aquel relacionado con la competencia del juez constitucional –en este caso el Tribunal del Casanare y ahora esta Corporación– para, en sede de la acción popular, proceder a la declaratoria de nulidad del negocio jurídico antes referido por incompetencia absoluta de Ecopetrol para su suscripción.

El anterior tópico ha de ser resuelto, imperativamente, en la medida en que fue una constante en las impugnaciones formuladas contra el fallo objeto de estudio, tal como se dejó visto.

3.2.2. Posteriormente, debe la Sala determinar si, tal como lo evidenció el Tribunal del Casanare, se infringió el artículo 23 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) y si, con ello, resultó conculcado el derecho colectivo a la libre competencia. De ser afirmativa la respuesta a la cuestión así planteada debería determinarse, posteriormente si, además, ello permite sustentar la declaratoria de nulidad.

Resueltos los asuntos planteados, la Sala podrá abordar, de ser necesario, los demás aspectos señalados en las impugnaciones presentadas.

3.2.3. Antes de estudiar los asuntos indicados, debe la Sala, sin embargo, referirse a las solicitudes planteadas por los actores populares en el documento de alegatos en esta instancia, en el que reiteran, por una parte, la necesidad



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

de declarar la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, y, por otra, solicitan adicionar al presente trámite el estudio de 3 "otrosíes" diferentes al que fue objeto de la demanda inicial.

3.2.3.1. En relación con el primer aspecto, debe indicarse que de acuerdo con la más reitera jurisprudencia del Consejo de Estado, tal como se refirió en inmediata precedencia, la competencia del juez de segunda instancia, en los procesos ordinarios, está limitada por los argumentos impugnatorios contenidos en el recurso de alzada, por manera que el recurrente debe indicar oportunamente, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez³¹.

A la conclusión antes indicada podría arribarse, también, para el caso de las acciones populares, pues como ya ha tenido oportunidad de afirmarlo la Corporación, al trámite de este tipo de acciones de raigambre constitucional resulta aplicable el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, por virtud de las remisiones efectuadas por los artículos 267 y 44 del Código Contencioso Administrativo y de la Ley 472 de 1998, respectivamente, por manera que el juez de segunda instancia podría ver limitada su competencia a los asuntos materia de impugnación, sin que por ello dejen de resultar procedentes las dos excepciones contenidas en el artículo 357 citado, las cuales habilitan al juez a superar el límite impuesto cuando sea indispensable modificar puntos

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de agosto del 2008, expediente 14638, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 31170, C.P. Enrique Gil Botero, auto del 1 de abril de 2009, expediente 32800, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, en la que se indicó: "*De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional*". Sobre el mismo particular Vid, auto de la Sala Plena de la Sección Tercera del 9 de febrero de 2012, expediente 21060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

íntimamente ligados con la impugnación y cuando ambas partes presenten el recurso, caso en el cual la competencia del superior es ilimitada³².

No obstante lo anterior, la Sala considera necesario replantear la posición expuesta, pues la misma no se acompasa, con estrictez, a la naturaleza y finalidad de las acciones populares, en las que, como se ha indicado, las facultades oficiosas del juez se ven acentuadas, y se debe privilegiar, con mayor desprendimiento del rigorismo procesal, el derecho sustancial en garantía de los derechos colectivos posiblemente afectados.

Para efectos de lo anterior, en primer lugar, ha de indicarse que el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, al imponer como único recurso contra las sentencias proferidas en el trámite de las acciones populares el de apelación –lo que supone, evidentemente y como lo ha referido la Corporación, que contra las mismas no puedan interponerse recursos extraordinarios³³–, establece que el mismo procederá “...en la forma y oportunidad señala en el Código de Procedimiento Civil”, lo que supone que resultan aplicables al trámite de la apelación de la sentencia de la acción popular el artículo 350 y siguientes del estatuto procesal, siempre que refieran –por supuesto– “a la forma y oportunidad” del recurso.

Así las cosas, atendiendo el dictado del párrafo 1 del artículo 352 *ejusdem*, cuya aplicación se precisa en las acciones populares, en tanto refiere a la “forma” como debe interponerse el recurso de apelación, corresponde al impugnante “...sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo”, expresando, “... en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia”.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de agosto de 2007, expediente 2002-00851, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

³³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Plena, auto del 13 de febrero de 2003, expediente 11001-03-15-000-2003-0082-01(Q-047), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-337 del 14 de mayo de 2002, M.P. Clara Inés Vergas Hernández.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En relación con la carga de sustentación advertida, debe la Sala subrayar que no ha sido constante en el procedimiento civil, pues el artículo 352 aprobado originalmente con el texto del Decreto 1400 de 1970 no la estableció. Posteriormente, con la Ley 2 de 1984 se hizo obligatoria, so pena de declarar desierto el recurso, y con el Decreto 2282 de 1989 se revertió la situación a la inicialmente prevista por la legislación procesal. Sólo hasta la expedición de la Ley 794 de 2003 se implementó, nuevamente y hasta la actualidad, la necesidad de sustentar el recurso.

Visto lo anterior, no puede dejarse pasar por alto que para la fecha de promulgación de la Ley 472 de 1998³⁴ -e incluso para la de su vigencia³⁵-, no era requisito para la admisión del recurso de apelación su sustentación, por suerte que el único límite competencial para el juez de segunda instancia estaría dado por lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en tanto se consideraba interpuesto en lo que la sentencia resultara desfavorable para el apelante, sin más límites.

Por otra parte, encuentra la Sala que la naturaleza de los derechos e intereses involucrados en el trámite de las acciones populares ha impuesto un criterio interpretativo que privilegia la garantía de los referidos derechos e intereses más allá del rigorismo procesal; así, por ejemplo, ha atemperado las consecuencias de la estrictez del principio de congruencia³⁶, advirtiendo, además, la acentuación de los deberes officiosos del juzgador³⁷⁻³⁸ y ha

³⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 43.357 de agosto 6 de 1998.

³⁵ De conformidad con su artículo 86 previó que entraría en vigencia 1 año después de su promulgación.

