

LAS SANCIONES EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS.

RICARDO ANDRÉS ZULUAGA TANGARIFE.

UNIVERSIDAD DE SANTO TOMAS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA  
BOGOTA  
2016.

LAS SANCIONES EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS.

RICARDO ANDRÉS ZULUAGA TANGARIFE.

Director Tesis:

Prof. Dr. DAVID AUGUSTO ECHEVERRY BOTERO.

Tesis de grado presentada como requisito para obtener el título de  
Magíster en Contratación Pública y Privada.

UNIVERSIDAD DE SANTO TOMAS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA  
BOGOTA  
2016.

UNIVERSIDAD DE SANTO TOMAS  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
MAESTRÍA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA.

Rector Dr. FRAY JUAN UBALDO LOPEZ SALAMANCA.

Director de Tesis Dr. DAVID A. ECHEVERRY BOTERO.

Par externo Dr. ROBINSON SANABRIA BARACALDO.

## AGRADECIMIENTOS

A Juan y Jeronimo por su amor y comprensión.

Al Dr. DAVID AUGUSTO ECHEVERRY BOTERO por su constante apoyo, aportes en la construcción de los diferentes temas abordados, disponibilidad de tiempo e inmensa colaboración en la investigación desarrollada.

## **TABLA DE CONTENIDO.**

Introducción.	7
Marco conceptual de la suscripción de los contratos de servicios petroleros.	11
Generalidades de los contratos de adhesión.	14
<b>Capítulo I.</b> sanciones en los contratos de servicios petroleros:	18
Introducción.	18
1. 1. Multas.	21
1.2. Cláusula Penal.	27
1.2.1. La Cláusula Penal en el Derecho Colombiano.	28
1.2.2. La Clausula Penal en el Derecho Comparado.	30
1.2.3. La Cláusula Penal como sanción en los Contratos de Servicios Petroleros.	32
1.3. Retención de pagos y descuentos.	36
1.4. Cobro de costos de terceros.	44
1.5. Imposibilidad en el cobro por los servicios prestados.	48
1.6. Sanciones personales.	53
1.7. Conclusiones.	57
<b>Capítulo II.</b> Indebida aplicación de las sanciones en los contratos de servicios petroleros:	58
Introducción.	58
2.1. Autonomía de la voluntad.	59
2.2. El debido proceso.	61
2.2.1. El debido proceso en la aplicación de multas.	63
2.2.2. El debido proceso en la aplicación de cláusula penal.	65
2.2.3. El debido proceso en la retención de valores.	66

2.3. El principio de buena fe.	68
2.4. Cláusulas excepcionales en los servicios petroleros.	70
2.5. Medidas de control al exceso contractual.	73
2.5.1. Intervención administrativa.	74
2.5.2. Eficacia jurídica de las cláusulas sancionatorias en los servicios petroleros.	78
2.5.2.1. Generalidades de la ineficacia, inexistencia e inoponibilidad.	79
2.5.2.2. Ineficacia de las cláusulas sancionatorias abusivas en los contratos de servicios petroleros.	81
2.6. Conclusiones.	85
Bibliografía.	86.

## INTRODUCCIÓN.

Partiendo de la revisión de diferentes modelos de acuerdos de voluntades que se suscriben entre contratantes y contratistas en el sector Petrolero, y examinando los esquemas utilizados en los negocios jurídicos que tienen lugar en este renglón de la economía, se puede advertir que son variadas las sanciones estipuladas en los mismos, entregándose un vasto número de situaciones que para el Contratista representan entre otras, multas, cláusula penal, retención de pagos, imposibilidad en el cobro de los servicios prestados, cobro de costos de terceros y las sanciones personales, no reconocimiento de actividades desarrolladas, terminación anticipada del contrato, calificación negativa en perjuicio de sus intereses, dificultades en el proceso de facturación y el no pago del servicio en la expectativa que lo llevó a obligarse. Sin desconocer que es válido que quienes contraten estipulen en sus relaciones jurídicas el esquema sancionatorio ante incumplimientos, también es cierto que se debe observar el respecto del derecho al debido proceso y el principio de la buena fe, límites en su imposición, contarse con una construcción que otorgue igualdad a los intervinientes y que no sea solo una de las partes la que soporte sus efectos. Se torna entonces importante determinar si existe indebida aplicación de las sanciones en los contratos de servicios petroleros, y si con los cláusulados impuestos por contratantes, se vulnera el principio de la autonomía de la voluntad o nos encontramos con cláusulas abusivas que reclamarían un análisis desde el punto de vista de su eficacia jurídica.

Precisamente esto es lo encontrado en los contratos servicios petroleros, con un contratista al que le es impuesto un clausulado, que poco le otorga garantías, y en el que el beneficiario del servicio plantea sus condiciones de manera arbitraria, siendo preciso examinar el derecho privado y público, buscando proponer elementos jurídicos que permitan mejorar el panorama hostil presentado en este reglón de la economía.

El escenario académico que pretendemos abordar, se estructurará con el análisis de los modelos contractuales de compañías operadoras, reconociendo la posibilidad de tenerse clausulados abusivos. La actual problemática que se advierte para el prestador del servicio, nos lleva a preguntarnos ¿con qué herramientas cuenta el contratista para proteger sus intereses?, ¿cuál es el límite para el contratante en la construcción contractual?, ¿existe o no desconocimiento al derecho al debido proceso en la aplicación de sanciones por contratantes a contratistas?.

En ese orden de ideas, el actual estudio comienza con la revisión de un total de treinta (30) modelos de contratos de empresas exploradoras y productoras de hidrocarburos, evidenciando construcciones que advierten el deseo de una parte en obligar a su contratista, llevándolo al límite de sus posibilidades al momento de realizar la actividad que se le encomienda, y de éste sujetándose a un esquema legal propio de los contratos de adhesión. Tales razones nos llevan a presentar el actual escrito, el cual utilizará las lecciones aprendidas en el ejercicio profesional, donde en ocasiones se tuvo la sensación de estar firmando una condena contractual y no un acto de voluntades que dignifique el ordenamiento legal.

Mostramos el interés de aportar al sector petrolero y construir un documento que partiendo del análisis del clausulado en los mencionados contratos, se convierta en un instrumento de guía al momento configurar las relaciones jurídicas en torno a los servicios petroleros, en aras de mostrar que si bien es dable para las partes pactar en sus relaciones jurídicas el aspecto sancionatorio, estas deben buscar un equilibrio y justicia en el escenario de los contratos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Parte de las tareas direccionadas a la elaboración del presente trabajo consistieron, adicional a la revisión de los modelos de contratos utilizados en este sector de la economía, en oficiar a entidades como la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Ecopetrol S.A. y Campetrol. A la última de las mencionadas que agrupa la mayoría de empresas prestadoras de servicios petroleros, radicamos en dos (2) ocasiones oficios dirigidos a identificar información de interés para nuestro abordaje y no obtuvimos respuesta.

La identificación de los aspectos contractuales más relevantes en los contratos de servicios petroleros, propondrá un discurso que será tenido en cuenta al analizarse las necesidades normativas de intervención del Estado, permitiendo resaltar la importancia de buscar nuevas fórmulas de redacción de los contratos entre operadoras y contratistas, evitando cometer abuso de derecho, desconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad privada y la buena fe.

