

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: **MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación:** 25000-23-26-000-2011-00681-01 (52454)

**Actor:** COMPRAVENTA DE SOLVENTES COLOMBIANOS LTDA.

**Demandado:** UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO Y OTROS

**Referencia:** ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

*Temas: ECOPETROL S.A. – De acuerdo con lo previsto en los artículos 1° y 6° de la Ley 1118 de 2006, Ecopetrol S.A. es una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, cuyos actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa / DAÑO - Para que el daño sea resarcible debe ser cierto, concreto o determinado y personal.*

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró probada la excepción de indebida escogencia de la acción.

#### I. SÍNTESIS DEL CASO

Se pretende la declaratoria de responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la Unidad de Información y Análisis Financiero y de Ecopetrol S.A., por la afectación a la actividad comercial que realizaba Cosolco Ltda. debido a su retiro injustificado del canal de distribución de disolventes aromáticos y alifáticos de Ecopetrol S.A.

#### II. ANTECEDENTES

## 1. La demanda

Mediante escrito presentado el 12 de julio de 2011 (fl. 2 c. ppal.) -corregido el 5 de septiembre siguiente (fl. 68 c. ppal.)-, la sociedad Compraventa de Solventes Colombianos Ltda. (en adelante Cosolco Ltda.), actuando por conducto de apoderado judicial (fl. 1 c. ppal.), interpuso demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Hacienda – Unidad de Información y Análisis Financiero (en adelante UIAF) y Ecopetrol S.A., con el fin de que se emitieran las siguientes declaraciones y condenas (fl. 3 c. ppal.):

*Primera: Se declare a la parte demandada - Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público Unidad Administrativa de Información y Análisis Financiero - UIAF - y a ECOPETROL S.A. patrimonial y solidariamente responsables por los perjuicios causados a COSOLCO LTDA. en razón a las acciones y omisiones desplegadas en contra de COSOLCO LTDA. en el reporte, sin causa, de operaciones sospechosas y en el retiro injustificado del canal de distribución de Ecopetrol S.A.*

*Segundo: Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la parte demandada Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Unidad Administrativa de Información y Análisis Financiero- UIAF - y a ECOPETROL S.A. - al reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados a COSOLCO LTDA a título de daño emergente y lucro cesante presente y futuro, de la suma de \$248.745.886.628, o la que se llegare a probar en el proceso.*

*Tercero: Se condene en costas a las demandadas.*

*Cuarta: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.*

*Quinta: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

Como fundamento fáctico de la demanda, en síntesis, se adujo lo siguiente:

Cosolco Ltda. es una sociedad comercial constituida el 3 de agosto de 2007. Su objeto social es la *compra de insumos a ECOPETROL, la exportación e importación de todo tipo de sustancias acorde a la normatividad vigente y desarrollar actividades relacionadas con la compra y venta de insumos para disolventes*” (fl. 4 c. ppal.).

En cumplimiento de su objeto social, Cosolco Ltda. comercializa productos químicos controlados (tolueno, disolvente uno/apiasol, disolvente dos y metanol) y no controlados (xileno, disolvente tres, disolvente cuatro). En relación con los productos controlados, la Dirección Nacional de Estupefacientes expidió el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes No. 48028 del 13 de mayo de 2009.

En el 2008 ECOPETROL S.A. *“inició la consolidación del canal natural de distribución de los disolventes producidos y comercializados por dicha empresa, a través de los cuales (sic), entre otros objetivos, se busca “implementar prácticas profesionales en la gestión comercial a través de la fuerza de venta calificada” (fl. 5 c. ppal.). Cosolco Ltda. “se ajustó a los parámetros y exigencias definidos por ECOPETROL y se incorporó al canal natural de distribución” (fl. 5 c. ppal.).*

A partir de dicha incorporación al canal de distribución, *“COSOLCO LTDA celebró con ECOPETROL y dio cumplimiento a cuatro ofertas comerciales trimestrales en el año 2009 y una en el año 2010 por sus productos disolventes 1, 2, 3 y 4, xileno y tolueno” (fl. 6 c. ppal.).*

Para el segundo trimestre de 2010, debido a unas variaciones en las condiciones de la oferta efectuada por ECOPETROL S.A., y previa solicitud de Cosolco Ltda. en ese sentido, la empresa petrolera emitió la correspondiente oferta comercial a la sociedad Silquin Ltda. -y no a Cosolco Ltda.-.

Contra el señor Alberto William Yepes Quintero, subgerente de Cosolco Ltda., se inició un proceso penal por el delito *de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos. Las sustancias involucradas en dicha investigación fueron: Metil etil cetona, hexano y acetato de etilio, ninguna de las cuales se comercializada (sic) por Cosolco Ltda.” (fl. 7 c. ppal.).*

El 10 de marzo de 2010, el señor Yepes Quintero se allanó a los cargos imputados en la diligencia adelantada ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En la demanda no se especifica a qué municipio pertenece ese juzgado.

A raíz de la existencia de ese proceso penal, el 24 de marzo de 2010 se llevó a cabo una junta extraordinaria de los socios de Cosolco Ltda., en la que se decidió remover al señor Alberto William Yepes Quintero de su cargo de subgerente.

Mediante resolución 0683 del 8 de abril de 2010 la Dirección Nacional de Estupefacientes *“dispuso anular unilateralmente el Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes No. 48028 de mayo 13 de 2009. En este acto administrativo, la entidad aduce como soporte para su decisión la situación presentada con el señor Alberto William Yepes Quintero” (fl. 8 c. ppal.). Frente a*

esta decisión se interpuso el recurso de reposición.

Durante el mes de abril de 2010, Cosolco Ltda. le comunicó a ECOPETROL S.A. el contenido de la resolución 0683 del 8 de abril de 2010 y de su impugnación, así como de los oficios y certificados expedidos por la Fiscalía que señalaban que no existía una investigación penal que involucrara a Cosolco Ltda.

El 11 de mayo de 2010 ECOPETROL S.A. emitió una circular en la que informó el retiro de Cosolco Ltda. como uno de sus distribuidores del canal natural de comercialización de disolventes aromáticos y alifáticos.

Entre el 21 de mayo de 2010 y el 2 de julio siguiente, entre Cosolco Ltda. y ECOPETROL S.A. se cruzaron comunicaciones en las que la hoy accionante presentaba algunas precisiones sobre el alcance de la investigación penal adelantada contra el señor Yepes Quintero, en el sentido de señalar que en dichas diligencias no estaba involucrada Cosolco Ltda.

Por su parte, la empresa de petróleos señaló que no resultaba viable continuar con la relación comercial hasta tanto se resolviera el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 0683 del 8 de abril de 2010. También precisó que de esta situación se puso en conocimiento a la UIAF, en cumplimiento de las obligaciones que como entidad vigilada debía cumplir en relación con la prevención de lavado de activos, cuyos reportes a las autoridades gozaban de reserva legal.

Mediante la resolución 1122 del 21 de julio de 2010 se repuso el acto recurrido, con base en lo señalado en el oficio 50000-00109 del 18 de junio de 2010, expedido por la Fiscalía 16 de la UNAIM Cali, en el que se *“informó que no existen elementos probatorios que vinculen a la empresa COSOLCO LTDA en la comisión del tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos ni se ha realizado ninguna investigación que tenga relación con dichas empresas, sus socios ni sus representantes legales”* (fl. 8 c. ppal.).