³⁶ Ver, entre otras providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de mayo de 2007, expediente 2003-01252, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 31 de julio de 2008, expediente 2005-00240, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 2 de septiembre de 2009, expediente 2004-02418, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁷ En relación con el principio inquisitivo en el trámite de las acciones populares, la Corporación ha señalado: "...el proceso se encuentra guiado por un principio de officiosidad según el cual, promovida una acción popular es obligación del juez impulsarla y producir decisión de mérito (Art. 5 Ley 472/98), y cuyas manifestaciones en la Ley son, entre otras, las siguientes: si no se



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

considerado procedente la apelación de ciertos autos, no obstante lo previsto en el artículo 36 de la Ley 472, con lo que, atendiendo a la naturaleza constitucional de la acción y que ella resulta ser un instrumento para la garantía, protección y aplicación de los derechos colectivos, se hace exigible que su desarrollo legal e interpretación busquen la efectiva aplicación de estos últimos³⁹.

En punto de la interpretación, si se quiere, benévola o flexible, de los dictados procesales propios de la acción popular, en sentencia de esta Corporación

determinan en la demanda los posibles responsables de la amenaza o vulneración a los derechos colectivos, corresponderá al juez determinarlos (Art. 14 Ley 472/98); el juez puede decretar medidas cautelares de oficio en cualquier estado del proceso para prevenir daños inminentes o para cesar el que se hubiere causado (Art. 25 Ley 472/98); de la misma forma, el juez puede ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluidas estadísticas de fuentes que ofrezcan credibilidad y conceptos a manera de peritaje dictados por entidades públicas (Art. 28 Ley 472/98); además (como el mayor poder concedido al juez), en la sentencia podrá ordenar conductas de hacer o no hacer a las autoridades administrativas, condenar al pago de perjuicios y exigir las conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior cuando fuera físicamente posible (Art. 34 Ley 472/98)". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de octubre de 2007, expediente 2002-02514, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁸ En punto de la tensión existente entre la adecuada protección de los derechos colectivos protegidos mediante la acción popular y el derecho al debido proceso de los demandados, la Corporación en sentencia del 2 de septiembre de 2009 –previamente citada–, precisó: "...se ha elaborado una línea jurisprudencial que reconoce la amplitud con que cuenta el juez de la acción popular para adoptar y determinar todo tipo de medidas (de dar, hacer o no hacer) encaminadas a la satisfacción y garantía de los derechos cuya trasgresión se haya verificado; de otra parte, se ha avalado la posibilidad con que cuenta el juez de la acción popular de estudiar hechos que se produzcan a lo largo del proceso, y que por lo tanto no fueron planteados desde el inicio de la demanda, siempre y cuando los mismos tengan una relación con la causa petendi fijada en aquella, así como la posibilidad de amparar derechos colectivos disímiles a los precisados en el libelo introductorio, siempre y cuando, se itera, estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso. En efecto, esta postura intermedia, en términos del principio de proporcionalidad satisface el objetivo de las acciones populares, pero de otro lado respeta los parámetros de los derechos de los demandados en un proceso de esta naturaleza.

"En esa perspectiva, admitir que el juez de la acción popular falle sobre hechos absolutamente desconocidos y que no fueron objeto del debate a lo largo del proceso, supone sorprender a los demandados, puesto que es precisamente en la sentencia donde aparecerían definidos esos supuestos fácticos que hasta ese momento eran ignorados, por no haber sido, se insiste, materia del debate jurídico y probatorio".

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 13 de abril de 2000, expediente AP-0011, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Ver, también: Corte Constitucional, sentencia T-594 del 9 de junio de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

del 26 de septiembre de 2013⁴⁰, luego de observarse que el demandante en el recurso de apelación interpuesto había incluido argumentos nuevos en relación con las normas supuestamente violadas por la entidad demandada y la mala fe de ésta –lo cual se replicó en los alegatos de conclusión de la segunda instancia–, se precisó que el juez de la acción popular se encuentra en la obligación de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal y a impulsar oficiosamente el proceso, lo cual lo habilitaba para pronunciarse sobre todos los argumentos aducidos por el actor en las distintas etapas del proceso, siempre que estuvieran relacionados con los hechos planteados en la demanda, se encontraran demostrados y hubiesen sido objeto de contradicción.

Pues bien, de lo dicho en precedencia, la Sala concluye que el límite competencial del juez de segunda instancia en el trámite de acciones populares no puede estar definido por una regla idéntica a la del proceso ordinario –considerando además el estado actual de la legislación, tal como se dejó visto– restringiendo el análisis del juez constitucional a lo indicado oportunamente por el impugnante, especialmente cuando la protección de los derechos o intereses colectivos cuya afectación o amenaza fue alegada, pero no acogida por el juez *a quo*.

En eventos como los señalados, en el trámite de segunda instancia deben ser considerados no sólo los argumentos expuestos por el impugnante, sino, también, todos aquellos otros que, sin resquebrajar la garantía del debido proceso, puedan ser utilizados para evitar la afectación de los derechos colectivos en discusión o, dicho en otras palabras, lleven al convencimiento del juez la necesidad de revocar o modificar la decisión que se revisa. Siguiendo las voces del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, corresponderá al *ad quem* estudiar, además de lo referido en el recurso de alzada, todo aquello

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de septiembre de 2013, expediente 2011-00530 AP, C.P. Jaime Orlando Santofimio.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

que haya resultado desfavorable al actor popular y que guarde relación con el interés superior cuya protección se deprecia, garantizando, eso sí, que las decisiones que al respecto se adopten estén fundadas en hechos planteados en la demanda –o la evolución o extensión razonable y lógica de los mismos–, se encuentren debidamente demostrados y, por supuesto, hayan gozado de la plena garantía de contradicción.

En el caso concreto, atendiendo a la solicitud de la parte actora –no impugnante–, debe indicar la Sala que no podría entrarse a estudiar la alegada afectación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, pues conforme con lo hasta aquí dicho, la sentencia de primera instancia le resultó favorable a los actores populares, en tanto se acogió la solicitud de nulidad pretendida y, por lo mismo, a la luz del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, los aspectos que pueden ser objeto de análisis, sin consideración o limitación a la impugnación, son los que le resulten desfavorables al apelante, los cuales, en el *sub lite*, refieren esencialmente a la declaratoria de nulidad del contrato de asociación “Garcero” y, por lo tanto, afectan a las entidades públicas y privadas a las que se les imputa la afectación de los derechos colectivos.

