

Honorables Consejeros
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Segunda – Subsección A
Magistrado Ponente Doctor William Hernández Gómez
E. S. D.

Asunto: Acción de Tutela- Impugnación Fallo Primera Instancia
Accionante: Ecopetrol S.A.
Accionada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta.
Radicación: 11001-03-15-000-2021-04570-00

JUAN MANUEL RÍOS OSORIO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.597.984 de Usaqué, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 83705 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de **ECOPETROL S.A. tal y como consta en el expediente**, por medio del presente escrito **IMPUGNO** el fallo de primera instancia del 19 de agosto de 2021, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del proceso de la referencia, por las razones que expongo a continuación:

I. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN.

1. Señala la Sentencia que son tres (3) los problemas jurídicos que se deben resolver para el análisis de este caso: (i) ¿La solicitud de amparo presentada por Ecopetrol S.A., en cuanto a las inconformidades relativas a la indebida aplicación del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y prescripción para proferir el acto de determinación de la contribución, reviste de relevancia constitucional?, (ii) ¿El Consejo de Estado, Sección Cuarta, aplicó el precedente jurisprudencial vigente para la fecha en que dictó la sentencia aquí debatida, sobre el hecho generador de la contribución de obra pública o, estaba obligada a aplicar los pronunciamientos invocados por la entidad accionante?, (iii) ¿La corporación accionada valoró los contratos y su objeto, de conformidad con las reglas de la sana crítica?
2. En cuanto a si el asunto reviste de relevancia constitucional, se concluye en la Sentencia que, “(...) *analizar el fondo del asunto implicaría invadir la autonomía e interpretación de la autoridad judicial accionada, la cual, a partir del análisis del caso y el criterio de la corporación, determinó que Ecopetrol S.A. era responsable de la contribución por contratos de obra. En esos términos, la intervención del juez constitucional, en el sub examine, comportaría una suplantación de las competencias del juez natural, dado que la acción de tutela no puede emplearse como una tercera instancia para se aplique la interpretación que la accionante considera es la adecuada, comoquiera que eso corresponde a la órbita de decisión de aquel, menos aun cuando no se evidencia que la autoridad judicial haya incurrido en un yerro ostensible y arbitrario, al proferir la decisión que busca controvertirse.*”
3. Frente al desconocimiento del precedente jurisprudencial manifestó la Sala que, “(...) *ninguna de las decisiones citadas por la solicitante del amparo constituye para el caso un precedente judicial aplicable, dado que fueron emitidos en anualidades anteriores a las de la sentencia de unificación mencionada, en la que se definió un criterio uniforme sobre el hecho generador de la contribución por obra pública respecto a las entidades con un régimen especial de contratación, por lo cual la corporación accionada no estaba*

en la obligación de aplicarlos, al dictar la sentencia controvertida en esta instancia y, *en esa medida, no se presenta el yerro invocado.*” (El subrayado es nuestro)

En lo relativo a la aplicación del cambio jurisprudencial de manera abrupta y la falta de modulación de los efectos la sentencia de unificación, como garantía de los principios de la seguridad jurídica y confianza legítima, afirma que la Sentencia de Unificación, en el numeral segundo de la parte resolutive del proveído del 2020-CE-SUJ-SP-001 del 25 de febrero de 2020, advirtió que los asuntos respecto de los cuales operó la cosa juzgada resultaban inmodificables, de manera que las reglas jurisprudenciales allí fijadas sólo podrían usarse en las situaciones pendientes de decisión o que fueran llevadas con posterioridad a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como fue el caso de la sentencia tutelada.