En relación con estos hechos, en la demanda se precisó (fl. 74 c. ppal.):

*La Unidad Administrativa de Información y Análisis Financiero UIAF al recibir un reporte de operación sospechosa sin base objetiva ni probatoria alguna debió haberlo archivado e informado inmediatamente a ECOPETROL que tal reporte no era admisible y sobre el mismo no se solicitaría ninguna acción de las autoridades competentes, pero aparentemente no lo hizo, por cuanto, ECOPETROL sin sustento fáctico ni legal alguno retiró a COSOLCO LTDA del canal natural de distribución.*

*La Unidad Administrativa de Información y Análisis Financiero - UIAF y ECOPETROL S.A. han omitido el deber de efectuar un análisis serio y detallado para efectos de reportar y evaluar la existencia de una operación sospechosa,*

*omisión que llevó a que COSOLCO LTDA fuera retirado del canal natural de distribución, lo cual imposibilita a dicha empresa a (sic) ejercer su actividad comercial, todo lo cual le ha causado un daño que no está en la obligación de soportar (...).*

*Estas actuaciones irregulares de ECOPETROL en el reporte de operación sospechosa de COSOLCO LTDA y su retiro del Canal de Distribución y la omisión de la UIAF en la revisión, procedimiento y toma de decisiones frente al reporte de operación sospechosa sin fundamento efectuado por ECOPETROL causaron el daño patrimonial a mi representada que originan y soportan las pretensiones de la demanda.*

## **2. Trámite en primera instancia**

2.1. Mediante auto del 11 de agosto de 2011 (fl. 67 c. ppal.) se inadmitió la demanda. El 5 de septiembre siguiente, la parte actora presentó el escrito de corrección correspondiente (fl. 68 c. ppal.) y en proveído del 13 de octubre de esa anualidad se admitió la demanda (fl. 77 c. ppal.), actuación que fue notificada en debida forma a las demandadas (fls. 82 a 83 c. ppal.) y frente a la cual la UIAF interpuso el recurso de reposición (fl. 83 c. ppal.), que le fue resuelto desfavorablemente (fl. 109 c. ppal.).

Posteriormente, mediante escrito del 3 de febrero de 2012 se reformó la demanda<sup>2</sup> (fl. 112 c. ppal.), a partir de lo cual se profirió el correspondiente auto admisorio (fl. 245 c. ppal.), el cual se notificó con las exigencias de ley (fl. 247 a 249 c. ppal.).

<sup>2</sup> Únicamente en lo relacionado con (i) la introducción de un hecho (los socios de la hoy accionante “instauraron denuncia penal por los delitos de injuria, calumnia, y falsedad ideológica en documento privado contra empleados indeterminados de Ecopetrol), (ii) adición de la petición probatoria y (iii) reforma de la estimación razonada de la cuantía.

2.2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones. Para el efecto señaló que carecía de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto las imputaciones efectuadas en la demanda están enfiladas contra Ecopetrol S.A. y la UIAF, ambas entidades que tienen personería jurídica. También se adujo que la demanda era inepta por cuanto el requisito de conciliación extrajudicial no se agotó en relación con esta cartera ministerial (fls. 93 y 250 c. ppal.).

2.3. Ecopetrol S.A. solicitó que se negaran las pretensiones por considerar que la acción incoada fue la incorrecta, al respecto señaló (fl. 219 c. ppal.):

*[S]e observa que COSOLCO utilizó una vía para reclamar a ECOPETROL que no es la adecuada. El tema contractual en esta demanda surge necesariamente pues la modificación de los términos de las Ofertas Mercantiles de Venta de Disolventes de ECOPETROL y el retiro del canal natural de distribución de disolventes de COSOLCO se originó en circunstancias propias del desarrollo comercial de un fabricante con sus comercializadoras. Siendo así las cosas no se debía de haber intentado esta ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, como quiera que no es la vía para reclamar las controversias contractuales y, en dicho orden de ideas no hay lugar a la vinculación de ECOPETROL y la UIAF a esta demanda.*

En relación con la naturaleza contractual del conflicto, también se adujo que *“ECOPETROL actuó dentro de la órbita de las facultades que le permite el derecho privado para retirar del canal de distribución a una comercializadora en desarrollo de la libertad de contratar con quien quiera, en los términos y condiciones que estime convenientes para sus propios bienes y recursos y para satisfacer cabalmente las necesidades de los consumidores finales”* (fl. 221 c. ppal.).

Además, consideró que no se encontraban probados los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Sobre este punto, señaló que la parte actora *“no demuestra el daño sufrido y la cuantía del proceso indicada está fuera de todo contexto”* (fl. 223 c. ppal.).

Adicionalmente, se indicó que ante el eventual reconocimiento de la existencia de daño, este no era atribuible a las entidades accionadas, quienes además de actuar en cumplimiento de sus funciones y obligaciones de orden legal -relativas al reporte e investigación de operaciones sospechosas-, no fueron las causantes de las afectaciones alegadas en la demanda, puesto que quien dio lugar a esta situación fue el señor Alberto William Yepes, subgerente de Cosoloco Ltda. y quien incurrió en el delito de *“tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos”* (fl. 219 c. ppal.).

2.4. En su escrito de contestación, la UIAF formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que (fl. 168 c. ppal.):

*En el sub examine resulta claro, tal como se desprende del extenso análisis que en líneas anteriores se efectuó respecto de la normatividad aplicable a la UIAF, que dicha Unidad no tiene relación alguna:*

*- Ni con el vínculo comercial o contractual que unió a la demandante COSOLCO con ECOPETROL, y cuya desmejora/modificación/terminación constituyen el motivo de su demanda.*

*- Ni con la decisión que es reputada como constitutiva del daño por la demandante (su exclusión por parte de ECOPETROL del canal de distribución de disolventes de la empresa) puesto que esa es una decisión unilateral tomada por la empresa en virtud de su autonomía contractual propia de su régimen privado (artículo 6 de la Ley 1118 de 2006)*

*- Ni con la información que supuestamente motivó esa decisión, puesto que ECOPETROL informó (en cumplimiento de su deber legal) lo que consideró era una actividad sospechosa, y de allí en adelante la gestión que de dicha información haga la UIAF se encuentra sometida a reserva.*

*No puede entonces pretender el demandante vincular a ésta Unidad elucubrando el artificioso argumento de que ésta tenía el deber de informar al ECOPETROL el resultado de su análisis al reporte de la actividad sospechosa, pues como ya se ha demostrado, no existe una obligación legal o reglamentaria en tal sentido, y por el contrario, la ley dispone una estricta reserva de dicha información.*

2.5. Mediante auto del 2 de abril de 2013 se abrió a pruebas el proceso (fl. 277 c. ppal.). Una vez surtida esta etapa se dio traslado a las partes para alegar de

conclusión (fl. 349 c. ppal.).

2.5.1. En su escrito de alegatos, la UIAF insistió en su falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que, de lo probado en el expediente, solamente puede concluirse que la exclusión de Cosolco Ltda. del canal de comercialización obedeció exclusivamente al ejercicio de la autonomía de la voluntad negocial por parte de Ecopetrol S.A. (fl. 364 c. ppal.).

2.5.2. Ecopetrol S.A. efectuó un recuento de las pruebas practicadas y concluyó que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad del Estado y que en realidad fue Cosolco Ltda. la que voluntariamente se retiró del canal de comercialización (fl. 371 c. ppal.).

2.5.3. El Ministerio de Hacienda reiteró las consideraciones expresadas en la contestación de la demanda (fl. 430 ppal.).

2.5.4. Cosolco Ltda. solicitó que se accediera a las pretensiones. Para el efecto precisó que la UIAF sí tenía el deber legal de informar a Ecopetrol S.A. sobre las actuaciones que se habían adelantado a partir del reporte de operaciones sospechosas efectuadas por la empresa petrolera.

Además, realizó un recuento crítico de las pruebas obrantes en el plenario para señalar que Ecopetrol S.A. tuvo conocimiento de que la conducta punible desplegada por su subgerente no tenía que ver con la actividad comercial realizada por Cosolco Ltda. y que la resolución que revocó inicialmente el certificado de carencia de informes de tráfico de estupefacientes fue posteriormente revocada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, de manera que las razones que fundaron la exclusión del canal de comercialización fueron superadas (fl. 431 c. ppal.).