3.2.3.2. En punto de la adición de 3 “*otrosés*” diferentes a los indicados en la demanda formulada, la Sala ha de afirmar el deber del juez popular de respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido y el *petitum* –las pretensiones– y la *causa petendi* –los hechos que le sirven de fundamento–, aunque, como se resaltó en extenso en el numeral que precede inmediatamente, en sede popular no reviste el carácter absoluto que tiene, por regla general, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo.

En cuanto hace específicamente a la *causa petendi*, la Corporación ha señalado que el fallador en sede popular, no obstante sus amplios poderes,



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

tiene restricciones fundadas en el respeto al debido proceso, pues aunque puede pronunciarse sobre el curso que los hechos vayan tomando mientras se tramita el proceso –en tanto la vulneración del derecho colectivo puede continuar su curso durante el trámite de la acción–, no le está permitido invocar otros hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda, pues ello nada menos que significa modificar, *motu proprio*, la conducta trasgresora, en franca violación del derecho fundamental al debido proceso, a las garantías procesales y al equilibrio entre las partes, que en sede popular están expresamente protegidos por el artículo 5º de la Ley 472. Dijo la Sala:

“1.2 Aunque la sentencia puede referirse al curso que vayan tomando los hechos y no sólo los invocados en la demanda, como en este caso que aunque aludía en un comienzo exclusivamente al proceso de selección del operador, es posible que aborde su resultado: el contrato mismo suscrito; no le es dado cambiar sustancialmente, como se intenta en el sub lite, en las alegaciones y en la apelación, la conducta trasgresora invocada en la demanda y traer ahora asuntos nuevos, sobre los cuales los accionados no tuvieron oportunidad de pronunciarse dentro del proceso.”⁴¹

De modo que el juez de la acción popular también debe observar el principio de congruencia (artículo 305 Código de Procedimiento Civil), según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos invocados que impone la garantía del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 superior) y que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en procesos ordinarios, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae, exclusivamente, a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando -ha precisado la Sala- *“...la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda”⁴².*

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, expediente 2005-00004, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 2007, expediente 2004-00640, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Conviene destacar que el aparte b) del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, dentro de los requisitos de la demanda, exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición, en orden a garantizar el derecho de defensa del accionado. A este propósito ha de reiterarse el criterio de la Sala:

*"(...) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso."*⁴³

En consecuencia, la Sala no entrará a estudiar los negocios jurídicos requeridos en los alegatos de conclusión por parte de los actores populares, pues no siendo la oportunidad procesal pertinente para adicionar la demanda, hacerlo en esta instancia comportaría, además, una actuación violatoria del derecho de contradicción de los accionados.

4. Naturaleza y alcance de las acciones populares. Procedencia en materia de contratación estatal y declaratoria de nulidad.

4.1. Conforme con su regulación, objeto y finalidad, las acciones populares corresponden a un mecanismo de control de la actividad administrativa en punto de evitar o remediar actuaciones u omisiones que

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2006, expediente 2003-00239, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

afecten o puedan concluir en la afectación, menoscabo, detrimento o vulneración de derechos colectivos previamente identificados constitucional o legalmente. Se trata, sin más, de un juicio encaminado a prevenir o remediar un daño colectivo causado o por causar con la intervención, activa o pasiva, de una autoridad pública.

Esta acción constitucional, que no administrativa, aunque sí, en veces, de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa por virtud de las calidades de los sujetos procesales que intervienen (artículo 15 de la Ley 472 de 1998), a diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio (artículo 86, inciso 3º y el número 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (artículo 9 de la ley 393 de 1997), ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y, por ello, su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial⁴⁴.

Sobre el particular, de forma reiterada, ha sostenido la Corporación:

“La Sala tiene determinado que la acción popular no es subsidiaria, supletiva o residual, conclusión a la que se arriba de lo dispuesto por la ley 472, en particular en el artículo 1º que se ocupa del objeto de la ley, en el artículo 2º que define las acciones populares, en el artículo 9º relativo a la procedencia de las acciones populares y en el artículo 34 que señala el contenido de la sentencia popular.

“En efecto, la acción popular está dotada de un carácter autónomo o principal, en razón a los móviles, motivos o finalidades de este instituto procesal que no son otros que la efectiva garantía de los derechos constitucionales objeto de tutela colectiva, cuando quiera que se

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 2008, expediente 2005-00240, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

produzca un daño o agravio a un interés cuya titularidad recae en la comunidad, en el marco de un nuevo derecho solidario que responda a fenómenos nuevos en la sociedad, como se indicó en la Constituyente. Consultada la historia fidedigna del establecimiento del artículo 88 Constitucional se tiene que los delegatarios a la ANAC asociaron la autonomía de estas acciones con la naturaleza misma de los derechos objeto de tutela colectiva:

'Los derechos en cuestión propenden por la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida. Por su naturaleza e importancia, requieren un reconocimiento en la nueva Carta que fomente la solidaridad entre los habitantes del territorio nacional para la defensa de vitales intereses de carácter colectivo y que propicie la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección (...) De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender los intereses de la comunidad (...)'⁴⁵.

"Con fundamento en ello, la Sala ha señalado que la acción popular no es subsidiaria sino principal:

'Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad⁴⁶ y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias⁴⁷ pertinentes.

'(...) Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo) en modo alguno torna improcedente su interposición.

'(...) En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción

⁴⁵ Cita original del texto transcrito: "ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda et al., en GACETA CONSTITUCIONAL No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, p. 21 y ss".

⁴⁶ Cita original del texto transcrito: "Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico, Los Derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36".

⁴⁷ Cita original del texto transcrito: "Su finalidad es pública; no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos" (RODAS, Julio César. Marco Constitucional de los derechos colectivos, en Acciones Populares: documentos para debate, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 175). En el mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T 008 de 1992, T 528 de 1992, T 427 de 1992, T 437 de 1992, T 067 de 1993, T 163 de 1993, T 225 de 1993, T 231 de 1993 y T 254 de 1993".



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario⁴⁸; a contrario sensu, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados⁴⁹, como se vio anteriormente.¹⁵⁰

"En tal virtud, ese carácter principal está subordinado a que el móvil sea efectivamente la protección y tutela de derechos de carácter colectivo, habida cuenta que esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia está supeditada a que se busque la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos⁵¹ o supraindividuales, de pertenencia difusa⁵² que dan lugar a una legitimación

⁴⁸ Cita original del texto transcrito: "La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado una y otra vez el carácter subsidiario del amparo constitucional. En la primera sentencia proferida por esa Corporación se afirmó sin ambages: 'la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce'. (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 001 de 1992)".