Reconociendo que cada parte al obligarse lo hace confiando en que el documento que firma satisface sus presupuestos de seguridad jurídica, es trascendental tener que advertir como en tales afanes negociales y ante la redacción que se cuenta, se exponen por el contrario a sanciones, como la ineficacia o nulidad de dichos clausulados, perdiéndose con ello la posibilidad real de protección contractual, al generar el contratante clausulados totalmente lesivos al contratista. Se resaltarán un discurso que parta de la experiencia adquirida en los servicios petroleros, combinándose con las fuentes autorizadas en el mundo del derecho, para mostrar a la academia y a la industria de hidrocarburos un insumo de consulta al momento de estructurarse este tipo de contratos.

Partiéndose del esquema que se utiliza en los contratos de servicios petroleros, siendo contratos de adhesión, y apoyados tanto en el derecho privado como público se dispondrá la identificación de estos y de cómo es su configuración, para posteriormente mostrar las sanciones que usualmente son impuestas por contratantes a contratistas, finalizando con una mirada del derecho al debido proceso en la aplicación de las mismas. Es así como el primer capítulo se desarrollará en el orden como regularmente son redactadas las sanciones sin consideración a su importancia, iniciando con multas, cláusula penal, retención de pagos, imposibilidad en el cobro por los servicios prestados, cobro de costos de terceros, culminándose el abordaje con las sanciones personales partiendo de los mecanismos con que cuenta el contratante para la verificación de ejecución de los proyectos y cumplimiento de obligaciones. En el artículo siguiente, se tratará de dar una mirada al mecanismo de aplicación de las

sanciones, abordando posibles mecanismos de control a efectos de darse tratamiento a la problemática planteada, como lo es la intervención administrativa por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la eficacia jurídica de las sanciones.

## MARCO CONCEPTUAL DE LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS.

Aún contando con argumentos que describen al petróleo como un recurso no renovable al que le quedan no muchos años de explotación, y teniendo consideraciones como la señalada por Paul Roberts (Roberts, 2004), que describe a la industria petrolera como inestable y vulnerable por depender de regímenes políticos con un panorama crítico, lo claro es que se trata de un negocio que mueve miles de recursos, requiriendo intervención Estatal y análisis jurídico de las relaciones que en torno a este se generan.

Cada día llegan a nuestro territorio empresas operadoras<sup>2</sup>, constituyendo alianzas estratégicas, *joint ventures*, acuerdos de inversión y/o participación en bloques petroleros, invirtiéndose recursos con el fin de explotar el petróleo del País.

La política petrolera del Estado Colombiano ha cambiado a lo largo de los años, con la intención de aumentar las reservas de hidrocarburos, pasando por modelos como el contrato de concesión, contrato de asociación (Cerón, 1991) direccionado por lo que hoy es Ecopetrol S.A., en sus diferentes modalidades, hasta llegar al de exploración y explotación de hidrocarburos que en la actualidad lidera la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Esta última ha asumido la administración integral de las reservas de

---

<sup>2</sup>Resolución Número 0048 del 16 de Enero de 2015 del Ministerio de Minas y Energía. Es relevante anotar que en el presente abordaje utilizamos la palabra Compañía Operadora para referirnos al titular del derecho de dominio de Bloques Petroleros. Ahora bien, el precitado acto administrativo (léase el artículo 1 definiciones y siglas) al igual que el modelo jurídico que entrega la Agencia Nacional de Hidrocarburos la describe como Contratista. Para efectos de entender el lenguaje que utilizaremos, siempre que hagamos referencia a Prestador de Servicios Petroleros, lo denominaremos como Contratista.

hidrocarburos de propiedad de la Nación, y se le ha conferido un mandato para el manejo de la exploración y explotación de hidrocarburos (Mena, 2006, p. 261.).

Con el Decreto 1760 del 26 de Junio de 2003 se faculta a la Agencia Nacional de Hidrocarburos el manejo de las reservas de hidrocarburos, norma que se acompaña de los Decretos 4130 y 4137 de 2011. En ejercicio de las facultades otorgadas por dichas disposiciones, tiene lugar en la actualidad el acuerdo 04 del 4 de Mayo de 2012 con el cual se adopta el reglamento de contratación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Este último precepto que concluye un variado número de modificaciones al Acuerdo 008 de 2004, es concebido como el reglamento de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos para la entrega de bloques con potencial hidrocarburífero.

Las citadas normas se convierten en el marco jurídico del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, contratos de evaluación técnica, especiales y los que dispongan la Ley, dando vida posteriormente a los contratos de servicios petroleros, cuyo titular del contrato, ante la Agencia Nacional de Hidrocarburos, debe realizar innumerables actividades no solo para cumplir ante la prenombrada autoridad administrativa, sino también para dar viabilidad a su proyecto económico.

Resulta entonces importante citar el artículo 28 del Acuerdo 04 del 4 de Mayo de 2012 de la Agencia Nacional de Hidrocarburos que habla de subcontratos, manifestando que *“Los Contratistas de Evaluación Técnica, TEA, de Exploración y Producción, E&P y Especiales, son plena y exclusivamente responsables de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de todos los contratos que emprendan para contar o disponer de los bienes y servicios requeridos para la ejecución de aquellos, actividades que han de desarrollar por sus únicos cuenta y riesgo, sin que la ANH asuma compromiso o responsabilidad alguna por ninguno de los anteriores conceptos”*. El no asumirse en palabras de dicha autoridad pública responsabilidad en el marco de los subcontratos, es algo a lo que necesariamente

haremos referencia en el actual escrito, pero de antemano se aclara que son los subcontratos o contratos entre las operadoras y los contratistas, el objeto de análisis del presente trabajo, y no los señalados en el artículo 28 del prenombrado acuerdo<sup>3</sup>.

Se tiene entonces que la búsqueda de petróleo requerirá siempre del concurso de contratistas, en donde casi la totalidad de servicios son subcontratados. Desde la misma actividad de sísmica, pasando por la perforación de pozos hasta la construcción de facilidades de producción, son contratadas por las operadoras, quienes delegan la responsabilidad en terceros, imponiendo un extenso clausulado sancionatorio, algunas veces abusivo, con el agravante que sus cláusulas no pueden ser discutidas o modificadas fácilmente.

---

<sup>3</sup> En el mes Diciembre de 2015 la Agencia Nacional de Hidrocarburos, publicó un proyecto de Acuerdo mediante el cual se reforma el Acuerdo 04 de 2012. En dicha norma y respecto a nuestro objeto de estudio, lo que corresponde al artículo 28 de la preceptiva que se modifica, aparece en el artículo 31 con un contenido igual.

## **GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.**

Los procesos de selección que adelantan las empresas operadoras suelen culminar con la firma de contratos, cuyos cláusulados son impuestos por el contratante, en los que el contratista no encuentra camino diferente que suscribirlo, por lo que estamos ante contratos de adhesión, que para LAFONT, citando a Ballesteros C, los describe como aquellos en los cuales el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes al que deberá adherirse el cocontrante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria (Lafont, 2005, p.225). El mismo autor al referirse a los contratos de contenido predispuesto, advierte que su clausulado es eficaz en la medida en que se tenga en cuenta el equilibrio contractual, teniendo en caso contrario ineficacia jurídica.