### **3.- La sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia del 24 de julio de 2014 (fl. 450 c. ppal.), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de indebida escogencia de la acción. Para arribar a esta conclusión, el *a quo* consideró que la fuente de los perjuicios alegados es un acto administrativo expedido por Ecopetrol S.A., mediante el cual culminó la relación comercial y contractual que tenía con Cosolco Ltda., razón por la cual la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto se señaló en los siguientes términos (fl. 455 c. ppal.):

*[E]ncuentra la Sala que las reclamaciones objeto de la presente Litis, no están enmarcadas dentro del proceso de reparación directa, ya que atañen a asuntos netamente comerciales, derivados de un contrato que se generó con la*

*aceptación de la oferta, vía de orden de compra No. 006 de 22 de diciembre de 2009 y el cual fue terminado por acto administrativo.*

*Así las cosas, la acción procedente para abordar las pretensiones de la presente demanda no es la acción de reparación directa, ya que a través de la presente acción se solicita se declare responsable a la demandada por los perjuicios morales y materiales causados a la accionante, con la expedición del acto administrativo durante la ejecución de un contrato estatal, mediante el cual ECOPETROL decidió retirar a COSOLCO LTDA de su canal natural de comercialización de disolventes aromáticos y alifáticos y por ende no vender más sus productos (...).*

*Así las cosas, es indudable que la indemnización del perjuicio ocasionado al demandante con la expedición de un acto administrativo exige desvirtuar previamente la presunción de legalidad del mismo, lo cual se materializa a través del mecanismo procesal de la acción de controversias contractuales, por tratarse de un acto administrativo producido en ejecución de un contrato de suministro.*

*Es por esto, que la Subsección considera que la acción escogida debió ser la de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser la procedente, pues lo que buscaba era el control de legalidad de unos actos administrativos de carácter particular y concreto, y a partir de dicho control, el restablecimiento del derecho consistente en la indemnización por la terminación unilateral de la relación contractual de compra de insumos, que en estricto sentido es la reparación del daño, pretensión ésta que es coincidente con lo pedido a través de la demanda que nos ocupa.*

#### **4.- El recurso de apelación**

De manera oportuna, la parte actora formuló recurso de apelación por considerar que en la sentencia de primera instancia no se hizo una correcta identificación y abordaje del problema jurídico planteado por las partes en conflicto. Específicamente, señaló que el *a quo* erró al señalar que se demandó un acto administrativo o que el conflicto era de naturaleza contractual, porque eso no fue lo expresado en la demanda. En el recurso se adujo (fl. 463 c. ppal.):

*Como se aprecia a simple vista, luego de confrontar la transcripción con el escrito de la demanda y en general con el expediente, yerra en forma grave la primera instancia al definir el objeto de esta reclamación judicial, pues, en el caso del demandado Ecopetrol, la desvinculación de su canal de distribución de disolventes no se realizó a través de un acto administrativo; y en cuanto a la UIAF, a esta entidad no se le endilga la responsabilidad por la expedición del Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes, sencillamente porque la UIAF no tiene dentro de sus competencias la expedición de dicho certificado, dado que lo emite la Dirección Nacional de Estupefacientes, a través de su Subdirección de Estupefacientes.*

*Es importante precisar que en la decisión sujeta a reproche ECOPETROL no actuó con las atribuciones propias de la autoridad pública, en ejercicio de potestad administrativa y, por lo tanto, no estamos en presencia de un acto administrativo.*

*Viendo lo anterior es entendible, entonces, la confusión que reinó de ahí en adelante en la argumentación jurídica plasmada en la sentencia recurrida.*

*En efecto, en este caso no está comprometido ningún acto administrativo y, por ello, no se utilizó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y mucho menos la acción contractual porque no se está en presencia de una reclamación contractual. En ese orden de ideas, es totalmente improcedente la decisión del resolutorio de la sentencia recurrida de "Declarar de oficio la*



*indebida escogencia de la acción”.*

En la apelación también se sostuvo que la UIAF, así como tenía el deber legal de centralizar, sistematizar y analizar la información de actividades sospechosas enviada por Ecopetrol, también debía informar a la empresa qué actuaciones se habían adelantado a partir del reporte, de manera que la petrolera pudiera constatar la ausencia de investigaciones contra Cosolco Ltda.

En relación con Ecopetrol S.A., en la apelación se sostuvo que el *a quo* erró al no percatarse que las razones por las cuales Cosolco Ltda. fue excluido del canal de distribución fueron superadas, al constatarse mediante diversos medios de prueba (i) que la conducta punible desplegada por su subgerente no tenía que ver con la actividad comercial de la empresa y (ii) que la resolución que *anuló unilateralmente* el certificado de carencia de informes de tráfico de estupefacientes fue revocada por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

El recurso de apelación fue concedido mediante auto del 9 de septiembre de 2014 (fl. 487 c. ppal.).

## **5.- Trámite en segunda instancia**

5.1. Mediante proveído del 7 de noviembre de 2014, esta Corporación admitió el recurso de apelación (fl. 491 c. ppal.). Luego, en auto del 4 de diciembre siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 493 c. ppal.).

5.2. Ecopetrol S.A. (fl. 494 c. ppal.), Cosolco Ltda. (fl. 534 c. ppal.) y la UIAF (fl. 555 c. ppal.) alegaron de conclusión e insistieron en los argumentos expresados a lo largo del proceso. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

5.3. Mediante escrito presentado el 23 de agosto de 2019 la ANDJE intervino para solicitar que se confirmara la sentencia de primera instancia, en atención a que el retiro de la sociedad accionante del canal de distribución de Ecopetrol S.A. obedeció a una actuación que se sujetó al ordenamiento jurídico, la cual se encuentra vertida en un acto administrativo, lo que lleva a concluir que hubo una indebida escogencia de la acción (fl. 612 c. ppal.).

## **III. CONSIDERACIONES**

### **1.- Competencia**

De Acuerdo con lo previsto en el artículo 129 del CCA, el Consejo de Estado es

competente para conocer del presente asunto, en la medida en que se resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que tiene vocación de doble instancia.

## **2.- Idoneidad de la acción y la oportunidad para su ejercicio**

Dado que en la sentencia de primer grado se declaró la indebida escogencia de la acción, corresponde a la Sala establecer si tal decisión se ajustó a derecho, en atención a que esta cuestión fue el punto axial de los reparos formulados por la apelante. Una vez precisada la idoneidad de la acción, se determinará si su ejercicio fue oportuno.

En el presente asunto se pretendió la reparación de los perjuicios causados a Cosolco Ltda. por su retiro injustificado del canal de distribución de Ecopetrol S.A. De acuerdo con la demanda esta decisión se concretó el 11 de mayo de 2010, cuando *“Ecopetrol emite una circular en la que informa el retiro de uno de sus distribuidores (Cosolco Ltda.) de su canal natural de comercialización de disolventes aromáticos y alifáticos”* (fl. 9 c. ppal.).

El *a quo* sostuvo que los cuestionamientos planteados en la demanda no corresponden al objeto de la acción de reparación directa, por cuanto estuvieron enfocados contra un acto administrativo mediante el cual se adoptó la decisión de dar por terminada una relación comercial, al excluirse a la accionante del canal de distribución.

En la apelación se adujo que la mencionada decisión no estaba contenida en un acto administrativo, debido a que, para su adopción, Ecopetrol S.A. *“no actuó con las atribuciones propias de la autoridad pública, en ejercicio de potestad administrativa”*, y tampoco *“se está en presencia de una reclamación contractual”*, en atención a que no se formularon pretensiones derivadas de la existencia de un contrato.