4. En cuanto a la debida valoración de los contratos, concluye la Sentencia que, *“al revisar la sentencia del 3 de diciembre de 2020, se advierte que la autoridad precitada, sobre las pruebas que la parte accionante estima indebidamente valoradas, enlistó los veinticinco contratos suscritos por Ecopetrol entre el 1.º de enero de 2009 y el 31 de diciembre del mismo año, que la DIAN consideraba que generaban la contribución por obra pública, y se refirió a cada uno de los objetos contractuales, según los documentos de los acuerdos que obraban en los antecedentes administrativos allegados al proceso. A partir de lo anterior, la corporación concluyó que tales negocios correspondían a aquellos para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles, que tenían por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material y, de esta manera, conllevaban la realización del hecho generador de la contribución especial.”*. En conclusión, la Sección Cuarta del Consejo de Estado analizó las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica y por ende, no se evidencia la configuración de un defecto fáctico como causal específica de procedencia de la acción de tutela.
5. Finalmente, señala el despacho que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, dentro del proceso 25000-23-37-000-2015-01319-01 (23051), para la fecha que se profirió sentencia, aplicó la nueva unificación jurisprudencial de un fallo que no había cobrado ejecutoria, pues para el 03 de diciembre de 2020, se encontraba en trámite una solicitud de aclaración respecto a las reglas que unificó, con el argumento que la solicitud de aclaración no impide que se haya podido aplicar la decisión, ni cambia el sentido de la misma.

II. HECHOS RELEVANTES DE DEFENSA DE ECOPETROL.

1.- Para la fecha en que se profirió la sentencia del 03 de diciembre del 2020, por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, dentro del proceso 25000-23-37-000-2015-01319-01 (23051), la SU no estaba ejecutoriada toda vez que estaba en trámite una solicitud de aclaración respecto a las reglas que unificó.

Sin embargo, en el fallo objeto de tutela la Sección Cuarta aplicó dichas reglas, es decir no solo desconoció el precedente jurisprudencial vigente al momento de suscribir los contratos discutidos en el proceso, sino que aplicó la nueva unificación jurisprudencial de un fallo que no había cobrado ejecutoria, sorprendiendo así al administrado/contribuyente en su buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica, etc.

2.- En reiteradas oportunidades se había reconocido por la jurisprudencia que todos los contratos celebrados por Ecopetrol en desarrollo de su objeto social carecen de cláusulas exorbitantes por lo que no hay lugar a causación de la contribución de obra pública sobre

ninguno de los contratos suscritos por Ecopetrol y por ende se encontraba en las mismas condiciones de los particulares que desarrollan actividades propias del sector de hidrocarburos.¹

3.- Se desconoce lo establecido en la Ley 80 de 1993, artículo 76, pues Ecopetrol como entidad competente para la exploración y explotación de recursos no renovables en el sector de hidrocarburos, así como para el desarrollo de las actividades industriales y comerciales propias del mismo sector, está sujeta a leyes especiales y por ende su contratación no se encuentra enmarcada en el artículo 32, sino en el artículo 76 de la mencionada Ley 80.

4.- Según el Decreto 3461 de 2007, los contratos celebrados por Ecopetrol, al no estar sometidos a procesos de licitación pública o de selección abierta se encuentran excluidos de la contribución de obra pública. Se desconoce la presunción de legalidad del Decreto 3461 de 2007.

5.- Ecopetrol no celebra contratos de obras públicas **sino contratos para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación**, transporte y refinación de hidrocarburos, con los que se da cumplimiento a las obligaciones adquiridas en los contratos de asignación de áreas para exploración y explotación, celebrados con la Nación – Ministerio de Minas - ANH. De no celebrar estos contratos se haría imposible el desarrollo de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

La sentencia SU ya referenciada, indica:

“El citado contrato no tiene el propósito de realizar actividades materiales para construir, reparar o mejorar ciertos bienes -como los contratos de obra pública-, sino que su finalidad es la de determinar la existencia, ubicación, calidad, reservas, extracción, producción, y comercialización de recursos naturales, previa asignación de un área territorial”.

Sin embargo, la Sentencia adujo que resultaba claro que, de los contratos incluidos en el fallo proferido el 3 de diciembre de 2020, se podía concluir que se trataba de contratos de confección de obra material, pero no de contratos para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación, transporte y refinación de hidrocarburos.

Sobre esta afirmación, y solo a manera de ejemplo en lo que se refiere a este proceso, podríamos citar el Contrato nro. 5206097, del 25 de junio de 2009 (ff. 62 a 71 caa23), que tiene por objeto *las Obras de construcción para la recuperación ambiental de tres (3) pozos y áreas aledañas de la campaña de perforación con opción de diez (10) adicionales pertenecientes a la Superintendencia de operaciones Huila - Tolima de la gerencia regional sur de Ecopetrol SA* .