Es conveniente también traer la diferencia entre contratos de adhesión y condiciones generales de los contratos, explicándose por Federico M. Alvarez Larrondo que los primeros son contratos contruidos con antelación, solo faltaría diligenciar espacios concernientes a la identificación de las partes y el servicio, y tratándose de los segundos serian escritos en los que el comprador (contratista en los contratos de servicios petroleros), acepta cláusulas preelaboradas unilateralmente por el productor (contratante en los contratos de servicios petroleros) las cuales direccionarían la ejecución del contrato<sup>4</sup>, por lo que en palabras de la Corte Constitucional, se tiene entonces que una de las partes impone las condiciones del acuerdo contractual a la otra (Sentencia C-1140, 2000).

---

<sup>4</sup> Derecho del Consumo. Problematicas Actuales (2013). En este texto cuyo énfasis es la protección al consumidor, Federico M. Alvarez Larrondo en su artículo "Del contrato social a la socialización del contrato – la regulación Colombiana en materia de contratos de consumo" páginas 287-325, explica la diferencia entre los conceptos de contratos de adhesión y condiciones generales de los negocios, considerándose su importancia en el abordaje de los contratos de servicios petroleros, que necesariamente son utilizadas las dos figuras al momento de definirse determinado negocio.

Entre las ventajas de la utilización de contratos de adhesión se destaca el acortar el escenario de formación de acuerdos de voluntades y dar generalidad para los diferentes negocios en los que la empresa interviene, planteándose una identidad en el esquema de contratación que se utiliza, pero también se identifican inconvenientes como que *“el predisponente fortalece su posición contractual y debilita la de la otra imponiendo cláusulas vejatorias o consideradas particularmente graves para el equilibrio del contrato”* (Mosset, 2010, p. 155-156).

La Corte Suprema de Justicia desde hace bastante tiempo ya se había ocupado de señalar las características de los contratos adhesión, señalando que tienen un carácter general y permanente en forma de contrato – tipo para que sea aceptado o rechazado en bloque, generalmente emanan de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho, o al menos de un gran poder económico, constituyen numerosas cláusulas de difícil lectura, redactadas en interés de quien hace la oferta y excluye toda discusión entre las partes (Corte Suprema de Justicia, 12 Diciembre 1936)<sup>5</sup>.

Fijándonos en el desarrollo y construcción del contrato que une a contratante y contratista, vemos como la parte que tiene la posición dominante, que para el caso de los contratos de prestación de servicios petroleros es el titular de los derechos del bloque petrolero, entrega un escrito que hace acopio de un sinnúmero de cláusulas como la posibilidad de terminación del servicio, la sanción penal, el traslado de riesgos, elementos condicionales, cargas en materia de responsabilidad que corresponden por ley al contratante, entre otras, que debe asumir con la firma del clausulado el contratista.

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá. Sentencia del 12 de Diciembre de 1936. P.M. Eduardo Zuleta Angel.

Nos encontramos entonces en el panorama de contratos de adhesión cuando hablamos de contratos de servicios petroleros, rompiéndose el ideal de libertad e igualdad<sup>6</sup>, por cuenta de la previa elaboración de un clausulado que es impuesto al contratista, y donde pese a no aceptarse por los contratantes tal denominación, señalando que sí otorgan al prestador del servicio la posibilidad de discusión, la realidad es contraria cuando precisamente no se permite modificación o inclusión de términos requeridos por el contratista antes de la firma del contrato. En este orden de ideas la protección reclamada para el prestador del servicio, partirá de que cualquier análisis o abordaje tenga en cuenta los principios generales del derecho (Arrubla, 2012, p.91).

La estructura del negocio jurídico en los servicios petroleros describe que el contratante paga por unos servicios, trasladando al contratista los riesgos de la operación. El contratista se expone a un variado número de sanciones, con un contratante que se guarda para sí la posibilidad contractual de actuar sin límite alguno. Tal presupuesto apenas debe ser valorado con cuidado, al mostrarse excesos o exigencias que podrían afectar considerablemente al prestador del servicio. En materia sancionatoria el contratante aplica al contratista por un mismo hecho, retención de sus pagos, impone multas, afecta su calificación y en algunos casos también opta por hacer efectiva la cláusula penal, situaciones estas que acompañadas de ausencia de un procedimiento o de garantías de defensa para el contratista son cuestionables desde la óptica del derecho contractual.

Procedimos a traer dichos conceptos para mostrar que presupuestos como el descrito, ocurren en el sector de hidrocarburos, donde si bien inicialmente el prestador del servicio resulta afectado con la construcción del contrato, mal podría pensarse en la posibilidad para el contratante de exigirle el componente obligacional, cuando el contrato no cuenta con el equilibrio que destaca la doctrina sobre la materia, esto sin

---

<sup>6</sup> Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico – Tendencias Del Derecho Contemporáneo (2011). En uno de sus artículos de este texto dirigido por Alvaro Echeverri Uruburu, se plantea por Rafael Enrique Fierro Méndez en su artículo “El contrato: Libertad o poder?”, que precisamente la masificación del mundo de los negocios ha traído la implementación de figuras como los contratos de adhesión que abandonan las concepciones tradicionales de los contratos. Paginas 57- 62.

mencionar el desconocimiento de otros principios como la buena fe. Esa ausencia de equilibrio reconocida por la Corte Constitucional, la lleva a plantear la necesidad de intervención estatal a efectos de disminuir esa distancia entre lo que denomina parte fuerte y débil del contrato, que para el actual estudio sería contratante y contratista (Sentencia C-1162, 2000).

Expuesto lo anterior, se genera el siguiente interrogante, ¿realmente queda protegido el contratante con acuerdos de voluntades contruidos bajo la dinámica enunciada?.

La conclusión inicial a la que llegaríamos, nos permite evidenciar que el beneficiario del servicio quedaría corto de herramientas de protección, si se tiene en cuenta que para la Corte Suprema de Justicia en materia interpretativa “*las condiciones generales en el contrato de adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad.*” (Sentencia de Diciembre 14 de 2011). Se tendría entonces que ante una construcción compleja y extensa como la presentada por los escritos que se firman en este sector de la economía y que surgen al mundo negocial con un contenido que se ubica en textos no inferiores a cincuenta (50) páginas, sin contar con un sinnúmero de anexos, no necesariamente se tendría protección de los intereses del contratante o se le permitiría alcanzar el éxito en la prestación del servicio requerido. Por el contrario, puede conocer de incumplimientos direccionados en su contra, o posteriormente a la finalización del contrato ser objeto de peticiones por parte del contratista, reclamaciones económicas o acciones civiles en su contra.