Para el caso concreto, se tiene que Cosolco Ltda. hacía parte del canal natural de distribución de disolventes aromáticos y alifáticos, hecho que además de estar acreditado mediante diversos medios probatorios -aspecto sobre el que se vuelve párrafos más adelante-, en estricto sentido quedó exento del tema de la prueba, pues nunca fue controvertido por la parte demandada.

Aunque Cosolco Ltda. fue excluida del grupo de empresas que integraban el

mencionado canal de distribución, la Sala precisa que esta decisión no se encuentra contenida en un acto administrativo, ni fue proferida durante la ejecución de una relación contractual, de manera que la acción de reparación directa marca la vía procesal adecuada para resolver las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 1° y 6° de la Ley 1118 de 2006, Ecopetrol S.A. es una *“Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía”*, cuyos *“actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social (...) se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”*.

Según la jurisprudencia de la Corporación, los actos jurídicos relacionados con la gestión del objeto social de las entidades cuya actividad sea regida por el derecho privado, no son actos administrativos<sup>3</sup>. Esto es así, por virtud del principio de legalidad, según el cual ningún sujeto puede proferir actos de esa naturaleza sin que exista un precepto normativo que inequívocamente lo habilite para tal efecto, máxime cuando el régimen jurídico al que se encuentran sometidos no es el de derecho público.

Ahora bien, aunque estos actos no sean administrativos, para su producción deben observarse los principios que orientan la función administrativa, conforme lo prevé el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cuya aplicación no desnaturaliza el régimen y naturaleza jurídica de tales actos.

En el presente asunto, la decisión de excluir a Cosolco Ltda. de la lista de empresas que conformaban el canal de distribución se dio a conocer mediante la Circular expedida por la Gerencia de Petroquímicos e Industriales de Ecopetrol S.A. el 11 de mayo de 2010 (fl. 352 c. 2).

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 11 de mayo de 2020, exp. 58562; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. 39800; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, exp. 54688; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de julio de 2018, exp. 59530; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 23 de septiembre de 1997, exp. S-701.

En los interrogatorios a instancia de parte rendidos por los representantes de Cosolco Ltda. y de Ecopetrol S.A.<sup>4</sup>, se precisó que al momento en que la accionante quedó por fuera del canal de distribución, no existía un contrato en ejecución, puesto que la dinámica del canal consistía en que las empresas recibían ofertas

comerciales trimestrales, las cuales pasaban a ser contratos solamente con la aceptación que éstas manifestaran a través de una orden de compra.

Así las cosas, para el 11 de mayo de 2010, ya se había ejecutado el contrato del primer trimestre de esa anualidad y la oferta que se haría para el siguiente trimestre se estaba negociando con Silquin Ltda., empresa que reemplazaría a Cosolco Ltda., tal como se precisa párrafos más adelante.

De lo anterior da cuenta el señor Juan Carlos Silva Quinchía, representante legal de Cosolco Ltda., quien señaló (fl. 479 c. 2):

*PREGUNTA: 1: Sírvese informar a este despacho cómo se incorporó Cosolco al canal de distribución de productos de Ecopetrol CONTESTO: Cosolco se vincula al canal de distribución por una invitación que hace Ecopetrol a sus clientes para que asedan (sic) por compra de volúmenes a descuentos que serían otorgados mensualmente, primero solamente por compras luego a través de la estructura de un canal de distribución al cual fue invitado (sic) la compañía que represento. PREGUNTO: 2: recuerda usted la fecha de la comunicación de Ecopetrol? CONTESTO: comunicación del primero de agosto de 2006. PREGUNTO: 3: En esa comunicación Ecopetrol le indicaba los derechos que tenía Cosolco como integrante del canal de distribución? CONTESTO: no se hacía ninguna mención a ninguna compañía en especial solamente estructuraron un porcentaje de descuentos de acuerdo al volumen retirado de disolventes alifáticos y aromáticos. PREGUNTO: cuarto, sírvase informar a este despacho si Cosolco tiene suscrito algún contrato de distribución de productos elaborados o importados por Ecopetrol? CONTESTO: no, en este momento no tenemos ninguna relación comercial con Ecopetrol ya que fuimos excluidos por la gerencia de Ecopetrol circunstancia que originó esta demanda (...). PREGUNTA: 5: Cómo se vinculaba jurídicamente Cosolco con Ecopetrol para la distribución de los productos elaborados o importados por Ecopetrol CONTESTO: Se vinculaba a través de ofertas comerciales que eran motivadas en la gerencia de Ecopetrol, antes de ser excluidos del canal las ofertas eran trimestrales y por información que aparece en la página web de Ecopetrol las empresas que hacen parte del canal de distribución a excepción de Cosolco tienen vigencias a través de un contrato de comercialización de un año. PREGUNTO: 6. Quién elaboraba esas ofertas que le formulaban a Cosolco? CONTESTO: Las elaboraba Ecopetrol en documento enviado a la compañía enviaban las condiciones en las cuales se participaba del canal. PREGUNTO:7: Cómo eran aceptadas las ofertas de Ecopetrol por*

<sup>4</sup> “Artículo 203. Interrogatorio a instancia de parte. Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso. En la segunda instancia el interrogatorio sólo podrá pedirse en los casos señalados en el artículo 361. Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales podrá citarse a todos para el interrogatorio, y cualquiera de ellos deberá concurrir a absolverlo, aunque no esté facultado para obrar separadamente (...).”

*parte de Cosolco? CONTESTO: Eran aceptadas en su totalidad ya que Ecopetrol eran (sic) el único productor en Colombia de estos productos y además se accedían a unos beneficios que Ecopetrol otorgaba por cumplir un mínimo de compras en galones que Cosolco siempre cumplió.*

El señor Rafael Gilberto Manrique Vacca, representante de Ecopetrol S.A.<sup>5</sup> precisó (fl. 342 c. 4):

*PREGUNTA:1, Explíqueme al despacho cómo funciona el canal de distribución de los disolventes aromáticos y alifáticos que maneja Ecopetrol CONTESTO: Estos productos están controlados de alguna manera en su distribución por las*

*normas expedidas para tal propósito, y en este contexto la gerencia correspondiente teniendo en cuenta que no puede mantener inventario del producto los distribuye teniendo en cuenta los índices de oferta y demanda del producto para lo cual establece las condiciones de participación a quienes estén interesados en adquirirlos (...). PREGUNTA:5, Explíqueme al despacho los detalles de la relación comercial entre la empresa COSOLCO y ECOPETROL CONTESTO: Si, entre COSOLCO y ECOPETROL se dieron para el año 2008 - 2009, relaciones comerciales para la distribución de algunos productos en buena parte controlados por el gobierno nacional para su distribución, consistía en una invitación a ofertar, para cada compra en particular por un periodo determinado dirigido a varias entidades entre ellas COSOLCO, en el caso particular disolventes alifáticos, aromáticos y otros producidos en la refinería de ECOPETROL, de existir la oferta y cumpliendo aquella los requisitos ECOPETROL asignaba el cupo ofertado y así operaba el negocio jurídico comercial; cada oferta y cada aceptación de oferta en particular constituían un solo negocio jurídico, durante esta relación comercial COSOLCO hizo su última oferta el 22 de diciembre de 2009, en relación con la oferta comercial 2 - 2009 005 3079; sin embargo, COSOLCO manifiesta inconformidades frente a la manera como se desarrollaron estos negocios en la comunicación del 16 de febrero de 2010; 20 días después, el 18 de marzo de 2010, el representante de COSOLCO, en nombre de la sociedad manifiesta que de manera irrevocable confiere los derechos de la empresa a SILQUIM LTDA, respecto de la oferta comercial que menciona hacer para el periodo abril, mayo y junio de 2010; en estas condiciones se entiende por ECOPETROL que COSOLCO se aparta o se retira como oferente de ECOPETROL para procesos de contratación de disolventes dejando así manifiesto que su intención de regresar como oferente en un corto plazo (...).*

Por otra parte, la Sala precisa que la decisión de excluir a Cosolco Ltda. del canal de distribución tampoco se encuentra vertida en un acto administrativo, pues la determinación de los integrantes de ese canal corresponde a una actuación *necesaria para administrar y desarrollar el objeto social* de Ecopetrol S.A., y en esa medida, es una actividad que se rige exclusivamente por las reglas de derecho privado, al tenor de lo previsto en el artículo 6° de la Ley 1118 de 2006.