⁴⁹ Cita original del texto transcrito: "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de diciembre de 2001, Exp. AP 221, C.P. Alier E. Hernández Enríquez: Tales derechos 'intrínsecamente, deben poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad' (Sentencia de 16 de marzo de 2000, Exp. AP 021), pues 'responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida' (sentencia AP 043 de 1 de junio de 2000)".

"La defensa judicial de un derecho colectivo: 'no supone la existencia de una verdadera litis, pues su objeto no es la solución a una controversia, sino la efectividad de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o que las cosas vuelvan a su estado anterior si fuere posible' (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2003, Exp. AP 11001031500020021011-01)".

⁵⁰ Cita original del texto transcrito: "CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 5 de octubre de 2005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandado: Amadeo Tamayo Morón, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez".

⁵¹ Cita original del texto transcrito: "CAPPELLETTI, Mauro, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975 ».

⁵² Cita original del texto transcrito: "NICOTRA, Norberto, La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina, en V.V.A.A. Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos, Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo, Defensoría del Pueblo, Biblioteca de Derechos Colectivo, Ed. Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 74".



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

colectiva en cabeza de la comunidad⁵³, bienes que son a la vez de cada uno y de todos⁵⁴ como un 'remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos' en palabras de Sarmiento Palacio⁵⁵.

"Conforme a lo anterior, aunque por su carácter principal puede concurrir - como lo ha señalada la Sala- con la existencia de otros medios de defensa judicial⁵⁶, su procedencia está subordinada a que mediante su interposición se pretenda la tutela de un interés o derecho colectivo."⁵⁷

4.2. En cuanto a la procedencia de la acción popular cuandoquiera que la conducta que vulnera el derecho o interés colectivo se manifieste en un contrato estatal, la jurisprudencia de la Corporación –particularmente de la Sección Tercera– ha sido reiterativa en señalar tal posibilidad, toda vez que, como ya se indicó, se trata de un instrumento procesal principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta lesiva.

El artículo 40 de la Ley 472 de 1998 indica que *"...para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso"*.

⁵³ Cita original del texto transcrito: "BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Las acciones populares, Ediciones Forum Pacis, 1993, p. 13".

⁵⁴ Cita original del texto transcrito: "BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José María Bosch, primera edición, Barcelona, 1995, p. 81".

⁵⁵ Cita original del texto transcrito: "SARMIENTO PALACIO, Germán, Las acciones populares en el derecho privado, Cabildo, No. 14, mayo de 1989".

⁵⁶ Cita original del texto transcrito: "Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, SECCIÓN PRIMERA, Auto de mayo 24 de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP 571, Actor Mario Efrén Sarmiento Riveros y otros contra la Superintendencia de economía solidaria; SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez".

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 2007, radicado 190012331000200401678 01 AP, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En consonancia, el artículo 9º *eiusdem* al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que estas proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, supuesto normativo que, evidentemente, cobija a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse, entre otros principios, por los de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, en tanto ella se constituye en un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado.

Ha sostenido la Sala que si bien la Ley 472 de 1998 no estableció, expresamente, que los contratos estatales pueden ser objeto del examen de legalidad a través de la acción popular, el ser la relación jurídico negocial pública "*...un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo*"⁵⁸ (resalta la Sala).

Por contera, las irregularidades en las que puede incurrirse en desarrollo de la gestión contractual del Estado, en tanto comisivas u omisivas, pueden constituirse en fuente productora de vulneración actual o potencial de derechos o intereses colectivos y, por lo tanto, pasibles de control a través de la acción constitucional en comento.

4.3. En punto de las determinaciones que pueden adoptarse en caso de verificar que, en efecto, el acto contractual es la fuente productora de la amenaza o afectación del derecho o interés colectivo, en armonía con el

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002, expediente 2000-01059 (AP-518), C.P. Ricardo Hoyos Duque.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el juzgador se encuentra en la posibilidad de examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y Ley 80 de 1993), y que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo⁵⁹.

En tal sentido, la Sala reitera el criterio según el cual el juez de la acción popular puede decretar la nulidad absoluta del contrato siempre que constate, efectivamente, la amenaza o vulneración de un derecho de naturaleza colectiva⁶⁰.

La Sala ha sostenido sobre el particular:

“De conformidad con lo expuesto hasta el momento, en aquellos casos en los cuales la legalidad del objeto jurídico cuestionado es la causa, o un factor determinante, para la indagación acerca de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, el juez válidamente podrá hacer el análisis correspondiente y tomará las decisiones a que haya lugar, debido a que en tal escenario confluyen en un mismo punto de relevancia jurídica los intereses colectivos y los intereses subjetivos propios de las acciones ordinarias.

“En observancia de lo anterior, la Sala considera que el juez popular podrá declarar la nulidad del acto o contrato, siempre que concurren dos elementos:

*“...**se pruebe la amenaza o vulneración de los derechos colectivos**, y*

*“...**se pruebe que los actos administrativos están incursos en alguna de las***

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, expediente 2001-01588, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁶⁰ Posición jurisprudencial contenida, entre otras sentencias, en las siguientes de la Sección Tercera de la Corporación: 5 de octubre de 2005, expediente 2001-01588, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 21 de febrero de 2007, expediente 2005-00690, C. P. Enrique Gil Botero y 22 de febrero de 2007, expediente 2004-00726, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

causales de nulidad prescritas en el artículo 84 del código contencioso administrativo.

"En tal sentido, en los casos en los cuales se pretende la protección de un derecho colectivo y al mismo tiempo se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, una vez hecho el análisis del material probatorio, el juez puede llegar a las siguientes conclusiones:

"que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, caso en el cual se procederá con la suspensión o anulación del acto administrativo correspondiente, para amparar los derechos colectivos;

"...que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal: en este supuesto no sería posible jurídicamente suspender o anular el acto o contrato por cuanto las reglas propias de la legalidad indican que el objeto jurídico es válido; no obstante, el juez deberá adelantar las medidas pertinentes, se reitera, diferentes a la suspensión o anulación del objeto jurídico, para evitar la amenaza o hacer cesar la vulneración.