## **CAPITULO I – SANCIONES EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS:**

### **INTRODUCCIÓN.**

Cuando es requerido un servicio petrolero, las compañías operadoras analizan al momento de contratar, variables como tiempos de ejecución, valores que serán pagados, disponibilidad de equipos en los lugares de realización de los trabajos, el cumplimiento de normas de seguridad industrial, relaciones con la comunidad, prácticas amigables con el medio ambiente y otras tantas consideraciones, que manejadas adecuadamente, permitirán la exitosa ejecución del proyecto bajo las diferentes variables de cada empresa.

Es así como llegan a dicho escenario contratistas, que desde el mismo momento de presentación de sus ofertas se sujetan a la totalidad de lineamientos que señala el titular del bloque petrolero (las compañías operadoras). Tal sujeción se evidencia en temas como tiempos de presentación de ofertas, contratación de personal y exigencia de perfiles, visitas a los lugares de prestación del servicio, requisitos del cliente, cronogramas, firma de contratos, aporte de pólizas, los riesgos asumidos, compromisos con la población en las regiones, y sobre todo la manera cómo ejecutar el servicio.

Llama la atención de lo anotado, que en las primeras páginas de los contratos de servicios petroleros entre los contratistas y las operadoras, al enunciarse su objeto, se describa que el contratista actuará bajo plena autonomía, técnica, administrativa y financiera. Su simple redacción genera de inmediato interrogantes como: ¿Existe autonomía cuando el contratante es quien aprueba el personal que se utilizaría en la ejecución del servicio?, o en ocasiones lo impone bajo el presupuesto de exigencias de la comunidad. ¿También se tendría la misma condición, cuando el contratante da órdenes de cómo prestar el servicio? ¿Qué decir en materia de pago a proveedores o

acuerdos para la obtención de bienes que contribuirán a prestar el servicio, por ejemplo como vehículos para movilizar el personal o alimentación?

La respuesta a las anteriores preguntas sería negativa, dado que no es de recibo plantearse autonomía del contratista, cuando el contratante le impone unilateralmente condiciones y obligaciones que son propias de éste, en su relación jurídica con la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Es importante destacar que además de la poca o escasa autonomía con la que actúan los contratistas, son destinatarios de un riguroso control por parte del contratante (u operador), quien a través de sus empleados, interventores, auditores, consultores o gestorías técnicas y administrativas, como en el caso de **ECOPETROL S.A.**, imponen un nutrido esquema de sanciones que serán las analizadas a continuación.

Resaltamos desde ya que no es reprochable el imponer sanciones o pretender la reparación cuando existe responsabilidad contractual, pues allí se alegaría y probaría el haber sufrido un daño (Tamayo, 2007, p. 245); lo cuestionable desde el punto de vista de los contratos de servicios petroleros, es la falta de garantías, el desconocimiento del derecho al debido proceso y la arbitrariedad que cometen contratantes en la construcción de los modelos contractuales.

Partiendo la revisión realizada, en algunos contratos de servicios petroleros, el tema sancionatorio se integra en un capítulo que suelen las compañías operadoras denominar “**SANCIONES CONTRACTUALES POR INCUMPLIMIENTO**” e incluyen en este multas, cláusula penal, suspensión del contrato y terminación del contrato. En otros modelos se muestra un solo tópico para incluir multas y cláusula penal, o finalmente tenemos aquellos que dan independencia a cada sanción.

No se considera en el presente trabajo el primer grupo como esquema aceptable para hablar de sanciones contractuales, al incluir instrumentos no propios del tema sancionatorio, puesto que al incorporar las figuras de suspensión o terminación del

contrato como sanciones, sus efectos también se extenderían al contratante, debiendo precisarse que las mismas no obedecen exclusivamente a causas que se originan en el prestador del servicio. Pueden incluso tener su origen en el mismo contratante, generarse de mutuo acuerdo o finalizar como consecuencia de la terminación del vínculo entre el contratante y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, reconocido como contrato principal.

Bajo el segundo supuesto, no sería conveniente referir en un mismo aparte multas y cláusula penal, cuando son mecanismos de orden contractual diferentes ante incumplimientos, por lo que se observa en muchos casos que al construir la cláusula o estipulación se habla de manera general de los dos conceptos, pudiendo ocasionar confusión entre ambas figuras y por consiguiente colocar a futuro en dificultad al mismo contratante, al momento de querer utilizar las sanciones, toda vez que en virtud de lo señalado por el artículo 1624 del Código Civil, el cual hace referencia a la interpretación a favor del deudor de las mencionadas sanciones, al contratista y considerando que el clausulado del contrato es impuesto por el contratante, el efecto final de la confusión es una difícil aplicación de las mismas en un escenario de controversia judicial.

Por lo anterior, este estudio se inclina por reconocer a cada sanción un escenario propio, identificado y construyendo el procedimiento de aplicación, en el que se respete el derecho al debido proceso del contratista y que la multa no consulte excesos en su imposición.

Dadas las anteriores precisiones, esta investigación identifica las principales sanciones que tienen lugar en los contratos de servicios petroleros, entre las que se encuentran multas, cláusula penal, retención de pagos, imposibilidad en el cobro por los servicios prestados, cobro de terceros, y las personales, cuyos afectos, además de afectar el valor a recibir por el contratista en la prestación del servicio, tienen otras connotaciones que vale la pena destacar por estar relacionadas con el mismo

contratista y su posibilidad de acceder a nuevas relaciones contractuales. El análisis se desarrollará utilizando el criterio funcional (Josserand, 2009, p.5) en la interpretación del derecho, para mostrar cómo se trasciende la esfera de lo aceptado jurídicamente, mostrando que dicha realidad jurídica llevará a vislumbrar la necesidad de intervención administrativa.

### **1.1. MULTAS:**

Iniciamos el estudio de las sanciones con lo denominado como multas, por ser la primera que aparece en la redacción que tiene lugar en los contratos de servicios petroleros y en la mayoría de las minutas que fueron estudiadas. Se hará referencia a su concepto y naturaleza, abordando la temática desde la contratación pública y en pronunciamientos de las altas cortes, que también serán revisados (Pinzón, 2014).

Partiendo de su denominación en contratación estatal, de las multas se dice que son instrumentos correctivos del incumplimiento parcial del contrato estatal (Consejo de Estado, 29 Noviembre de 2010)<sup>7</sup>, que buscan obligar al contratista incumplido a ajustarse a la ejecución propuesta en los pliegos de condiciones y en el mismo contrato (Pinzón, 2014, p. 77). Con lo mencionado no se quiere significar que se trata de una figura exclusiva en materia de contratación estatal, y para el efecto el Consejo de Estado ha reconocido que las multas al igual que la cláusula penal tienen cabida y aplicación en el derecho privado (Consejo de Estado, 28 de Septiembre de 2011). En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia deja por señalado la posibilidad de imposición de multas en los contratos celebrados entre particulares (Corte Suprema de Justicia, 16 de Septiembre de 2005).

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 29 de Noviembre de 2010. Consejero Ponente William Zambrano Cetina. Reconoce este alto tribunal que la aplicación multas se da en razón a mora o incumplimiento parcial del contratista.