Si en el proceso 2015-01319 se hubiera aplicado la regla establecida en la SU, según la cual se debe analizar cada objeto contractual y, se habría concluido que este contrato de obra se realizó en cumplimiento de las obligaciones que fueron adquiridas con la ANH, y en desarrollo de las actividades propias de la producción de crudo.

Estas actividades son realizadas por Ecopetrol para dar cumplimiento a las obligaciones propias de los contratos de asignación de áreas de Exploración y Producción (E&P que se

¹ Pronunciamientos del Consejo de Estado que soportan los argumentos de Ecopetrol: Sentencia de 31 de mayo de 2018, Radicación 2014-00616-01 (22388), sentencia de 24 de mayo de 2018, Radicación 2015-00771-01 (23362), sentencia de 22 de febrero de 2018 expediente 22536, sentencia de 22 de febrero de 2018, radicación 2014-00994-01 (22536), sentencia de 19 de abril de 2018 radicación 2013-00626-01 (acumulado) y 2013-00103-00 (22939) y sentencia de 23 de noviembre de 2016 radicación 2014-00015-00

suscriben con la ANH), es decir son actividades propias de la explotación de hidrocarburos que no se realizan por fuera de los contratos E&P (art. 76 Ley 80).

6.- Contrario a lo que afirma la Sala, es claro que todo lo anterior evidencia uno de los aspectos que fueron mencionados en la tutela y que se reitera en este punto, y es la **vulneración al derecho fundamental al debido proceso** por falta de valoración probatoria. Este es uno de los defectos procedimentales en los que incurrió la Sentencia del proceso 2015-01319.

Recordemos que la regla No. 1 de la Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2020, sobre la cual la Sección Cuarta se fundamentó para proferir la sentencia objeto de la acción de tutela que es objeto de la presente discusión, establece lo siguiente:

“1. Para determinar si se realiza el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública no es determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública, sea el general de la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. El elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado, y no de la actividad o régimen jurídico de la entidad de derecho público.

2. Los contratos de obra pública y los contratos de que trata el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 –contratos de exploración y explotación de recursos naturales, y las actividades comerciales e industriales, son dos categorías de contratos diferentes, en tanto tienen características y finalidades propias, que impiden que se trate de un mismo contrato.

3. La contribución no grava los contratos referidos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no corresponden a los contratos de obra pública que son objeto de gravamen en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006.”

Según la Sentencia de Unificación, el elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado y si es o no un contrato de obra pública con toda la connotación de este concepto. De tal suerte que para saber si cada uno de los contratos debatidos en las Resoluciones de Determinación, es o no un contrato de obra pública, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debió hacer un análisis minucioso de cada uno de ellos, evidenciando que no se trataba de actividades de producción o exploración de hidrocarburos, y no limitarse a aplicar las reglas de la SU, improcedentes para el presente caso.

Resulta sorprendente que la Sección Cuarta haya determinado como contratos de obra pública, los contratos de obra relacionados con las actividades de perforación de pozos, los de almacenamiento de crudo, e incluso contratos de servicios que ni siquiera implican la confección de una obra ni la intervención de un inmueble. Ello evidencia la falta de valoración probatoria y la trasgresión al derecho fundamental al debido proceso de Ecopetrol.

7.- Se desconoce el Concepto 063832 de 2008 emitido por la DIAN en el cual se indicó que la contribución de obra pública no es aplicable a los contratos relacionados con la exploración y explotación de recursos naturales no renovables ni a los contratos relacionados con estas actividades, concepto que ha sido tenido en cuenta por la entidad en otros casos en los cuales la propia DIAN revocó a Ecopetrol actos de determinación de la contribución de obra pública, pues a través de ellos se desarrollan actividades propias del sector.

8.- Existen numerosas sentencias tanto del Consejo de Estado, como del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fallados a favor de Ecopetrol que constituyen un precedente jurisprudencial, algunos de ellos que se citaran más adelante, y de los cuales se concluye que en efecto los contratos suscritos por ECOPETROL corresponden a actividades relacionadas

con la exploración y explotación de recursos naturales a los cuales no se les puede aplicar la contribución de obra pública.