"...que no se amenazan ni vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, evento en que no será posible suspender o anular el acto administrativo, dado que la razón de ser de la acción popular es la protección de los derechos colectivos y no de la legalidad, pues para el amparo de ésta existen las acciones ordinarias;

"...que no se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal, hipótesis que dará lugar, claramente, a desestimar las pretensiones.

"En consecuencia, habrá de verificarse en cuál de las especies relacionadas encuadra el presente caso, **con la aclaración fundamental de que el análisis correspondiente debe partir de los derechos colectivos cuya protección se invoca en la demanda, y que la indagación posterior respecto de la legalidad del acto puede no ser adelantada cuando quiera que se concluya que no ha habido vulneración o amenaza a los derechos colectivos.**"⁶¹ (resalta la Sala)

Lo anterior, sin embargo, tiene plena validez para los análisis del plexo normativo previo a la expedición de la Ley 1437 de 2011, pues conforme con su artículo 144 no resultaría procedente, en la actualidad y para los

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2008, expediente. 2005-01423, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

procesos que han de sujetarse a tal normativa –que no es el caso del *sub judice*–, anular el acto o contrato cuando ellos asuman la condición de fuente del perjuicio o amenaza⁶².

Por lo visto, resulta llana la conclusión conforme con la cual la legalidad de las relaciones contractuales del Estado pueden ser discutidas y verificadas bajo la égida de las acciones populares, siempre que concorra como requisito *sine qua non*, la demostración de que a partir de esa manifestación de la actividad estatal se desprende una vulneración o amenaza a los derechos colectivos, razón por la que el juez en su libre apreciación puede adoptar la medida más idónea para la protección del interés colectivo respectivo, entre las que se encuentra suspender los efectos del acto o contrato o, incluso, proceder a su anulación⁶³.

5. Caso concreto

Tal como lo advirtió la Sala al momento de la fijación del litigio en esta instancia (*cfr. supra* numeral II.3.2.1. y II.3.2.2.), para desatar los recursos de apelación impetrados, deben ser abordados dos asuntos de sustancial importancia puestos de presente en las impugnaciones formuladas y que, como se verá, determinarán la revocatoria de la providencia proferida por el Tribunal de Casanare y, parejamente, la desestimación de las pretensiones de la demanda, motivo por el cual, además, no resulta necesario abordar los demás asuntos objeto de impugnación.

5.1. *Declaratoria de nulidad del documento contractual modificatorio del 31 de enero de 2008 suscrito entre Ecopetrol y sus asociadas (Perenco Colombia Limited, Hocol S.A. y Homcol Cayman Inc.) por incompetencia absoluta.*

⁶² Sobre el particular debe advertirse una posición en contrario de la Corporación plasmada en la sentencia de la Sección Tercera del 26 de noviembre de 2013, expediente 2011-00227, C.P. Enrique Gil Botero.

⁶³ *Cfr. ibidem.*



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Precedentemente (*cf. supra* numeral 1.5.3.) fue advertido cómo el *a quo* consideró que el “*otros*” o documento contractual modificatorio, por el cual se extendió la vigencia del contrato de asociación “Garceró” celebrado el 5 de enero de 1981, se encontraba viciado de nulidad absoluta por incompetencia de Ecopetrol para su suscripción, pues el Tribunal entendió que el Decreto-Ley 1760 de 2003 fijó en la Agencia Nacional de Hidrocarburos la competencia para celebrar –incluida la de modificar–, la totalidad de las relaciones contractuales relativas a la exploración y explotación de hidrocarburos en el país a partir del 1 de enero de 2004 y que, por contera, Ecopetrol no podría entrar a modificar, a partir de la mencionada fecha, los contratos por ella celebrados.

Para la Sala, la ilegalidad observada por el *a quo*⁶⁴, en concreto, no es suficiente para encontrar vulnerado un derecho o interés colectivo en abstracto –en tanto no fue identificado por el Tribunal alguno de los previstos en el ordenamiento jurídico– ni, en consecuencia, para entrar a calificar la validez de un contrato estatal en sede de una acción popular.

Tal como se dejó indicado al momento de poner de presente la jurisprudencia de la Corporación sobre este particular⁶⁵, para entrar a calificar la eficacia, en términos de validez, de un acto o contrato estatal en el curso de una acción popular, en necesario, como imperativo a cargo del juzgador, determinar, en primer lugar, la amenaza o vulneración del derecho colectivo, para luego establecer si tal amenaza o vulneración proviene de manera directa del acto o negocio de que se trate.

⁶⁴ Que dicho sea de paso no se comparte por resultar abiertamente contraria a una sana hermenéutica gramatical, sistemática y teleológica del Decreto-Ley 1760 de 2003 y del Decreto 2288 de 2004.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2008, expediente. 2005-01423, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

En el caso concreto, se advierte que el análisis efectuado por el *a quo*, a más de soslayar, se reitera, la verificación de la afectación o amenaza de un derecho colectivo –lo cual resultaría suficiente para revocar la sentencia impugnada–, se alejó de los textos normativos que regulaban la competencia de Ecopetrol S.A. y de la ANH para tal época, particularmente de lo previsto en el Decreto 1760 de 2003, del que se deriva, sin dubitación, que aquella era la competente para la exploración y explotación de las áreas vinculadas a los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003 (numeral 1 del artículo 34), para lo cual podía realizar todos los actos y negocios jurídicos requeridos para tales efectos (numeral 4 del artículo 35), previa autorización del Consejo Directivo de la ANH (numeral 3 del artículo 8). En cuanto a las competencias de la ANH se advierte del mismo cuerpo normativo, que a ella le correspondía el diseño, promoción, negociación, celebración, seguimiento y administración de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación (numeral 3 del artículo 5), celebrados a partir del 1 de enero de 2004 (parágrafo 1 del artículo 5).

De lo anterior se tiene, entonces, que al ser el contrato de asociación “Garcero” uno de los contratos celebrados por Ecopetrol antes del 31 de diciembre de 2003 (se encuentra demostrada su suscripción el 5 de enero de 1981), es a los que se refiere el numeral 1 del artículo 34 del Decreto 1760 de 2003 y, por lo mismo, la entidad competente para modificarlo era Ecopetrol, previa autorización del Consejo de Directivo de la ANH, en los términos del numeral 3 del artículo 8 *eiusdem*.