Las multas son concebidas como un apremio o conminación para que el contratista se coloque al día en el cumplimiento de sus obligaciones, otorgándosele también el sentir de ser sancionatorias (Suárez, 2014, p. 19), pues se dirigen a que el contratista cumpla con el marco suscrito. Parte de la discusión se enfoca en determinar si las multas se consideran como una sanción o son un mero apremio, frente a lo cual Suárez Tamayo concluye que en cualquier caso las mismas son consideradas como una sanción, posición que es aceptada por el Consejo de Estado.<sup>8</sup>

Compartiendo tal sentir, reconocemos las bondades que representan al contratante las multas en el contrato, siendo un instrumento para que el contratista no incumpla la ejecución del acto jurídico, destacándose de ellas, unas consecuencias que afectan el patrimonio del contratista cuando aquel no observa el rigor de lo obligado. El Consejo de Estado ha señalado que la *“multa es la previsión contractual según la cual, en el evento de incumplimiento parcial o de mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, acaecidas dentro del plazo previsto para la ejecución del contrato, éste se hará acreedor a una sanción de tipo pecuniario por la parte de la administración, con miras a constreñirlo o conminarlo hasta que cumpla”* (Palacio, 2014, p. 529)<sup>9</sup>.

La normatividad en materia privada no se ha encargado de establecer los requisitos para la efectividad de las multas en el marco de los contratos, como sí lo hacen las normas sobre contratación estatal. En tal sentido, Palacio Hincapié<sup>10</sup> destaca que en el negocio jurídico deben identificarse las circunstancias que configuran la multa y su

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de Diciembre de 1999. Consejero Ponente Cesar Hoyos Salazar.

<sup>9</sup> Juan Angel Palacio Hincapie en su libro *“La contratación de las entidades estatales”* – Séptima Edición (2014). utiliza esta cita, refiriendo la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de Abril de 2005, exp. 14393.

<sup>10</sup> La Contratación de las Entidades Estatales. En su libro Juan Ángel Palacio Hincapie señala los requisitos que se deben tener para la aplicación de multas; aporte importante en la actual investigación, dado el interés que se tiene por identificar los mecanismos para que la imposición de esta modalidad sancionatoria sea eficaz en los contratos de servicios petroleros. Mencionamos que se coincide con éste autor al reconocerse el derecho al debido proceso como eje fundamental en las sanciones contractuales.

valor, que se imponga directamente por quien haya celebrado el contrato, su aplicación se da en la ejecución del contrato, garantizando el derecho al debido proceso y que la sanción tenga lugar mediante acto administrativo debidamente motivado (Palacio, 2014).

Respecto a lo anotado se debe referir que en el escenario privado tendría que direccionarse similar aplicación, reconociéndose por supuesto la ausencia de acto administrativo, el acudirse necesariamente por el contratante ante al juez del contrato y no hacer efectiva por si mismo la multa, vía cualquiera de los mecanismos como retención, descuentos o compensación.

La actual investigación no muestra oposición a que en los contratos de servicios petroleros tenga cabida la exigencia de multas por parte del contratante, pues se comparte el sentir de que esta institución al igual que la cláusula penal son “instituciones del carácter general previstas para sancionar incumplimiento de obligaciones” (Rico, 2013, p. 886). El cuestionamiento que sobre el particular entregamos, se focaliza como ya fue mencionado en lo relacionado con su construcción, procedimiento de aplicación, el desconocimiento del derecho al debido proceso, forma de hacerse exigible, la afectación al contratista y ausencia de equilibrio contractual. El contratista no cuenta con las debidas garantías para ser escuchado por el contratante, y existe ausencia de un procedimiento contractual para que pueda ejercer una defensa, por lo que la aplicación de la sanción se realiza mediante un mero requerimiento del cliente, tornándose en un simple formalismo para la aplicación de la sanción.

En la elaboración de las multas establecidas en los contratos de servicios petroleros podemos identificar cuatro grupos de construcciones<sup>11</sup>, cuyos clausulados

---

<sup>11</sup>Debemos precisar que la clasificación que entregamos, no se realiza en consideración a su importancia, sino al mayor número de minutas de contratos que optan por determinada construcción. También anotamos que nuestro estudio parte de la revisión de un total de treinta (30) modelos de contratos de servicios petroleros.

mencionaremos a continuación: Un primer grupo, que es la generalidad de contratantes, las conciben para prevenir que el contratista incurra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. En segundo lugar se encuentran los que hablan de incumplimiento parcial o total. Los terceros, de nuestra clasificación, que son unos pocos, limitan sus efectos al incumplimiento de plazos o a la calidad del servicio y como cuarto grupo tenemos a Ecopetrol S.A., que titula lo propio en descuentos como apremio y sanción<sup>12</sup>.

El último de los citados plantea las multas bajo la denominación de apremio y sanción, pretendiendo proteger el cumplimiento de obligaciones, advirtiendo que las puede aplicar cuando las mismas se ejecuten inadecuadamente, se den diferente a como es pactado o al aspecto técnico que rige el servicio prestado, y tengan lugar en plazos que excedan el acuerdo suscrito. El doble sentido que la petrolera estatal colombiana le da al tema, lo convierte en casi el único esquema contractual de los analizados que contempla tal intención, pues no solo busca conminar al contratista al cumplimiento del contrato, sino que se muestra como un mecanismo para que el contratante advierta su inconformidad ante el contratista que incumple, y opta además por sancionarlo.

Conocida ya la intención de los contratantes respecto de lo que quieren proteger, debemos ahora detenernos en la forma como se cuantifican las multas impuestas.

Encontramos un grupo que otorga un porcentaje del valor estimado del contrato por cada día de mora y obligación incumplida, otorgando un límite de días para su imposición. Otros señalan que la multa será de un porcentaje del valor estimado del servicio que se esté prestando en ese momento, por cada día de retraso hasta que cese la conducta o se cumpla determinado porcentaje del valor total del contrato.

---

<sup>12</sup> La referencia que se hace a Ecopetrol S.A. corresponde a la Minuta que en la actualidad la Petrolera Estatal tiene para documentar la prestación de servicios petroleros.

Lo usual en los servicios petroleros que son prestados a Ecopetrol S.A., es que el contratante opta por el mecanismo descrito para el segundo grupo, es decir por un porcentaje del precio unitario del servicio a ejecutarse, aunque algunas minutas lo contemplan del valor del contrato. Advertimos que en algunos casos no se encuentra un límite en su aplicación, describiéndose que tienen lugar por cada situación o hecho que lo motive, de cuya redacción inferimos que tendrán lugar hasta el cese del incumplimiento.

De los casos revisados, solo uno inicia su redacción señalando que las multas tendrán lugar, cuando vencido determinado tiempo luego de ser requerido por el contratante, el contratista no cumple. Aquí vemos la esencia de la figura de multa, pues se observa que es tratada como una conminación, sin que con ello rechacemos su carácter sancionatorio como lo hemos aceptado.

Es apenas lógico que al tenerse configurada la multa, ya sea en su carácter conminatoria o sancionatoria, resulta importante para el contratante su cobro, por lo que examinaremos los mecanismos que entregan las minutas de los contratos de servicios petroleros. Ya desde un comienzo plantearíamos dos formas básicas a las que se remitiría el contratante: La primera de ellas sería acudir ante el juez natural del contrato, en el que en principio no tendría ni siquiera que estipularse en el clausulado, salvo de quererse contar con la vía arbitral, y la otra es apoyarse en el escrito del contrato, cuyo escenario de redacción propone herramientas como las que anotaremos a renglón seguido.