Visto lo anterior, la Sala concluye que debe revocarse la decisión de declarar la indebida escogencia de la acción adoptada en la primera instancia, en atención a

<sup>5</sup> Como consta en el certificado de existencia y representación legal (fl. 230 vto. c. ppal.).

que la demandante no convoca a un debate sobre la legalidad de un acto administrativo, ni sobre el incumplimiento de un contrato, sino que se trata de un conflicto que debe tramitarse a través de la reparación directa.

El numeral 8° del artículo 136 del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998<sup>6</sup>, reguló lo concerniente a la caducidad de las acciones, en el sentido de señalar que, en materia de reparación directa, este término debía computarse “*a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa*”.

En el presente asunto se pretende la declaratoria de responsabilidad de las

accionadas por los perjuicios causados a Cosolco Ltda. por su retiro injustificado del canal de distribución de Ecopetrol S.A. Según se expresó en la demanda, esta situación se concretó el 11 de mayo de 2010<sup>7</sup>, de manera que el término para presentar la demanda de reparación directa corría hasta el 12 de mayo de 2012. En ese contexto, la acción impetrada el 12 de julio de 2011 (fl. 2 c. ppal.) fue interpuesta oportunamente, máxime si se tiene en cuenta que la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 28 de febrero de 2011 y la respectiva constancia se expidió el 26 de mayo de esa anualidad (fl. 1 c. 2).

### **3.- Legitimación en la causa**

Para efectos de proveer sobre la legitimación material en la causa por activa, además del recuento fáctico que de los hechos probados, se hará párrafos más adelante, debe recordarse que Cosolco Ltda. funda sus pretensiones en el hecho de haber sido retirada injustificadamente del canal de distribución de Ecopetrol S.A., cuando esta entidad emitió - el 11 de mayo de 2010- *“una circular en la que informa el retiro de uno de sus distribuidores de su canal natural de comercialización”* (fl. 9 c. ppal.).

<sup>6</sup> *“Artículo 136. Caducidad de las acciones.*

*(...)*

*8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”.*

<sup>7</sup> Cuando *“Ecopetrol emite una circular en la que informa el retiro de uno de sus distribuidores (Cosolco Ltda.) de su canal natural de comercialización de disolventes aromáticos y alifáticos”* (fl. 9 c. ppal.).

Como ya se precisó, se encuentra probado que Cosolco Ltda. hacía parte del canal de distribución de disolventes aromáticos y alifáticos de Ecopetrol S.A. Este canal correspondía a un esquema de comercialización de productos químicos controlados y no controlados, que estaba integrado por unas empresas a las que, sin que mediara contrato de suministro o agencia comercial, Ecopetrol S.A. le hacía ofertas trimestralmente en las que ofrecía la venta de tales productos.

Cosolco Ltda. fue destinataria de varias de esas ofertas comerciales, siendo la última la remitida el 16 de diciembre de 2009, para la venta de los mencionados disolventes para los productos apiasol, disolvente # 1, disolvente # 2, disolvente # 3, disolvente # 4, hexano, tolueno y xileno, por el periodo comprendido entre enero y marzo de 2010 (fl. 234 c. 2).

El mismo 16 de diciembre de 2009, Ecopetrol S.A. remitió al gerente general de Cosolco Ltda. una comunicación en la que le puso de presente que, para la oferta

comercial en curso, se habían introducido algunas modificaciones en relación con los beneficios que normalmente se venían manejando en el canal de distribución (fl. 231 c. 2).

El 22 de diciembre de 2009 Cosolco Ltda. remitió los documentos necesarios “*para formalizar la aceptación de la oferta comercial*” (fl. 291 c. 2). Sin embargo, en comunicación del 4 de febrero de 2010, la hoy accionante señaló que tenía observaciones e inconformidades con las condiciones en que se venía ejecutando el contrato para el primer trimestre de 2010, las cuales consideró contrarias a lo previsto en el Código de Comercio y perjudiciales para su esquema de negocio, pues restringía la posibilidad de que esta empresa le vendiera los productos adquiridos en el canal de distribución a sus propios socios. En dicho escrito se manifestó (fl. 316 c. 2):

*"5.2. Beneficio Adicional por gestión logística y comercial: Profesionalización de ventas, certificación de tanques y capacidad de almacenamiento.*

*Condiciones generales para acceder al beneficio.*

*ECOPETROL S.A. ofrece este beneficio en forma mensual únicamente a los volúmenes que COSOLCO comercialice a terceros, entendiéndose por estos las personas naturales y/o jurídicas con las cuales COSOLCO no tenga ninguna clase de vinculación económica bajo el esquema de matrices y/o subordinadas, y/o participación accionaria de capital y/o situación de control y/o grupo empresarial... [Cita de la oferta enviada por Ecopetrol S.A.]”*

*Cabe anotar que esta disposición no se estableció en ninguna de las ofertas realizadas durante el año 2009 ni mucho menos durante la relación comercial anterior. Esta restricción de venta no se entiende desde un punto de vista societario y resulta perjudicial para la empresa. Quiero resaltar además:*

*En primer lugar no se encuentra en donde tiene asidero el hecho de no ofrecer los descuentos o beneficios (que son en sí el objeto del contrato) cuando las ventas se realicen a empresas o personas que se encuentren en alguna de las situaciones mencionadas por el artículo. Precisamente el Código de Comercio colombiano es muy claro al determinar que una sociedad constituye una persona jurídica distinta de sus socios, lo que significa que sus obligaciones y derechos son distintos, solamente extrapolables a los socios en casos de responsabilidades laborales y fiscales en los casos de las sociedades de responsabilidad limitada y ciertas obligaciones contables en los casos de Grupos Empresariales o situaciones de control. Sin embargo comercialmente son personas jurídicas distintas, y si el objeto del contrato de distribución tal y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia es la compra para la reventa, resulta a todas luces indebida la injerencia de ECOPETROL en los clientes a los cuales se les revende el producto.*

*En segundo lugar, esta injerencia no solo es indebida, sino evidentemente ilegal analizada en el marco de la relación contractual preexistente y de constituirse en una modificación arbitraria incluida en un contrato de adhesión. Esta actuación constituye claramente una arbitrariedad por parte de ECOPETROL y jurídicamente hablando se configura un abuso de la posición dominante contractual. Esto es evidente a la luz de los pronunciamientos que en la materia han tenido tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, que en reciente sentencia con ponencia del consejero Marco Antonio Velilla, consideró incluso abusivo de la posición dominante el hecho de influir indirectamente en la fijación de precios del distribuidor.*

*Es claro que los clientes de COSOLCO son responsabilidad de COSOLCO y que el objeto del contrato es la compra para la reventa, no la compra para la*

*reventa a quien ECOPETROL diga, porque en ese caso estaríamos entrando en el ámbito de una relación similar a la agencia comercial o a otro modelo contractual que nos otorgaría si bien estas obligaciones, también otros derechos no consignados en la Oferta.*

En este punto, la Sala pone de relieve que Cosolco Ltda. fue constituida por varias sociedades dedicadas a la comercialización de productos como los que se transaban mediante el canal de distribución al que se viene haciendo alusión<sup>8</sup>. De este modo, los bienes que compraba a través de ese canal eran vendidos a las mismas sociedades que la conformaron, situación que derivó en que Ecopetrol S.A.