Así las cosas, no existiendo incorrección alguna en la suscripción de “*otrosí*” al contrato de asociación “Garcero”, en punto de la competencia, ninguna vulneración o amenaza a algún derecho colectivo podría derivarse, por lo cual la declaratoria de nulidad del mencionado negocio jurídico resultó abiertamente improcedente.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

5.2. *Infracción del artículo 23 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) y consecuente afectación del derecho colectivo a la libre competencia económica.*

Tal como se indicó previamente en esta providencia (*cfr. supra* numeral 1.5.4.), el Tribunal del Casanare fundó la violación del derecho colectivo a la libre competencia económica y, consecuentemente, la nulidad del otrosí de extensión al contrato de asociación "Garcero", en la infracción del artículo 23 del Código de Petróleos, pues mientras aquél extendió el plazo de ejecución hasta el límite económico de la explotación petrolera, en la disposición aludida se señaló como plazo máximo de explotación 30 años.

Pues bien, para efectos de desatar las impugnaciones formuladas por este aspecto, la Sala, en primer lugar, hará referencia a aquello que se encuentra demostrado en el *sub lite* y que es de interés para efectos de lo que aquí corresponde (5.2.1.); posteriormente, revisará la conceptualización de la libre competencia económica como derecho colectivo (5.2.2.); luego realizará un recuento del régimen jurídico aplicable al contrato de asociación "Garcero" (5.2.3.); para, finalmente, resolver las impugnaciones formuladas por este aspecto (5.2.4.)

5.2.1. Asuntos demostrados en el proceso

Encuentra la Sala demostrado en el proceso, para efectos de desatar la impugnación formulada, lo siguiente:

- Mediante el Decreto-Ley 2310 de 1974 el Gobierno Nacional dispuso la eliminación de los contratos de concesión petrolera regulados por el Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) y estableció, entre otros



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

modelos negociales de explotación de hidrocarburos, el contrato de asociación. En efecto, el artículo 1 del Decreto-Ley 2310 indicó:

“Con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente Decreto, la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras”.

- Ecopetrol, con fundamento en lo establecido en el Decreto-Ley 2310 de 1974, celebró con ELF Aquitaine Colombie S.A. (hoy Perenco Colombia Limited), Houston Oil and Minerals of Colombia Inc. y LL&E Colombia Inc., el contrato de asociación “Garcero”⁶⁶ para la exploración y explotación de hidrocarburos, con plazo máximo de ejecución de 28 años⁶⁷.
- Mediante el documento Conpes 3245 de 15 de septiembre de 2003, denominado “*Extensión de Contrato de Asociación*”, con el objeto de mejorar, en el mediano plazo, los niveles de producción de hidrocarburos provenientes de los contratos de asociación vigentes para tal fecha y para dar cumplimiento a lo señalado en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en punto del impulso a la exploración y explotación de hidrocarburos, recomendó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos y a Ecopetrol S.A.: (i) Modificar la cláusula de terminación de los contratos de asociación vigentes “...a efecto de que la finalización de los mismos esté determinada no por el acaecimiento de una fecha sino por el límite económico de los campos, que será el que defina la continuidad de la explotación”; (ii) acordar con las compañías asociadas la extensión de los contratos, lo cual

⁶⁶ Mediante acuerdo contractual del 4 de febrero de 1993 las partes cambiaron el nombre original para denominar su relación contractual, pasando de “Contrato de Exploración y Explotación Cusiana” a “Contrato de Exploración y Explotación Garcero” (folio 1419 del cuaderno principal No. 4).

⁶⁷ Folios 1422 a 1467 del cuaderno principal No. 4.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

debería implicar unos compromisos y cesiones por parte de estas últimas, por manera que se obtengan mayores beneficios a los que obtendría la Nación si optara por la finalización de los contratos en el término inicialmente pactado o por la operación directa de los campos.

- En atención a la política gubernamental recomendada por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, el Decreto 2288 de 2004, estableció que la aprobación que le competía al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos de las modificaciones consistentes en la extensión de la vigencia de los contratos de asociación, sólo se otorgarían una vez Ecopetrol S.A. presentara como soporte las consideraciones técnicas y económicas que permitieran evidenciar que con tal ampliación del plazo se obtendría un mayor beneficio económico en comparación con el evento en que se decidiera no realizar la mencionada extensión.
- Ecopetrol, mediante documento del 14 de diciembre de 2007⁶⁸, dando cumplimiento a lo previsto en el ordinal 7º del artículo 8 del Decreto-Ley 1760 de 2003⁶⁹ y previa autorización de su Junta Directiva⁷⁰, sometió a consideración del Consejo Directivo de la ANH la posibilidad de modificar el contrato de asociación "Garcero" para extender su plazo hasta el límite de explotación. Luego de los análisis técnicos y económicos correspondientes, se señaló en el informe:

⁶⁸ Folio 1322 a 1378 *loc. cit.*

⁶⁹ Decreto-Ley 1760 de 2003, artículo 8: "Son funciones del Consejo Directivo las siguientes:

"(...)

"7. Aprobar las modificaciones a los contratos de exploración y explotación vigentes, a los que suscriba Ecopetrol S. A. hasta el 31 de diciembre de 2003 y a aquellos que suscriba la Agencia Nacional de Hidrocarburos."

⁷⁰ Mediante acta No. 78 del 7 de diciembre de 2007, la Junta Directiva de Ecopetrol S.A., "...teniendo en cuenta las condiciones negociadas con la compañía Perenco y que representan beneficio económico tanto para ECOPETROL S.A., como para el País y la recomendación de la Vicepresidencia de Producción, aprobó por unanimidad extender los Contratos de Asociación Estero, Garcero, Orocué y Corocora, bajo los términos expuestos anteriormente, sujeta a la aprobación de la ANH de acuerdo con el Decreto 1760 de junio 26 de 2003, relativo a las modificaciones de los contratos de exploración y explotación vigentes" (folios 1304 a 1311 del cuaderno principal No. 4).



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

"Teniendo en cuenta las condiciones negociadas, las cuales representan un beneficio económico tanto para ECOPETROL S.A., como para el País, ECOPETROL S.A. recomienda extender los Contratos de Asociación Estero, Garcero, Orocué y Corocora, sujetos a la aprobación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 1760 de junio 26 de 2003, artículo 8, numeral 8.7, relativo a las modificaciones de contratos de exploración y explotación vigentes".