Inicialmente, la compañía operadora opta por descontar el valor por concepto de multas de las sumas pendientes por pagar al contratista, incluyéndose en algunos casos renuncia a requerimientos de constitución en mora, y de no existir dineros a favor del contratista, empresas como Ecopetrol S.A., mencionan que se acudiría a las pólizas del contrato o en su defecto a la vía ejecutiva. En los anteriores presupuestos es claro que el contratista nunca estuvo de acuerdo en que se le cobrara determinada

multa; pero debe también tenerse presente que en muchos casos, primando el interés de conservar el cliente, el contratista opta por aceptar el pago de la multa, situación que podrá tener lugar en el periodo de ejecución del contrato o en la etapa de liquidación.

Debe mencionarse que también el contrato de servicios petroleros utiliza la modalidad de retención en garantía, contando con autorización del contratista al contratante, para descontarle de cada factura que le paga un porcentaje determinado; y sin que a esta fecha exista multa, la compañía operadora se reserva una suma para cubrir los efectos de cualquier contingencia del contrato imputable al contratista.

A manera de ejemplo citaremos una de las cláusulas que se construyen en el sentido indicado:

*“La liquidación de las multas y su cobro se hará descontando el valor de las mismas de los valores retenidos por LA COMPAÑÍA o de los pagos parciales y/o final, según sea el caso. En el evento en que no puedan ser descontadas oportunamente o no sean pagadas dentro del mes siguiente a su tasación, por parte del CONTRATISTA, se incluirán en la liquidación efectuada, la cual prestará mérito ejecutivo, y su cobro podrá efectuarse con cargo a la garantía de cumplimiento”.*

Podemos destacar entonces la imposición de un término para el pago de la multa y de la posibilidad del cobro por la vía ejecutiva, última condición en la que observamos no contarse con título ejecutivo para tal efecto, al no ser admisible la mera declaratoria unilateral del contratante para dar los efectos que reclama la prenombrada figura.

El rasgo general de las minutas de los contratos de servicios petroleros nos lleva a resaltar cómo el contratante cobra por sí mismo lo correspondiente a la multa y

cláusula penal, siguiendo el mismo mecanismo que en materia de contratación estatal entrega el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, desconociendo que al ser regulados por el derecho comercial y civil, tanto el contratante como contratista intervienen en igualdad de condiciones y que no es dable para el primero de los mencionados imponer cláusulas excepcionales, ni mucho menos realizar el cobro de sanciones económicas sin acudir al juez del contrato tal como lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado en referencia que para el efecto entrega Suarez Tamayo en su análisis de cláusula de multas y penal pecuniaria (Consejo de Estado, 7 de Abril de 2011)<sup>13</sup>.

Una vez tiene lugar la multa, continúa el escenario en que el contratante cobrará al contratista los valores resultantes, vía descuento, compensación o retención, apoyado en un cláusulado que no otorga garantías de defensa, y cuyo concepto de sanción aquí descrito nace del arbitrio del beneficiario del servicio.

## **1.2. CLÁUSULA PENAL:**

Otra de las herramientas con que cuenta el contratante en materia sancionatoria es la cláusula penal, que será estudiada para entender no solo su definición y configuración, sino también para identificar la forma como se aplica en los contratos de servicios petroleros. Se abordará a partir del derecho Colombiano y se acudirá al derecho comparado, al igual que la jurisprudencia para comprender dicha figura hasta llegar a nuestro objeto de estudio.

La lectura inicial del tema nos lleva a enunciar desde ya, que debe contarse con unos límites y un mecanismo de imposición sancionatoria que no desconozca los derechos

---

<sup>13</sup> El autor con el fin de ilustrar el tema cita la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente Stella Conto Diaz del Castillo. Sentencia del 7 de Abril de 2011. Radicado 25000232600019920786601 (17765).

al contratista, temas que serán abordados en el segundo capítulo, convirtiéndose en un instrumento útil para las partes involucradas en el contrato; debiendo entonces señalarse las condiciones en que se predica la figura mencionada (Pereirano, 1982), para ilustrar la actual tematica y llegar a ubicarla en un contexto de igualdad contractual.

### **1.2.1. LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COLOMBIANO.**

La cláusula penal es identificada por el Código Civil en el artículo 1592 como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer o no hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. El Código de Comercio en el artículo 867 la concibe como una estipulación en caso de incumplimiento o de mora.

El Consejo de Estado en sentencia del 22 de Octubre de 2012 (Expediente 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)) señaló que la cláusula penal es una sanción civil que responde a un ilícito civil, de forma tal que no tiene una naturaleza de carácter punitivo, pues la finalidad que a través de ella se persigue no es la de prevenir la afectación de un bien jurídico (la puesta en peligro) o la de castigar o reprimir un comportamiento, sino la de asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la exigibilidad de una pena establecida en el acto jurídico negocial.

Respecto a la naturaleza de la cláusula penal se han mostrado dos posiciones que vemos importante destacar en la actual investigación, una que la considera como pena con una finalidad conminatoria o aflictiva traída del derecho romano, y la otra como en su carácter indemnizatorio vista como el concepto de sociedades más avanzadas. Buscando conciliar las concepciones anotadas, aparecer una tercera que busca un punto de equilibrio en los argumentos de cada una, aceptándose por los autores contemporáneos una posición bipartita derivada de sus dos finalidades fundamentales y concurrentes como lo son la punitiva y la resarcitoria (Pereirano, 1982, p.113).

En ese orden ideas, es aceptable reconocer en el ámbito contractual que las partes dispongan en su contrato, la cláusula penal como un mecanismo de sanción ante eventuales incumplimientos o pensarse al momento de su redacción en prever la posible afectación ante tales conductas. Autores como Guillermo Ospina Fernández reconocen que la figura, puede también consistir en un medio de apremio al deudor y servir como caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal (Ospina, 2014, p.146).

Se tiene que la función de garantía “*opera en verdad cuando un tercero, distinto del deudor principal, se obliga a pagar la pena en caso que éste no cumpla su obligación, por cuanto otro patrimonio –el del tercero- viene a respaldar los compromisos del obligado principal*” (Suescún, 2003, p.44). En la práctica de los servicios petroleros tal tarea no tiene mayor aplicación, puesto que cuando contratantes convocan a licitaciones o concursos de contratación, exigen de los contratistas cierta solidez económica, probándose por sí mismos su responsabilidad total por el objeto del contrato y eventuales contingencias; además de ello, sería casi imposible encontrar un tercero que facilite su concurso como garante, salvo de tenerse su intervención en virtud de cualquier esquema de colaboración empresarial, en cuyo caso existiría un interés jurídico.

La Corte Suprema de Justicia reconociendo las ventajas que para el acreedor<sup>14</sup> representa la cláusula penal en un contrato, ha señalado que “*en primer término, lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor y por esta circunstancia, el acreedor queda exonerado de comprobar dicha culpa (art.1604 del código civil); en tercer lugar, evita la*

---

<sup>14</sup> Para efectos de la actual investigación la palabra acreedor hace referencia a contratante y deudor es el contratista en los servicios petroleros.

*controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor”* (Sentencia del 7 de Octubre de 1936).

El máximo tribunal de jurisdicción ordinaria en Colombia concluye la discusión sobre el tema señalando *“que no puede reducirse la cláusula penal, simplemente, a un pacto antelado de indemnización de perjuicios, habida cuenta que, además de entrañar la sanción de un acto antijurídico, ella cumple otras funciones tales como la de apremiar al deudor y, según algunos, la de caucionar el cumplimiento de lo convenido”* (Corte Suprema de Justicia, 18 de Diciembre de 2009)<sup>15</sup>.

### **1.2.2. LA CLAUSULA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO:**

Dando una mirada a la cláusula penal en el derecho comparado nos apoyaremos en J.M. Lobato quien incorpora en su estudio un análisis de dicha figura en diferentes legislaciones (Lobato, 1974). En el Derecho Alemán es vista como fuente sancionatoria e indemnizatoria, señalándose que si el acreedor declara al deudor que exige la pena, está excluida la pretensión de cumplimiento, cuando esta es pactada para el caso en que se incumpla de modo absoluto. Si se incluye previendo incumplimientos tardíos o defectuosos, se podrá exigir la pena y pretender el cumplimiento de la obligación principal. Se parte de una estipulación mínima de perjuicios, pudiéndose reconocer mayores valores, contándose con la posibilidad de un juicio de adecuación vía sentencia. En el derecho francés se incorpora como un mecanismo de presión de cumplimiento del contrato y se muestra como algo temerario en caso de no atenderse a lo estipulado, aunque permite la reducción de la pena cuando se trate de incumplimiento parcial. Para el acreedor se convierte en un deber de reclamar, excluyéndose la posibilidad de ser pactada como una obligación de tipo alternativo (Lobato, 1974).

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de Diciembre de 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente 68001 3103 001 2001 00389 01.

Señala el prenombrado autor que para la normatividad Italiana la cláusula penal es entendida como una sanción derivada de un comportamiento contrario al deber ser.

En Bolivia y Venezuela se reconoce su doble condición de sancionatoria e indemnizatoria. La regulación Costarricense es aceptada la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio, pudiéndose reclamar conjuntamente la obligación principal.

La normatividad Chilena y Salvadoreña se inclinan por un carácter sancionatorio (Lobato, 1974, p.71-99). Lo mostrado por Lobato del derecho Argentino, da cuenta que es entendida como una sanción ante incumplimiento, pero se habla en igual sentido de multa y pena, destacándose que cuando estas son cobradas no hay lugar al pago de indemnización de perjuicios, diferente a la posibilidad que en Colombia entrega el artículo 1600 del Código Civil que indica: “ *No podrá perdirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena*”. En el lenguaje de los doctrinantes argentinos se utiliza la denominación de sanción reparadora que abarca el campo de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, cuyos preceptos se aplican buscando reparar conductas antijurídicas imputables a determinado sujeto (Mosset, 2010, p.398).

Se menciona por último el derecho español, dado que además de referir las dos finalidades antes destacadas en los Países enunciados, como son la función de garantía del cumplimiento de la obligación principal o sanción propiamente dicha y ser mecanismo de reparación de daños y perjuicios, trae como tercer cometido el de aceptarse que se pueda acordar entre las partes una prestación cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal (Díaz, 2011, p.67-69). La citada autora habla de desistimiento reconociendo que para tal efecto el deudor tendría que pagar determinada pena. Visto así, referiremos que la naturaleza de la cláusula penal

continúa siendo sancionatoria, llevándonos a pensar de igual forma que en los contratos de servicios petroleros que se ejecutan en nuestro País, podría estipularse una contraprestación por parte del contratista a favor del contratante, que le permita al primero retirarse del proyecto sin ser objeto de incumplimiento o asumir las consecuencias derivadas de sanciones y garantías entre otras, guardando en cualquier caso proporcionalidad de lo que se pacte como sanción y la expectativa de lo que cobraría por el servicio.

### **1.2.3. LA CLÁUSULA PENAL COMO SANCIÓN EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS:**

Ante los anotados conceptos nos enfocaremos a examinar en los contratos de servicios petroleros la cláusula penal entendida como modalidad sancionatoria.

En las minutas de contratos analizadas no existe uniformidad en la manera como es redactada e incorporada la cláusula penal. En algunos modelos se incluye como un capítulo aparte. En otras se muestra en un espacio que denominan sanciones del contrato o simplemente se construyen como una escritura en la que opta por simplemente citarla.

Comencemos por destacar que en los contratos objeto de nuestro análisis, por regla general el contratante no impone la cláusula penal como una estimación anticipada de perjuicios, sino que en esencia se presenta como una sanción, concibiéndola como una estipulación a favor del contratante, excluyéndola cualquier posibilidad a favor del contratista. De lo último anotado veamos como ejemplos:

Ejemplo 1:

*“El incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA lo hará deudor a favor de LA COMPAÑÍA, sin necesidad de requerimiento previo o con la sola prueba sumaria de este incumplimiento, y deberá pagar a título de*

*Cláusula Penal, el monto que resulte de aplicar el porcentaje del valor total del Contrato establecido en las Condiciones Especiales, o el monto allí descrito. No obstante lo anterior, LA COMPAÑÍA podrá a su arbitrio exigir simultáneamente el pago de la Cláusula Penal y el cumplimiento del Contrato, así como la totalidad de los perjuicios que se le hayan ocasionado por razón del incumplimiento, indicando esto que la exigibilidad de la Cláusula Penal no excluye el derecho a reclamar por otra vía los demás perjuicios que se hubieran causado a LA COMPAÑÍA, ni implica renuncia a la exigibilidad de la obligación incumplida”.*

**Ejemplo 2:**

*“Si el Contrato es resuelto por incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA, el CONTRATISTA debe pagar al CONTRATANTE, a título de Pena no compensatoria, el veinte por ciento (20%) del Valor Estimado del Contrato”.*

**Ejemplo 3:**

*“En caso de incumplimiento de las obligaciones del Contrato, el CONTRATISTA conviene en pagar al CONTRATANTE, a título de pena el 10% del valor total del Contrato por el solo hecho del incumplimiento, y cuyo valor podrá tomarse directamente del saldo a favor del CONTRATISTA, si lo hubiere. La cláusula penal pecuniaria se cobrará por la vía ejecutiva, para lo cual este Contrato prestará el mérito de título ejecutivo. La aplicación de la cláusula penal no excluye el pago de la obligación principal, la aplicación de multas previstas en el Contrato, la ejecución de pólizas y garantías, ni la indemnización integral de perjuicios a cargo del CONTRATISTA por razón del incumplimiento”.*

El tercer ejemplo además de identificar la línea de cobro por la vía ejecutiva a favor del contratante, permite desde ya mencionar la imposibilidad para el contratista de

acudir a dicha figura, siendo de trascendencia en el actual trabajo de investigación, puesto que finalmente uno de los fines perseguidos por éste, es el pago por los servicios prestados.