<sup>8</sup> Así lo explicó el testigo José Guillermo López Mejía -representante legal de la sociedad Nycroacril de Colombia Ltda.- (fl. 74 c. 3): *“PREGUNTADO: En un breve relato manifieste usted al despacho lo que conoce sobre los hechos de la demanda. CONTESTO: nosotros con la empresa que tenemos en Bucaramanga en el ejercicio le compramos productos a Ecopetrol más o menos desde el año 2006 Ecopetrol empezó a hablar del tema de manejar unos cupos con las empresas y dejarles unos descuentos en las compras por el volumen mensual, inicialmente cada empresa empezó a hacer sus volúmenes y adquirir sus descuento otorgados por Ecopetrol posteriormente se creó la empresa Cosolco Ltda. para comercializar los productos de Ecopetrol esta empresa se constituyó con cuatro empresas con el fin de poder hacer los volúmenes que Ecopetrol iba a empezar a determinar y para poderlo lograr y quedar dentro del canal de comercialización tocaba hacer estas alianzas entre varias empresas para poder seguir operando directamente, ya después Ecopetrol genero unos contratos para poder cumplir con unos cupos trimestrales y mes a mes estableció unos descuentos y unas metas para cumplir y en ese orden se lograba en la parte final adquirir un descuento del 15% aproximadamente”.*

hiciera ajustes en el esquema de beneficios del canal, de manera que las empresas que vendieran tales productos a sus socios tuvieran valores diferentes a aquellas que los comercializaran con agentes externos.

A raíz de estas diferencias con Ecopetrol S.A., mediante comunicación del 18 de marzo de 2010, Cosolco Ltda. manifestó su **“voluntad irrevocable de conferir a la empresa SILQUIN LTDA. con NIT 890.325.787-2 los derechos y obligaciones derivados de la oferta comercial a suscribirse para abril, mayo, junio de 2010 que tienen como fin la comercialización de productos petroquímicos”** (fl. 338 c. 2).

En relación con esta solicitud, los testimonios de los señores José Guillermo López Medina -representante legal de la sociedad Nycroacril de Colombia Ltda.<sup>9</sup>- y Ana María Garzón -asistente administrativa de Silquin Ltda.-, son contestes en señalar que su razón de ser, fue la discrepancia que presentaba Cosolco Ltda. con el esquema de beneficios adoptado por Ecopetrol S.A. y la incidencia negativa que esto representaba para la hoy accionante, dado que ya no podría acceder a unos precios más favorables si continuaba vendiendo los productos a sus propios socios, tal como lo venía haciendo antes.

Específicamente, en la declaración rendida por el señor José Guillermo López Medina, se señaló (fl. 74 c. 3):



*PREGUNTADO: sabe usted si Cosolco solicitó a Ecopetrol en el primer trimestre de 2010 que fuera retirada del canal de distribución de productos de Ecopetrol. CONTESTO: no, lo que pasó es que Ecopetrol en una modificación del contrato tomo la determinación de quitarle el 5% de los beneficios a las empresas que estuvieran en el canal y que sus socios fueran productoras, esta situación afectaba no solo a Cosolco sino a empresas nitroacril, Silquin, pinturas universo y pintudisolva, con esta medida prácticamente quedábamos fuera del mercado en relación con las otras empresas comercializadoras, del canal entonces en conversaciones con el doctor FELIPE TRUJILLO y por escrito se le solicitó que una de las empresas Silquin Cosolco le cediera por un corto plazo la comercialización de los productos mientras la empresa Cosolco hacia las gestiones pertinentes para poder seguir en el mercado sin verse afectada por eso considero que Cosolco no hizo una solicitud de retiro sino que solicitó esta cesión a corto plazo para poder seguir en el mercado, además siempre estuvimos solicitándole como se ha dicho anteriormente la reintegración al canal de distribución.*

<sup>9</sup> De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal (fl. 2 c. 2), Nycroacril de Colombia Ltda. es una de las socias de Cosolco Ltda.

A su vez, en la deposición de la señora Ana María Garzón se precisó (fl. 76 c. 5):

*[E]n la oferta comercial del primer trimestre Ecopetrol modificó el otorgamiento de los descuentos o beneficios, en esta modificación si le vendía a los socios no les daba el descuento del 5% sobre las ventas que le realizaran a los socios, por lo cual viendo que eso no era viable para Cosolco se le solicitó formalmente a Ecopetrol que esta oferta la ejecutara Silquin una de las empresas asociadas para así acceder a todos los descuentos Ecopetrol acepto y generó la oferta comercial de abril de 2010 y obtuvimos los descuentos, a Ecopetrol se le mandó diciendo que para nosotros no era beneficioso que Cosolco no le pudiera vender con beneficios a los socios igual cumplimos con la primera oferta en el 2010 y la oferta de abril del 2010, en esta oferta le podíamos vender a los socios de Cosolco y nos ganábamos el descuento que daba Ecopetrol y éramos competitivos y podíamos atender los clientes a nivel nacional que mencione antes (...). PREGUNTADO: Sabe usted si Cosolco solicitó a Ecopetrol en el primer trimestre del 2010 que fuera retirada del canal de distribución de productos de Ecopetrol. RESPONDIO: La palabra no sería retirada, Cosolco le pidió a Ecopetrol ceder la oferta comercial a nombre Sinquil (sic) para poder acceder a todos los descuentos, eso era para poder hacer efectivo los descuentos, tengo la oferta suscrita entre Silquin y Ecopetrol y así nosotros pudimos atender a todos los socios de Cosolco y a los clientes a nivel nacional y gozar de los beneficios.*

En igual sentido, en la declaración de parte rendida por el señor Rafael Gilberto Manrique Vacca -representante legal de Ecopetrol S.A.-, se precisó que la razón por la que Cosolco Ltda. solicitó que se aceptara que Silquin Ltda. ocuparía en lo sucesivo su posición en el canal de distribución tenía que ver con las diferencias presentadas con el nuevo esquema de beneficios que afectaba a las empresas que vendieran los productos comprados a sus propios socios, así<sup>10</sup> (fl. 342 c. 4):

*PREGUNTO: 6. Diga cómo es cierto sí o no, que la empresa Cosolco fue retirada del canal de distribución de disolventes aromáticos y alifáticos que tiene Ecopetrol, con ocasión del proceso penal adelantado contra el señor Alberto William Yepes Quintero, CONTESTO: no es cierto, como lo indiqué en la respuesta anterior COSOLCO en comunicación C0 EOC0070-2010 , radicada en ECOPETROL en la gerencia de petroquímicos e industriales el 18 de marzo de 2010 (...) anunció no participar más con ofertas a ECOPETROL e indicó su voluntad de conferir a SILQUIN LTDA, eventuales derechos que pudiera tener en el proceso, y que como indica al final de la comunicación se*

*reservaba la oportunidad de solicitar que COSOLCO fuera nuevamente tenido en cuenta para efectos de la distribución de estos productos en un supuesto corto término, solicitud que a la fecha no se ha dado; sin embargo la detención del señor subgerente de COSOLCO ALBERTO WILLIAM YEPES QUINTERO, informada el 26 de abril de 2010, por COSOLCO, si dio lugar a informarte a COSOLCO, que si tenía voluntad de volver a ofertar esos productos tendría que tener el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, vigente y por consiguiente como había anunciado que se le había anulado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, y que habían presentado recurso de reposición contra dicha decisión, era necesario esperar a que dicho recurso les avalara de nuevo el permiso, en tanto que para consideración de*

<sup>10</sup> En este punto se remite a la respuesta a la pregunta 5 de la Declaración visible a folio 342 (c. 4) que fue citada en el acápite de idoneidad de la acción y su ejercicio oportuno, así como al fragmento citado en este acápite.

