



Honorables Consejeros
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera – Subsección C
Consejero Ponente Doctor Nicolás Yepes Corrales
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: 11001-03-15-000-2021-05479-00

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 Usaquén, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 83.705 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 1° de octubre de 2021, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, dentro del proceso de la referencia, por las razones que expongo a continuación:

I. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

A continuación exponemos cuáles son los principales argumentos de la sentencia de primera instancia que es objeto de la impugnación.

1. Los problemas jurídicos establecidos en la sentencia de primera instancia consisten en (i) verificar si la solicitud de amparo constitucional cumple con los requisitos generales de procedibilidad; y en caso afirmativo, (ii) determinar si la providencia censurada incurrió en alguna de las causales específicas de procedencia alegadas.
2. En cuanto al requisito de relevancia constitucional, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluye que *“el yerro relativo a la aplicación de la referida sentencia de unificación, satisface el requisito de relevancia constitucional; sin embargo, en lo atinente a la equivocada valoración de los contratos y a la errada interpretación sobre la prescripción, esta Sala advierte que se trata de cargos que, además de carecer de la suficiente justificación, es evidente que están dirigidos a revivir el análisis jurídico efectuado por la Sección Cuarta de esta Corporación, con el fin de lograr una decisión favorable a los intereses de la acá accionante.”*
3. En lo que se refiere a los demás requisitos de procedibilidad, la sentencia de primera instancia constata que sí se cumplieron. El requisito de subsidiariedad se verificó en la medida en que no existe otro mecanismo de impugnación. El requisito de inmediatez se cumple por el hecho de haber interpuesto la acción de tutela dentro de los seis meses señalados como razonables por la jurisprudencia. Y finalmente también se verificó el cumplimiento del requisito de que el escrito de tutela esté debidamente motivado.

4. Frente al defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, este Despacho manifestó que *“(…) en la fecha en que se profirió la sentencia atacada, ya se había expedido y notificado el precedente unificador cuya inaplicación reclama la parte actora, por lo que se trataba, en aquel momento, de la tesis jurisprudencial vigente; y, como garantía de los principios a la seguridad jurídica y confianza legítima, se hacía preciso acudir a las reglas en él fijadas para determinar el hecho generador de la contribución por obras públicas en el caso, lo que imponía dejar de lado la línea de decisión que se hubiera pregonado antes.”*

5. Sobre la aplicación del cambio jurisprudencial de manera abrupta y la falta de modulación de los efectos la Sentencia de Unificación, este Despacho citó la sentencia del 19 de agosto de 2021 de la Sección Segunda del Consejo de Estado que negó la prosperidad de las pretensiones constitucionales de Ecopetrol, así:

“En cuanto al aserto de la entidad accionante, 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, se avizora que el Consejo de Estado, Sala Plena, en [el] ordina[l] 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 s[o]lo podrían usarse en las situaciones pendientes de decisión o que fueran llevadas con posterioridad a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, primer escenario que se presenta en el caso bajo estudio, puesto que se encontraba en curso el recurso de apelación de la sentencia del 4 de agosto de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B. Así, se avizora que la autoridad judicial accionada no desconoció las reglas de aplicación a futuro del criterio de unificación adoptado por vía de la jurisprudencia, sino que, por el contrario, acogió la tesis vigente para el momento en que profirió la sentencia discutida.”

6. Los demás cargos formulados por Ecopetrol en el escrito de tutela no fueron resueltos en la sentencia de primera instancia. Al respecto, nos referimos a los siguientes:

- a. El Consejo de Estado no hizo ninguna valoración probatoria y omitió analizar la esencia de cada uno de los contratos que sirvieron de base para el cobro de la contribución por contratos de obra pública
- b. El Consejo de Estado, al acudir retroactivamente a lo dispuesto en la sentencia de unificación del 25 de febrero del año anterior, trasgredió los derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y el principio de confianza legítima.
- c. El Consejo de Estado pasó por alto los salvamentos de voto y no tuvo en cuenta que operó la prescripción.
- d. El Consejo de Estado interpretó equivocadamente el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

7. De manera general, sobre algunos de los cargos descritos en el numeral anterior, este Despacho señaló que *“(…) en lo atinente a la equivocada valoración de los contratos y a la errada interpretación sobre la prescripción, esta Sala advierte que se trata de cargos que, además de carecer de la*

suficiente justificación, es evidente que están dirigidos a revivir el análisis jurídico efectuado por la Sección Cuarta de esta Corporación, con el fin de lograr una decisión favorable a los intereses de la acá accionante.”

II. HECHOS RELEVANTES DE DEFENSA DE ECOPETROL

En aras de contribuir al debate sobre los asuntos que aquí son objeto de impugnación, vale la pena traer a colación cuáles son los principales hechos de la defensa de Ecopetrol.

1. 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 y no corresponden a la tipología contractual de los contratos de obra pública, 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
2. Se desconoce lo establecido en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 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.
3. 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.
4. 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 – Agencia Nacional de Hidrocarburos. De no celebrar estos contratos se haría imposible el desarrollo de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

La Sentencia de Unificación 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 11 de febrero de 2021, se podía concluir que se trataba de contratos de confección de

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

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 No. 5206579 de 2009, que tiene por objeto las “*obras de construcción y montaje para el sistema de almacenamiento de crudo en la batería petrolera pertenecientes a la Gerencia Regional Catatumbo Orinoquía de Ecopetrol S.A.*”

Si en el proceso 2016-00391 se hubiera aplicado la regla establecida en la Sentencia de Unificación, según la cual se debe analizar cada objeto contractual, se habría concluido que este contrato de obra, e inclusive los demás allí señalados, se realizaron en cumplimiento de las obligaciones que fueron adquiridas con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, 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 Agencia Nacional de Hidrocarburos), es decir son actividades propias de la explotación de hidrocarburos que no se realizan por fuera de los contratos Exploración y Producción (artículo 76, Ley 80 de 1993).