- El 31 de enero de 2008 se suscribió entre Ecopetrol S.A. y sus asociadas (Perenco Colombia Limited, Hocol S.A. y Homcol Cayman Inc.) un documento contractual modificadorio del contrato de asociación "Garcero", que tuvo por objeto extender su vigencia, lo cual se pactó en los siguientes términos⁷¹:

"Mediante este Otrosí, las Partes acuerdan extender la vigencia del Contrato según los términos y condiciones que se describen más adelante en este documento.

"ECOPETROL y LA ASOCIADA acuerdan extender el plazo del Contrato desde el 1º de febrero de 2008 hasta el momento en que las Partes, de manera conjunta o cualquiera de ellas individualmente, consideren haber alcanzado el Límite Económico de la Explotación Petrolera en el Área Contratada".

La cláusula tercera del "otrosí" definió el límite económico de la explotación, en los siguientes términos:

"Para los efectos de la Cláusula 2, se considera que se ha llegado al Límite Económico de la Explotación Petrolera en el Área Contratada cuando durante un periodo de cuatro (4) meses consecutivos y después de deducir las regalías, los ingresos netos por la venta de Hidrocarburos producidos en el Área Contratada, valorados a los precios de venta, sean menores que los Gastos Operacionales incurridos, y no se prevea alguna de las siguientes alternativas, que permitan tornar positivo este margen dentro de los siguientes seis (6) meses: (i) aumentos en los precios de los Hidrocarburos, (ii) una actividad de inversión económicamente justificable, (iii) una

⁷¹ Folios 631 a 657 del cuaderno principal No. 3.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

optimización de costos y gastos y/o, (iv) un aumento de la producción”.

“3.1. En cualquier momento, cualquiera de las Partes podrá manifestar su decisión de no continuar con la ejecución del Contrato. Si la manifestación la hace ECOPETROL, el Contrato seguirá vigente y LA ASOCIADA tendrá el derecho de continuar con la explotación del Área Contratada asumiendo el 100% de las inversiones de desarrollo y de los Gastos Operacionales y el pago del usufructo según se establece en la Cláusula 14 de este Otrosí y recibiendo el 100% de los Hidrocarburos producidos, previa deducción de la totalidad de las regalías que sean aplicables.

“3.2. Sin perjuicio de lo estipulado en la Cláusula 26 del Contrato, si la manifestación la hace LA ASOCIADA, se dará por terminado el Contrato, siempre y cuando se haya dado cumplimiento a los previsto en las Cláusulas 5 y 18 de este Otrosí”.

De las estipulaciones contenidas en el acuerdo modificatorio, se advierten beneficios para Ecopetrol S.A. derivados de la extensión del plazo, relacionados con prestaciones adicionales a cargo de las asociadas (cláusula 5); el pago de valores adicionales por lo que fue denominado como “precios altos” (cláusula 6) y “precios súper altos” (cláusula 7) en caso de incrementos en el precio de los hidrocarburos líquidos y el gas natural; la modificación en la participación en la producción de hidrocarburos, incrementando la correspondiente a Ecopetrol que pasó del 50% al 76% (cláusula 9); la transferencia de la propiedad de los bienes de la cuenta conjunta a favor de Ecopetrol, la que, además, recibiría de las asociadas un pago por concepto del usufructo de tales bienes (cláusula 12); y la creación de un fondo de abandono (cláusula 18).

5.2.2. La libre competencia económica como derecho colectivo

La libre competencia económica goza de un tratamiento constitucional dicotómico que no sólo la concibe como un derecho subjetivo (art. 333 superior), sino que le otorga categoría colectiva (artículo 88 *eiusdem*), lo cual,



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

lejos de ser problemático, le ofrece la envergadura que le es propia como pilar de nuestro sistema económico.

Su finalidad, como lo tiene sentado la Corte Constitucional, es la de alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita tanto la obtención del lucro individual, como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. El Estado, en consecuencia, bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades⁷².

Su doble connotación, además, ofrece diversos medios de defensa jurídica para su garantía atendiendo el interés involucrado, siendo, entonces, la acción popular aquel propicio para obtener su incolumidad desde el punto de vista colectivo (Ley 472 de 1998, artículo 4). Al respecto, esta Corporación ha señalado que para que resulten prósperas las pretensiones formuladas bajo la mencionada acción no basta la demostración de la afectación que de este derecho le haga un agente económico a otro, sino que se hace necesario demostrar y evidenciar una afectación a una colectividad determinada o determinable⁷³.

“Los derechos de los consumidores de las actividades económicas por una parte, y por la otra, el orden y corrección del mercado en sí mismo considerado, constituyen entonces los bienes jurídicos protegidos con el derecho colectivo a la libre competencia económica. Demostrar esta afectación, a través de acciones específicas de autoridades públicas o particulares, con la finalidad de obtener una garantía, implica entonces probar el detrimento que sufren los consumidores de una determinada actividad económica o la alteración o irrupción indebida a un mercado específico”⁷⁴.

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente 2005-00549, C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁷⁴ *Ídem*.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

De lo indicado deviene que la prueba de la infracción a la libre competencia económica esté dirigida a la demostración de la afectación sufrida por el mercado, por la competencia en sí misma considerada. Con la garantía de la libre competencia económica “...se impulsa o promueve la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”⁷⁵.

5.2.3. Régimen jurídico aplicable al contrato de asociación “Garcero”

Como fue indicado previamente, el contrato de asociación “Garcero” fue celebrado en vigencia del Decreto-Ley 2310 de 1974, por el cual se tipificó esa figura comercial –que no deja de ser nada diferente a un contrato de riesgo compartido o de *joint venture*– y se abolió el contrato de concesión petrolera previsto en el Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953).

En desarrollo del Decreto 2310 fue proferido el Decreto 743 de 1975, en virtud del cual se radicó en cabeza de Ecopetrol la exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad nacional de manera directa o por intermedio de contratos que en ningún caso podrían ser de concesión. El artículo 3 del mencionado cuerpo normativo previno que cuando se optara por la celebración de contratos, los mismos podrían concretarse a través de negociación directa, licitación pública o privada, concurso “...o cualquiera otra que juzgue conveniente en cada caso”. Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 *ejusdem*, los contratos respectivos se sujetarían al derecho privado.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-815 de 2001, citada.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Con posterioridad a la Carta Política de 1991⁷⁶ el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 dispuso:

“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”.