9.- Los contratos que fueron suscritos en vigencia de este precedente jurisprudencial, están viéndose desprotegidos cuando, en casos como este, el Consejo de Estado Sección Cuarta, aplica de manera incorrecta y retroactiva las reglas de la Sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2020. Recordemos que cuando se suscribieron estos contratos, y en los años venideros, era claro que sobre los mismos no aplicaba la contribución de obra pública; posición que fue ratificada por la misma DIAN, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y finalmente por el Consejo de Estado.

Recordemos que la interpretación que fue avalada por parte de las autoridades competentes en estos asuntos, protege al contribuyente **al momento de realizar sus operaciones**, pues le otorga la seguridad jurídica y la confianza legítima de que está aplicando los impuestos en debida forma.

La sentencia que aquí se impugna, entiende que “(...) ninguna de las decisiones citadas por la solicitante del amparo constituye para el caso un precedente judicial aplicable, dado que fueron emitidos en anualidades anteriores a las de la sentencia de unificación mencionada”. Bajo este entendimiento, a pesar de que en los años previos a la Sentencia de Unificación, que fue cuando se suscribieron estos contratos, estaba claro que esta categoría de contratos no generaba la Contribución de Obra Pública, lo cual estaba soportado mediante precedente jurisprudencial, corresponde a un precedente jurisprudencial que no debía aplicar pues el proceso se decidió luego de expedida la Sentencia de Unificación.

Ello vulnera de forma evidente el principio de seguridad jurídica y las expectativas legítimas de los contribuyentes que consideran que su interpretación de la norma, está avalada mediante jurisprudencia de las altas cortes competentes en estos asuntos, y en consecuencia, que sus operaciones fueron realizadas conforme con lo que establece la Ley.

10.- El cambio intempestivo y sin fundamento de la línea jurisprudencial:

- Afecta de manera grave e injustificada la competitividad de Ecopetrol frente a otras empresas del sector,
- Anula el efecto que busca el art. 76 de la Ley 80 de 1993 (ya indicado) que, entre otras cosas, es garantizar que las empresas estatales que compiten en mercados privados de explotación de hidrocarburos, lo puedan hacer en igualdad de condiciones para propender por su eficiencia financiera.
- Trae como consecuencia una carga fiscal para Ecopetrol que, no debería soportar pues, no es el sujeto pasivo de la contribución y, lo pone en la situación de recobrar a los contratistas las sumas pagadas a la DIAN. Sin embargo, dado que son contratos celebrados hace muchos años, estos ya están liquidados, no existe entonces relación contractual para realizar el cobro y, en muchos casos las empresas contratistas ya no existen, ocasionando a Ecopetrol un esfuerzo financiero que no le correspondería si se hubiera mantenido la línea jurisprudencial vigente durante el desarrollo de las discusiones propias del proceso.

III. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.

1.- La Corte Constitucional, en sentencia SU-918 de 2013, Magistrado Ponente Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideró:

“(…) dado que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares, resulta posible que una decisión judicial pueda discutirse a través de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados; por tanto, a los jueces no les es dable en su labor apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución, y cuando lo hacen, se configura una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.”

Los jueces, en su labor, no pueden separarse de las disposiciones constitucionales, pues si lo hacen, se configura una causal de procedencia de acción de tutela contra la decisión así adoptada.

2.- La cuestión que se discute es de relevancia constitucional, pues la decisión judicial realiza una serie de consideraciones y toma decisiones que desconocen derechos de ECOPETROL. Aunado a ello, la emisión de sentencias abiertamente injustas que comprenden la vulneración de derechos fundamentales representa un daño directo contra el Estado Social Derecho, el cual tiene estos derechos como pilares de su propia existencia.

Ahora bien, fue la trascendencia constitucional, relevancia jurídica y económica del asunto lo que llevó a que la Sala Plena del Consejo de Estado avocara el conocimiento de un proceso similar y profiriera la SU dentro del mismo, sentencia que determinó nuevas reglas que se están aplicando en la proveído que es objeto de tutela. De tal suerte que la relevancia constitucional del tema ha quedado sentada por la misma Sala Plena.