5. 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 2016-00391.

Recordemos 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. Dicha Regla No. 1 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. (subrayado por fuera del texto original)”

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 inicialmente demandadas por Ecopetrol, 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 Sentencia de Unificación, 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.

6. 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.
7. 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 no corresponden a contratos de obra pública sino que se trata de la tipología contractual desarrollada en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993; esto es, a actividades relacionadas con la exploración y explotación de recursos naturales a los cuales no se les puede aplicar la contribución de obra pública.
8. 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. 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:

“(…) en la fecha en que se profirió la sentencia atacada, ya se había expedido y notificado el precedente unificador cuya inaplicación reclama la parte actora, por lo que se trataba, en aquel momento, de la tesis jurisprudencial vigente; y, como garantía de los principios a la seguridad jurídica y confianza legítima, se hacía preciso acudir a las reglas en él fijadas para determinar el hecho generador de la contribución por obras públicas en el caso, lo que imponía dejar de lado la línea de decisión que se hubiera pregonado antes.

(…)

Bajo ese hilo argumentativo, para la Sala no se configura el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, en la medida en que el fallo de unificación en el cual

se fundó la sentencia del 11 de febrero de 2021, era aplicable, por cuanto pretendió condensar el precedente judicial respecto del hecho generador de la contribución para obras públicas, tornándose obligatorio, a pesar de la tesis que se hubiese proclamado en anterioridad”.

Bajo este entendimiento, los contratos que fueron suscritos con anterioridad a la Sentencia de Unificación, NO debían aplicar el precedente jurisprudencial y administrativo que estaba vigente en el momento en el que se efectuaron las operaciones que hoy son objeto de revisión, y que validaba el hecho de que los contratos suscritos por Ecopetrol, no correspondían a la categoría de contratos de Obra Pública.

Por el contrario, concluye esta sentencia que lo correcto en el caso de Ecopetrol, era aplicar las nuevas reglas de interpretación de la Sentencia de Unificación, que eran desconocidas para el momento en que se suscribieron los contratos, que es cuando se causa o no el tributo que aquí se analiza.

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.

9. 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 artículo 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 que tendría que pagar 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

En este capítulo presentamos los aspectos a tener en cuenta frente a la 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 provisiones 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 Sentencia de Unificación dentro del mismo, sentencia que determinó nuevas reglas que se están aplicando en la proveído que es objeto de tutela y de impugnación. 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.

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 Sentencia de Unificación, 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 Sentencia de Unificación 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 11 de febrero de 2021 dentro del proceso

de radicado 25000-23-37-000-2016-00391-01 (23418), 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 Sentencia de Unificación 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 Sentencia de Unificación 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 DE UNIFICACIÓN

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 2009-2010, 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

1. La regla No. 1 de la Sentencia de Unificación del 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.”

2. 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 Sentencia de Unificación, improcedentes para el presente caso.
3. La Sentencia que mediante este escrito se impugna, señaló que resultaba claro que, de los contratos incluidos en el fallo proferido el 11 de febrero del 2021, 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 No. 5206579 de 2009, del 04 de junio de 2008, que tiene por objeto las *“obras de construcción y montaje para el sistema de almacenamiento de crudo en la batería petrolera pertenecientes a la Gerencia Regional Catatumbo Orinoquía de Ecopetrol S.A.”*

4. Si en el proceso 2016-00391 se hubiera aplicado la regla establecida en la Sentencia de Unificación, 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 Agencia Nacional de Hidrocarburos, 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 Agencia Nacional de Hidrocarburos), es decir son actividades propias de la explotación de

hidrocarburos que no se realizan por fuera de los contratos de Exploración y Producción (artículo 76 de la Ley 80 de 1993).

VIII. OMISIÓN EN EL ANÁLISIS DE LOS CARGOS INVOCADOS POR ECOPETROL

1. Como se mencionó en el primer capítulo de esta impugnación, en el escrito de tutela Ecopetrol formuló varios cargos de violación de los derechos constitucionales en cabeza de Ecopetrol, cargos cuyo análisis no fue desplegado por este Despacho en la tutela objeto de esta impugnación.

Por ejemplo, se obvió el pronunciamiento y respectivo análisis sobre la esencia de cada uno de los contratos que sirvieron de base para el cobro de la contribución por contratos de obra pública. Tampoco se evidencia el estudio sobre la violación al derecho al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y el principio de confianza legítima por la aplicación retroactiva de la Sentencia de Unificación. Y no se pronunció tampoco sobre los salvamentos de voto.


2. Si bien hubo un comentario general sobre la equivocada valoración de los contratos y la errada interpretación de la prescripción, consideramos que el tema no fue lo suficiente ni correctamente abordado por este Despacho y en consecuencia, ello debe ser objeto de análisis en una segunda instancia.
3. Recordemos que en aras de preservar el principio de congruencia de las sentencias entre las pretensiones y lo resuelto, los fallos judiciales deben pronunciarse sobre todos y cada uno de los cargos formulados por el demandante o accionante. En el caso que nos ocupa, consideramos que dicho principio se vio también vulnerado.

IX. SOLICITUD

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicito se **REVOQUE** el fallo del 1° de octubre de 2021 proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 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.

En consecuencia, se **DEJE SIN EFECTO** la Sentencia del 11 de febrero de 2021, proferida Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, dentro del proceso 25000-23-37-000-2016-00391-01 (23418) 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 Bogotá

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

Apoderado General de Ecopetrol