A su vez, el ordinal 1º del artículo 34 del Decreto-Ley 1760 de 2003 le asignó a Ecopetrol S.A., como uno de sus objetivos, la exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, y, análogamente, se estableció como una de sus funciones (ordinal 4º del artículo 35 *eiusdem*) realizar todos los actos y negocios jurídicos que se requieran para el cumplimiento de los objetivos y funciones a cargo de la sociedad. De acuerdo con el ordinal 7º del artículo 8º del Decreto en cita, correspondía al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, entre otros asuntos, aprobar las modificaciones a los contratos de exploración y explotación vigentes y a los que suscribiera Ecopetrol S.A. hasta el 31 de diciembre de 2003.

⁷⁶ En su artículo 332 establece que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y el 360 *ibídem* previene, aún con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo No. 005 de 2011, que es el Congreso de la República el encargado de determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Conviene advertir, finalmente, que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 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.

5.2.4. Impugnaciones formuladas por la presunta infracción del artículo 23 del Código de Petróleos

El *a quo* consideró infringido el derecho colectivo a la libre competencia económica, teniendo en cuenta que el contrato de asociación “Garcero” fue extendido hasta el límite económico de las áreas objeto de los contratos, cuando el plazo máximo era el previsto en el artículo 23 del código de Petróleos, esto es, 30 años a partir del vencimiento definitivo del período de exploración, comprendidas las prórrogas ordinarias y extraordinarias de éste, si las hubiere.

No obstante lo anterior, la Sala debe advertir que, tal como lo pusieron de presente los recurrentes, tal norma es inaplicable al contrato de asociación “Garcero” y a todo otro contrato que bajo esa modalidad se haya celebrado para la exploración y explotación de hidrocarburos en el país con posterioridad a la expedición del Decreto-Ley 2310 de 1974, pues con tal cuerpo normativo, como ya se ha anotado en varias oportunidades en esta providencia, se abolió el contrato de concesión para los mismos fines, el cual, precisamente, era regulado por el Código de Petróleos del año 1953 y



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

respecto del cual era predicable el límite establecido en el artículo 23 antes mencionado.

De lo anterior se deriva, sin hesitación, que la norma considerada por el Tribunal Administrativo de Casanare para fundar la violación a la libre competencia económica es claramente inaplicable, por corresponder a una modalidad de contratación diferente a la dispuesta por el Decreto-Ley 2310 de 1974 que es el llamado a regular el contrato de asociación "Garcero" objeto del ataque mediante la acción popular formulada.

No obstante el desacierto evidente del *a quo*, para la Sala resulta necesario dejar sentado que con la extensión del contrato de asociación hasta el límite económico de la explotación no se vulneró ni amenazó vulnerar el derecho colectivo a libre competencia económica, por lo menos de conformidad con el material probatorio allegado al plenario y del que se dio cuenta detallada en aparte precedente de esta providencia.

En efecto, en primer lugar, ha de subrayarse que, de acuerdo con su régimen jurídico, el contrato objeto de análisis se sujeta a las normas propias del derecho privado y que, en principio, no habría ninguna restricción respecto de la extensión de su plazo de ejecución. Esto no quiere decir, empero, que la facultad discrecional de la que goza Ecopetrol S.A. no deba garantizar la materialización de los principios fundantes del ejercicio de la función administrativa, tal como lo ordena, imperativamente, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Así las cosas, el pacto del plazo contractual debe respetar criterios de adecuación y proporcionalidad respecto de las ventajas o beneficios que se pretenden recibir, así como en relación con los demás derechos que puedan resultar afectados.

En el caso concreto, encuentra la Sala que de conformidad con los antecedentes que rodearon la suscripción del "otrosí" de extensión del plazo



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

del contrato de asociación “Garcero”, existe una política gubernamental legítima enderezada a impulsar la industria hidrocarburífera del país, lo cual sustentaría, suficientemente, las actividades adelantadas tanto por Ecopetrol S.A., como por la Agencia Nacional de Hidrocarburos

Adicionalmente, de los estudios aportados por las demandadas y que constituyeron la verdadera causa de la modificación contractual, se encuentra una evidencia financiera que permite concluir que para los intereses económicos del país resulta más beneficioso extender los plazos contractuales en los términos convenidos que terminar los contratos o adelantar la explotación directa de las áreas objeto del contrato “Garcero”.

Ante esta evidencia, la posible vulneración del derecho a la libre competencia económica por afectar el mercado al impedir el acceso de otros posibles operadores a las áreas de exploración y explotación contratadas, no deja de ser una restricción justificable por el mayor beneficio económico que recibiría la colectividad y que resultó demostrado en los análisis financieros efectuados por Ecopetrol S.A. y avalados por el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Así las cosas, se reitera, para la Sala no resultó demostrada la vulneración del derecho colectivo a la libre competencia económica, lo que determina la revocatoria de la sentencia impugnada.

6. Costas del proceso.

Toda vez que no se cumplen las condiciones previstas en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, de acuerdo con el cual solo hay lugar a la imposición de costas para el demandante cuando haya actuado temerariamente o con mala fe y, considerando que en el *sub lite* tal circunstancia no se encuentra acreditada, no habrá lugar a imponerlas.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

Finalmente se advierte que a folio 2136 del cuaderno de segunda instancia el doctor Javier Ernesto Betancourt Valle, actuando en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ANH otorgó poder a Luis Felipe Botero Aristizábal para que asumiera la representación judicial de dicha entidad y, como quiera que se cumplen los requisitos legales, se debe proceder a reconocer la personería adjetiva al mencionado apoderado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 4 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal del Casanare y, en su lugar:

PRIMERO.- DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- RECONOCER personería adjetiva al doctor Luis Felipe Botero Aristizábal, portador de la tarjeta profesional 91.932 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar como apoderado de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Sin condena en costas.



Expediente
Actor
Demandado
Acción

85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP)
LUIS ENRIQUE OLIVERA PETRO Y OTROS
NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
POPULAR

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁZQUEZ RICO