*ECOPETROL la anulación de dicho certificado junto a la detención del Subgerente de COSOLCO, constituía indicio grave de sospecha de conducta lícita y así lo informó a la autoridad competente.*

Luego de que Cosolco Ltda. manifestara su **“voluntad irrevocable de conferir a la empresa SILQUIN LTDA. (...) los derechos y obligaciones derivados de la oferta comercial a suscribirse para abril, mayo, junio de 2010”** (fl. 338 c. 2), mediante oficio del 26 de abril de 2010, puso en conocimiento de Ecopetrol S.A. que el señor Alberto William Yepes Quintero, anterior subgerente de la sociedad, admitió cargos en un proceso penal que se seguía en su contra por el **“delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos”**.

Según el comunicado, a raíz de esa situación, el señor Yepes Quintero fue removido de su cargo y la DNE anuló el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes No. 48028, decisión frente a la cual se interpuso el recurso de reposición (fl. 347 c. 2).

A raíz de esta situación, Cosolco Ltda. y Silquin Ltda. se cruzaron diversas comunicaciones con Ecopetrol S.A., en las que las primeras argumentaron que el delito cometido por el señor Alberto William Yepes Quintero obedeció a una conducta personal que no involucró la actividad comercial de estas empresas, que la anulación del certificado de informes por tráfico de estupefacientes fue revocada y que no había lugar a la exclusión del canal de distribución, mientras que Ecopetrol S.A. continuó inquiriendo sobre la relación de estas empresas con el condenado penalmente.

Específicamente, en petición del 7 de mayo de 2010, Silquin Ltda. le solicitó a Ecopetrol que explicara las razones por las cuales no se había enviado la oferta de venta de disolventes aromáticos y alifáticos para el mes de mayo, a pesar de que sí se había enviado para el mes de abril de 2010 (fl. 350 c. 2).

Mediante circular del 11 de mayo de 2010, Ecopetrol S.A. anunció a todos los

clientes de disolventes que, debido al retiro de uno de los miembros del canal de distribución, el volumen de compra de los demás partícipes del canal variarían, así (fl. 352 c. 2):

*Teniendo en cuenta el retiro de uno de los miembros del canal natural de comercialización de disolventes aromáticos y alifáticos, la Gerencia de Petroquímicos e Industriales de Ecopetrol S.A., se permite informar que el*

*volumen contratado con los demás miembros del canal, utilizando la alternativa de compra de hasta el 110% del volumen nominado por cada cliente en el mencionado contrato, permite abastecer con holgura el volumen que venía atendiendo la compañía que ya no forma parte de este grupo de empresas comercializadoras.*

*Es importante resaltar que el 110% de los contratos equivale a 206.872 galones/mes entre todos los disolventes comercializados a través de esta figura. De esta manera Ecopetrol S.A. continuará garantizando de manera eficiente el suministro de disolventes a las compañías transformadoras, de acuerdo a su requerimiento mensual.*

*Agradecemos tener en cuenta la información descrita anteriormente para la administración y gestión de sus compañías.*

En respuesta a esa circular, Cosolco Ltda. remitió a Ecopetrol S.A. oficio del 18 de mayo siguiente en el que señaló que, ni esta compañía, ni Silquin Ltda., se habían retirado voluntariamente del canal y que estas empresas no estaban relacionadas con proceso penal alguno (fl. 354 c. 2).

Por su parte, Silquin Ltda. también se pronunció frente a la circular, al formular petición del 21 de mayo de 2010, en la que solicitó que se informaran las razones por las cuales a esta empresa sí se hizo oferta comercial -en reemplazo de Cosolco Ltda.- para el mes de abril<sup>11</sup>, pero no para los meses de mayo y junio (fl. 355 c. 2).

Mediante el oficio 2-2010-005-19025 del 25 de mayo de 2010, Ecopetrol S.A. inquirió a Silquin Ltda. sobre “¿cuál es el alcance de los vínculos que tiene (...) con Cosolco, particularmente en su calidad de socia frente al hecho de compartir el mismo representante legal?<sup>12</sup>” (fl. 361 c. 2), además, precisó que por mandato del artículo 39 de la Ley 190 de 1995 la petrolera se encontraba sometida al control y vigilancia de la Superfinanciera, razón por la cual tenía el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar la realización de operaciones que sirvieran como

<sup>11</sup> En los hechos que fundamentaron dicha petición, Silquin Ltda. señaló (fl. 355 c. 2): “1. El 05 de febrero de 2010 se radicó en ECOPETROL SA comunicación CO-EOC-0030-2010 con radicado 1-2010-005-5294, en la cual hicimos una serie de observaciones sobre la Oferta Comercial de disolventes 2- 2009-005-3079 realizada por ECOPETROL S.A. para esa época, la cual como se lo mencionamos en la misiva, terminaba afectando económicamente a nuestras empresas. Frente a esta comunicación ECOPETROL S.A. no se pronunció en forma alguna.

2. El 18 de marzo de 2010 procedimos a radicar en ECOPETROL S.A., carta COEOC-0070-2010 con número de radicación 1-2010-005- 12655 planteando la posibilidad de que Ustedes realizaran un cambio en el canal distribuidor de COSOLCO LTDA a la empresa SILQUIN LTDA. Para tales efectos:

- Se sostuvo comunicación permanente con el Ingeniero FELIPE TRUJILLO LOPEZ, Gerente de Petroquímicos e Industriales de ECOPETROL S.A., quien verbalmente aceptó el cambio en aras de mantener la buena relación comercial que por años se ha sostenido por parte de las dos empresas.

- Es así como ECOPETROL S.A. emitió la primera OFERTA COMERCIAL a nombre de SILQUIN LTDA, por el mes de abril de 2010 con número 2-2010-005-10708”.

<sup>12</sup> Se hace referencia al señor Alberto William Yepes Quintero.

instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dineros ilícitos<sup>13</sup>.

Posteriormente, en el oficio 2-2010-005-20140 del 2 de junio de 2010, Ecopetrol S.A. informó a Cosolco Ltda. que, debido a la existencia del proceso penal que se adelantaba contra el señor Alberto William Yepes Quintero y a que la DNE había anulado el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, no era viable *“continuar la relación comercial con Cosolco y por ende vender a dicha compañía cualquier bien o producto hasta tanto no sea resuelto el recurso de reposición interpuesto por esa empresa y se aclaren sus relaciones con el señor Yepes y la sociedad Fábrica de Pinturas y Disolventes del Valle Limitada”* (fl. 365 c. 2).

En escritos de contenido semejante del 3 y 8 de junio de 2010, Silquin Ltda. y Cosolco Ltda. manifestaron respectivamente que no tenían vínculos con investigación penal alguna y que la razón por la cual se solicitó el cambio de la posición de Cosolco Ltda. en el canal de distribución, 8 días después de que el señor Alberto William Yepes Quintero aceptara los cargos, no fue distinta a su discrepancia con la variación de los beneficios otorgados en el canal de distribución advertida desde febrero de 2010.

Mediante la resolución 1122 del 21 de julio de 2010 (fl. 34 c. 2), la DNE revocó la resolución 683 del 8 de abril de 2010, a través de la cual se había anulado unilateralmente el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes (fl. 16 c. 2) -documento necesario para la comercialización de productos regulados-. Esto ocurrió sin que Ecopetrol S.A. dispusiera el retorno de Cosolco Ltda. al mencionado canal.