3.- Este tipo de actuaciones violatorias de las normas, acarrear un costo muy caro a la credibilidad de las instituciones jurisdiccionales, conllevando en la falta de confianza hacia estas por parte de la comunidad. Así las cosas, nos encontramos ante un debate de evidente relevancia constitucional, más aún cuando el fundamento de la decisión es una SU que adquirió firmeza con posterioridad a la fecha en que se profirió la sentencia que acá nos ocupa, situación obviada en la sentencia de tutela.

IV. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

1.- La Corte Constitucional, en sentencia C-836 de 2001, Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil, consideró:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio– la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial.”

El principio constitucional de la confianza legítima garantiza que ni el Estado ni los particulares van a sorprender al ciudadano con actuaciones que analizadas de manera separada tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas resulten contradictorias, caso en el cual, la actuación posterior es contraria al principio de buena fe y confianza legítima.

2.- La Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 2004, Magistrada Ponente Doctora Clara Inés Vargas Hernández, consideró:

“En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas”.

La confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder desenvolverse en un ambiente jurídico estable y previsible en el que pueda confiar, es decir, el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades.

Más adelante, continua señalando:

“De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado que el principio de la confianza legítima no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia a la actividad judicial. En tal sentido, se consideró que “En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias”.

El principio de confianza legítima se transmite a la actividad judicial, en este sentido estima la Corte que la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución, mediante el cual se garantiza a las personas que ni el estado ni los particulares van a sorprenderlo con actuaciones contradictorias.

3.- De lo anterior se deduce que, el Consejo de Estado, erróneamente pretende desconocer los principios constitucionales a la confianza legítima y buena fe aplicando retroactivamente la Sentencia Unificación a pesar de ser objeto de discusión constitucional, no estar en firme, pues se encuentra en curso acción de tutela en la cual se demostraron los vicios de los que adolece y que al haberse aplicado en su integridad al presente caso, se estaría incurriendo en los mismos errores allí indicados.

4.- Vale la pena recalcar que, no solo se viola la confianza legítima al aplicar retroactivamente la SU, sino que también se vulnera este derecho con la decisión del Consejo de Estado de denegar la tutela, pues no se analizó el hecho que Ecopetrol ya había consolidado un precedente judicial compuesto por 6 fallos del Consejo de Estado.

V. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

1.- La Corte Constitucional, en sentencia C-147 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell, consideró:

“Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes”.

Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales, lo que se traduce en el principio de la irretroactividad de la ley en virtud del cual la nueva ley no puede regular situaciones jurídicas del pasado.

2.- La Corte Constitucional, en sentencia C-836 de 2001 Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil, indicó:

“La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley”.

La previsibilidad de las acciones judiciales da certeza sobre el contenido de los derechos y obligaciones de las personas, certeza que se tiene cuando los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente, lo que permite que las personas actúen libremente conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley.

3.- La Corte Constitucional, en sentencia T-502 de 2002, Magistrado Ponente Doctor Eduardo Montealegre Lynett, consideró:

“La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta.

(...) Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación

jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley.”

La seguridad jurídica es un principio constitucional, el cual implica que las personas tengan seguridad sobre las normas que regulan sus situaciones y conflictos jurídicos. Lo anterior considerando además el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas que se encuentran vigentes al momento de éstas configurarse, lo cual se desarrolla también con el principio de irretroactividad de la ley.

4.- La Sentencia SU – 406 de 2016, Magistrado Ponente Doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez, señala:

“Concretamente, y para los efectos del caso objeto de revisión, esta Sala observa que los cambios de precedente pueden dar lugar a afectaciones precisas de las reglas aplicables en procesos judiciales que estén en trámite, con lo cual los sujetos procesales y el mismo funcionario se encuentran frente a dos interpretaciones, en donde una ha sucedido a la otra. Incluso, el anterior escenario cobra mayor relevancia cuando el cambio de precedente afecta una actuación procesal que se inició al amparo del precedente anterior.

En este contexto, puede resultar que los sujetos procesales actúen con la confianza legítima de que serán aplicadas ciertas reglas jurisprudenciales vigentes, que luego serían modificadas. Por lo tanto, la aplicación inmediata del nuevo precedente, sin consideración alguna a esta circunstancia, podría derivar en el desconocimiento de derechos fundamentales. Esto, en el supuesto de que en aplicación del cambio jurisprudencial, no se den consecuencias jurídicas a actuaciones iniciadas bajo el precedente anterior, o que, se atribuyan consecuencias jurídicas desfavorables en razón a reglas que en su momento no existían y por tanto no se pudieron evitar”.

Los cambios de precedente pueden dar lugar a afectaciones precisas de las reglas aplicables en procesos que estén en trámite; los sujetos procesales actúan con la confianza legítima de que serán aplicadas las reglas jurisprudenciales vigentes, por lo que la aplicación del nuevo precedente podría desencadenar en el desconocimiento de derechos fundamentales.

5.- Se reitera que la SU en la cual la Sección Cuarta fundamenta su decisión, incurre en vicios tales como: i) desconoce las propias reglas establecidas en la Sentencia de Unificación respecto del análisis propio de cada contrato, ii) desconoce el precedente que ha amparado el actuar de Ecopetrol y en el cual se reconoce que en efecto los contratos suscritos corresponden a actividades relacionadas con la exploración y explotación de recursos naturales a los cuales no se les puede aplicar la contribución de obra pública, iii) desconoce e inaplica lo preceptuado en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, argumentos que fueron expuesto ampliamente en el escrito de la tutela y que fueron ignorados por el fallador en la sentencia que nos ocupa.

6.- El Consejo de Estado desconoce preceptos constitucionales de gran relevancia tales como el debido proceso, la defensa, adquiridos, la buena fe y la seguridad jurídica, toda vez que, tanto en el fallo objeto de la presente impugnación como en la Sentencia del 03 de diciembre de 2020 dentro del proceso de radicado 25000-23-37-000-2015-01319-01 (23051), se adoptan una serie de consideraciones y órdenes que erróneamente afectan a la Compañía.

7.- De otra parte, la retroactividad de la aplicación de la SU se refiere a que están aplicando reglas unificadas en 2020, años después de que los contratos incluidos en la sentencia de la

Sección Cuarta fueron suscritos. Para la fecha en la que estos contratos fueron suscritos y se inició la discusión con la DIAN estaba vigente un precedente jurisprudencial pacífico según el cual dichos contratos no estaban gravados con la contribución. Por ello aplicar las reglas de la SU a estos contratos (aplicación retroactiva) viola los derechos de seguridad jurídica y confianza legítima ya explicados.

VI. NECESIDAD DE MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA SU.

1.- El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente Doctora Nubia Margoth Peña Garzón, en sentencia del 18 de julio de 2019, radicación 11001-03-24-000-2011-00163-00, consideró:

“(…) En aras de evitar una grave alteración en la ejecución y desarrollo del trámite involucrado, y teniendo en consideración lo sensible y trascendental de los asuntos abarcados por las resoluciones demandadas, en cuanto a las reglas de orden público que implican los servicios de escuela y de casa-cárcel para la reeducación y/o rehabilitación de los infractores de las normas de tránsito en el territorio nacional, la Sala modulará los mencionados efectos de la nulidad decretada, atándolos a un plazo razonable de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, para que el Gobierno Nacional adopte las medidas necesarias tendientes a expedir el trámite para la constitución y habilitación de los Centros Integrales de Atención, pero esta vez con el cumplimiento de lo previsto en la Ley 962, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia”.

Con el fin de evitar una grave alteración en la ejecución y desarrollo del trámite y teniendo en cuenta lo sensible y trascendental de los asuntos abarcados en las resoluciones demandadas la sala modulara los efectos de la nulidad decretada, atándolos a un plazo razonable de seis meses contados a partir de la notificación de la providencia.

2.- La Consejera de Estado, Doctora Lucy Bermúdez en salvamento de voto a la sentencia de unificación, señaló

“(…) en mi criterio, bien pudo la Sala modular en el tiempo -hacia el futuro- la nueva interpretación del artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, en procura de los derechos que las partes en controversia y, en consecuencia, como era tesis reiterada acceder a las pretensiones de la demanda y que se diera aplicación a la nueva interpretación a partir de la fecha.”.

En aras de garantizar los derechos de las partes la Sala pudo modular hacía el futuro la nueva interpretación del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, acceder a las pretensiones de la demanda y que la nueva interpretación se diera a partir de la fecha.