A partir del recuento fáctico que se acaba de hacer, la Sala precisa que Cosolco Ltda. no se encuentra materialmente legitimada para reclamar los perjuicios que alega haber sufrido con ocasión de la supuesta exclusión del canal de distribución de disolventes aromáticos y alifáticos de Ecopetrol S.A., como pasa a explicarse.

Como ya se relató, a raíz de la modificación de los beneficios para los integrantes del canal de distribución adoptada desde la oferta comercial del primer trimestre de

<sup>13</sup> Esta misiva fue reiterada mediante el oficio 2-2010-005-22861 del 21 de junio de 2010, el que se dio respuesta a la petición del 21 de mayo de 2010 presentada por Silquin Ltda. (fl. 355 c. 2).

2010 (fl. 231 c. 2), Cosolco Ltda. remitió comunicaciones en las que, no solo puso

de presente la discrepancia que se tenía con la disminución de los beneficios reconocidos por el hecho de que esta sociedad estuviera vendiendo los productos comprados a través del canal a sus propios socios -oficio del 4 de febrero de 2010 (fl. 316 c. 2)-, sino que manifestó su **“voluntad irrevocable de conferir a la empresa SILQUIN LTDA. con NIT 890.325.787-2 los derechos y obligaciones derivados de la oferta comercial a suscribirse para abril, mayo, junio de 2010 que tienen como fin la comercialización de productos petroquímicos”** -oficio del 18 de marzo de 2010 (fl. 338 c. 2)-.

De los móviles de la solicitud presentada el 18 de marzo de 2010 dieron cuenta unívocamente los testimonios de los señores José Guillermo López Medina -representante legal de la sociedad Nycroacril de Colombia Ltda.- y Ana María Garzón -asistente administrativa de Silquin Ltda.-, así como la declaración del señor Rafael Gilberto Manrique Vacca -representante legal de Ecopetrol S.A.- en los que se indicó que su razón de ser fue la discrepancia que presentaba Cosolco Ltda. con el esquema de beneficios adoptado por Ecopetrol S.A. y la incidencia negativa que esto representaba para la hoy accionante, en la medida en que hubo una variación en el precio de los productos, por el hecho de venderlos a sus propios socios.

A raíz de la solicitud expresa formulada por la hoy demandante, Silquin Ltda. tomó la posición que tenía Cosolco Ltda. en el canal de distribución, pues esa empresa consideró que su participación en dicho canal no era viable, por las condiciones de los beneficios adoptados por Ecopetrol S.A. desde la oferta comercial del primer trimestre de 2010.

Fue en ese contexto que Silquin Ltda. envió a Ecopetrol S.A. los oficios del 7 (fl. 350 c. 2) y 21 de mayo de 2010 (fl. 355 c. 2), en los que se solicitó que se informaran las razones por las cuales a esta empresa se hizo oferta comercial -en reemplazo de Cosolco Ltda.- para el mes de abril<sup>14</sup>, pero no para los meses de mayo y junio.

<sup>14</sup> En los hechos que fundamentaron dicha petición, Silquin Ltda. señaló (fl. 355 c. 2): “1. El 05 de febrero de 2010 se radicó en ECOPETROL SA comunicación CO-EOC-0030-2010 con radicado 1-2010-005-5294, en la cual hicimos una serie de observaciones sobre la Oferta Comercial de disolventes 2- 2009-005-3079 realizada por ECOPETROL S.A. para esa época, la cual como se lo mencionamos en la misiva, terminaba afectando económicamente a nuestras empresas. Frente a esta comunicación ECOPETROL S.A. no se pronunció en forma alguna. 2. El 18 de marzo de 2010 procedimos a radicar en ECOPETROL S.A., carta COEOC-0070-2010 con número de radicación 1-2010-005- 12655 planteando la posibilidad de que Ustedes realizaran un cambio en el canal distribuidor de COSOLCO LTDA a la empresa SILQUIN LTDA. Para tales efectos:

Como puede observarse, para el momento en que se expidió la circular del 11 de mayo de 2010 (fl. 352 c. 2) -aducida como causante de la exclusión del canal de distribución-, la sociedad accionante ya había sido reemplazada en el mencionado canal por Silquin Ltda., a quien Ecopetrol S.A. había emitido oferta comercial para

el mes de abril de esa anualidad (fl. 355 c. 2), por virtud de la solicitud que en ese sentido había presentado Cosolco Ltda. desde el 18 de marzo de 2010 (fl. 338 c. 2).

Así las cosas, Cosolco Ltda. no se encuentra materialmente legitimada para reclamar el pago de unos perjuicios derivados de la supuesta exclusión del canal de distribución, toda vez que esa situación no operó por virtud de la circular del 11 de mayo de 2010, sino con ocasión de la manifestación de la **“voluntad irrevocable de conferir a la empresa SILQUIN LTDA. con NIT 890.325.787-2 los derechos y obligaciones derivados de la oferta comercial a suscribirse para abril, mayo, junio de 2010 que tienen como fin la comercialización de productos petroquímicos”** formulada previamente por la propia accionante, mediante oficio del 18 de marzo de 2010 (fl. 338 c. 2).

En este punto, la Sala no pierde de vista que en la demanda se alegó que la exclusión del mencionado canal de distribución devino de la conducta de Ecopetrol S.A., quien supuestamente no apreció como debía unos informes de la Fiscalía y un acto administrativo de la DNE sobre la inexistencia de investigaciones penales y la vigencia del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes.

Sin embargo, para la Sala tal aseveración no encuentra respaldo en las pruebas obrantes en el plenario, de las que se desprende que fue la propia accionante la que, en vista de la modificación de las condiciones en que se otorgarían los beneficios para los integrantes del canal de distribución, solicitó su reemplazo por Silquin Ltda. el 18 de marzo de 2010 (fl. 338 c. 2), dado que la ejecución del negocio en las nuevas condiciones planteadas por Ecopetrol S.A. no le resultaba atractiva o rentable.

Finalmente, vale precisar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, correspondía a la accionante acreditar los elementos

*- Se sostuvo comunicación permanente con el Ingeniero FELIPE TRUJILLO LOPEZ, Gerente de Petroquímicos e Industriales de ECOPETROL S.A., quien verbalmente aceptó el cambio en aras de mantener la buena relación comercial que por años se ha sostenido por parte de las dos empresas.  
- Es así como ECOPETROL S.A. emitió la primera OFERTA COMERCIAL a nombre de SILQUIN LTDA, por el mes de abril de 2010 con número 2-2010-005-10708”.*

de la responsabilidad, pero dicha carga no se cumplió por Cosolco Ltda., no solamente por la ausencia de pruebas que acrediten la adopción de una fórmula diferente para el reconocimiento de los beneficios que recibirían los miembros del canal que permitiera inferir la superación de las diferencias sobre este punto, sino que tampoco se demostraron los elementos que daban forma y contenido al mencionado canal de distribución, de manera que pudiera precisarse las condiciones en que la empresa reemplazada por su propia petición expresa, podía

reintegrarse o cuáles eran los derechos que dicha empresa tenía frente a Ecopetrol S.A. por el hecho de hacer parte del canal de distribución.

Lo anterior permite concluir a la Sala que, ante la ausencia de legitimación material en la causa por activa, no hay lugar a acceder a las pretensiones formuladas en la demanda y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.

#### **5.- Condena en costas**

Como en el presente asunto no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A:**

**REVOCAR** la sentencia proferida el 24 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se **DISPONE:**

**PRIMERO: DECLARAR** la falta de legitimación en la causa por activa de la sociedad Compraventa de Solventes Colombianos Ltda., conforme a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente a su Tribunal de origen.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado electrónicamente*

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Salvamento de voto

*Firmado electrónicamente*

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Aclaración de voto

VF