3.- Para el caso que nos ocupa, el hecho de que la Sentencia de Unificación modificara el precedente judicial que por años se venía aplicando específicamente para el caso de Ecopetrol y negara las pretensiones de la demanda, implica que retroactivamente mi representada debía aplicar este tributo a los contratos suscritos en el 2009, con compañías que incluso hoy, no existen, haciendo imposible el recobro de la contribución al contratista que con la nueva interpretación resulta teniendo la calidad de sujeto pasivo de este tributo.

Se reitera que, más de 10 años después se vienen a fijar reglas para la contratación con Ecopetrol que no existían en el momento de la celebración de los contratos, cuando para esos momentos el precedente jurisprudencial establecía que los contratos celebrados por Ecopetrol no estaban sujetos a dicha contribución, hecho que afecta de manera clara los derechos de mi

representada, nuevamente desconocidos por el Consejo de Estado en el fallo de tutela aquí impugnado.

VII. DEFECTO PROCEDIMENTAL.

La regla No. 1 de la Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2020, sobre la cual la Sección Cuarta profirió la sentencia objeto de la presente acción de tutela, establece lo siguiente:

“1. Para determinar si se realiza el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública no es determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública, sea el general de la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. El elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado, y no de la actividad o régimen jurídico de la entidad de derecho público.”

Según la Sentencia de Unificación, el elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado, si es o no un contrato de obra pública con toda la connotación de este concepto. De tal suerte que para saber si cada uno de los contratos debatidos en las Resoluciones de Determinación es o no un contrato de obra pública, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debió hacer un análisis minucioso de cada uno de ellos, evidenciando que no se trataba de actividades de producción o exploración de hidrocarburos, y no limitarse a aplicar las reglas de la SU, improcedentes para el presente caso.

La Sentencia que mediante este escrito se impugna, señaló que resultaba claro que, de los contratos incluidos en el fallo proferido el 3 de diciembre de 2020, se podía concluir que se trataba de contratos de confección de obra material, pero no de contratos para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación, transporte y refinación de hidrocarburos.

Sobre esta afirmación, y solo a manera de ejemplo en lo que se refiere a este proceso, podríamos citar el Contrato nro. 5206097, del 25 de junio de 2009 (ff. 62 a 71 caa23), que tiene por objeto *las Obras de construcción para la recuperación ambiental de tres (3) pozos y áreas aledañas de la campaña de perforación con opción de diez (10) adicionales pertenecientes a la Superintendencia de operaciones Huila - Tolima de la gerencia regional sur de Ecopetrol SA* .

Si en el proceso 2015-01319 se hubiera aplicado la regla establecida en la SU, según la cual se debe analizar cada objeto contractual y, se habría concluido que este contrato de obra se realizó en cumplimiento de las obligaciones que fueron adquiridas con la ANH, y en desarrollo de las actividades propias de la producción de crudo.

Estas actividades son realizadas por Ecopetrol para dar cumplimiento a las obligaciones propias de los contratos de asignación de áreas de Exploración y Producción (E&P que se suscriben con la ANH), es decir son actividades propias de la explotación de hidrocarburos que no se realizan por fuera de los contratos E&P (art. 76 Ley 80).

VII. SOLICITUD.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicito se **REVOQUE** el fallo de 19 de agosto de 2021 proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, y en su lugar se **CONCEDA** el amparo a los derechos al Debido Proceso, a la Defensa, a las

Situaciones Jurídicas Consolidadas, a la Buena Fe, a la Seguridad Jurídica y los demás que ese H. Despacho considere vulnerados, de los que es titular ECOPETROL S. A.

En consecuencia, se **DEJE SIN EFECTO** la Sentencia de 03 de diciembre del 2020, proferida Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, dentro del proceso 25000-23-37-000-2015-01319-01 (23051) pues en ella se adoptan una serie de consideraciones y decisiones erróneas que afectan a mi representada y la legitiman en la causa para interponer la presente acción.

Con todo respeto, suscribo,

DocuSigned by:

81B3D7BC1458411...

JUAN MANUEL RÍOS OSORIO

C. C. 79.597.984 de Usaquén

T. P. 83705 del C. S. de la J.