Es normal que en una operación de hidrocarburos intervengan varias compañías de servicios, cuyas actividades se interrelacionan, por lo que el incumplimiento de una de ellas podría, en determinado momento generar costos en el servicio de las otras, teniendo entonces que al momento, de aplicarse la sanción económica derivada de la cláusula penal, en igual sentido se cobraría al contratista los costos asociados a terceros.

De los contratos estudiados solo uno contemplaba de manera independiente tanto la cláusula punitiva como la indemnizatoria, convirtiéndose entonces en una excepción a la generalidad en las treinta (30) minutas de contratos de servicios petroleros estudiados.

El beneficiario del servicio entiende que ante el actuar no conforme al acuerdo de voluntades por parte del contratista, impartirá en su contra una sanción económica, la cual no se agotaría con la sola estipulación de la pena, dado que el contratante en la mayoría de los casos se reserva para sí la posibilidad de reclamar acumulativamente con la pena, el cumplimiento de la obligación principal y los perjuicios ocasionados, entre los que se encuentra lo ya mencionado. Para ilustrar mejor el tema, a continuación se presenta un ejemplo: Una compañía cobraría por un servicio un valor de \$ 50.000.000.00 y como consecuencia de incumplimiento, el contratante le exige como sanción económica la suma de \$ 250.000.000.00 en razón a los costos asociados a otras empresas. ¿Es justo desde el punto de vista contractual tal medida?, ¿cuál es el límite económico para imponer la sanción?. Sobre esto ha escrito Rafael Enrique Fierro Mendez, interpretando el artículo 1601 del Código Civil señala que podrá pedirse por el deudor que se rebaje todo lo que exceda del duplo y menciona que “si el deudor ha cumplido una parte de la obligación principal y el acreedor

acepta esta parte, entonces tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación (Fierro, 2013, p.493).

De lo que expuesto en el presente trabajo se ha evidenciado que la imposición de multas se direcciona frente a incumplimientos parciales o mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, teniendo que la cláusula penal es aplicada cuando existe un incumplimiento definitivo y de trascendencia en el objeto del contrato. De acuerdo con esto se advierten escritos que además de incorporar presupuestos para la imposición de multas, tratándose de la sanción que aquí estudiamos desconocen la esencia que ya se mencionó para su imposición.

Para ilustrar lo descrito, mostraremos un ejemplo de redacción utilizada:

*“En caso de incumplimiento parcial o total de cualquiera de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, éste será deudor de una cláusula penal equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado del CONTRATO, sin que por ello se vea eximido del cumplimiento de la obligación de concluir los Servicios a satisfacción”.*

Se muestra reproche a la citada construcción, en razón a que además de no contarse con un incumplimiento de tal identidad, cualquier desconocimiento de los compromisos adquiridos por el contratista lo haría receptor de la cláusula penal.

También debe precisarse que la aplicación de la cláusula penal no debe estar precedida de la imposición de multas o que estas sean una exigencia para su efectividad, dado que la cláusula penal es autónoma del negocio jurídico suscrito entre las partes<sup>16</sup>, y que si bien se puede incorporar como cláusula en los contratos de servicios petroleros, también puede tenerse en documento independiente al inicial suscrito.

---

<sup>16</sup> Para profundizar más en el tema, léase el artículo: “La cláusula penal en la resolución del contrato” de Hernan Corral Talciani. 2009.

Contrario a lo mencionado, se transcribe una cláusula que parecería no interpretar tal sentir, colocando al mismo contratante en dificultades al momento de pretender la aplicación de la sanción:

*“Las Partes convienen que el retraso de más de un (1) mes calendario en el cumplimiento de las obligaciones con multa de apremio, según lo indicado en la cláusula 29.1 precedente, dará lugar a que la COMPAÑIA, si así lo estima procedente, exija el pago inmediato de una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado del presente Contrato, como sanción por el incumplimiento, siempre que el CONTRATISTA no haya subsanado o corregido el incumplimiento dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha en que se le hubiere requerido por escrito para tal efecto, una vez transcurrido el mes a que se ha hecho referencia”.*

### **1.3. RETENCIÓN DE PAGOS Y DESCUENTOS:**

En la presente investigación se destaca esta figura, y aunque no es reconocida como una sanción, si reviste tal carácter en los contratos de servicios petroleros, por lo que se hace referencia a ella, al concurrir en la esfera de posibilidades con que cuenta el contratante, y por intermedio de ella se afecta patrimonialmente al contratista.

Es común encontrar que en las minutas estudiadas se habla de la retención y con alguna regularidad se menciona que los valores propios de esto, tienen un carácter de depósito en garantía, para identificar la forma como el contratante no entrega en el tiempo debido los valores a favor del prestador del servicio (contratista) por determinadas circunstancias, entre las que se encuentran los efectos económicos de las sanciones. Veamos como ejemplo:

*“La COMPAÑÍA hará las retenciones, sobre el valor de cada factura en el porcentaje establecido en las condiciones especiales, a título de depósito en garantía de cumplimiento por la Compañía de todas las obligaciones que contrae en virtud del contrato”.*

No compartimos que se estipule tal denominación, respecto a las sumas que ello representa como depósito en garantía, puesto que de la lectura del artículo 1173 del Código de Comercio, se reconoce que el objeto del depósito se encuentra en poder del depositante y pasaría en virtud de este contrato al depositario, situación que no ocurre en los contratos de servicios petroleros, dado que los dineros no ingresan al contratista; adicional a lo enunciado se exige que el depósito solo se celebra cuando exista una obligación cierta y real (Superintendencia Financiera de Colombia, 6 de Julio de 2010)<sup>17</sup> que para los casos examinados tampoco se cumple, puesto que en el plano sancionatorio si bien podría estar estipulado, no se tiene certeza en cuanto a valores o su efectividad. En ese orden de ideas no es dable para el contratante apoyar la retención que practica, en dicha figura, si contamos que en muchos de los casos es cuestionable el escenario sancionatorio que tiene lugar, si tenemos por ejemplo que la imposición de multas o cláusula penal estarían afectadas de eficacia jurídica, que más adelante se explicará.

El derecho de retención no es definido legalmente, por lo que se acudirá a lo expresado por Guillermo Ospina Fernandez, quien para ilustrar el tema indica que *“es la facultad que se le reconoce a una persona para retener cosa ajena que esta en su poder mientras su dueño o el acreedor a su restitución no le pague aquella o le asegure el pago de un crédito vinculado a dicha cosa”* (Ospina, 2014, p.162). A su vez la Corte Suprema de Justicia, menciona que el derecho de retención no es otro que el de retardar la entrega de la cosa debida, como medio de obligar a la persona a quien pertenece a pagar al detentador de la cosa la deuda nacida con ocasión de la misma (Corte Suprema de Justicia, 25 de Agosto de 1953).

---

<sup>17</sup>Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2010034628-002 del 6 de Julio de 2010.

Entendiendo lo que buscan los contratantes en los servicios petroleros, destacamos que se pretende el cumplimiento del contrato por parte del contratista, cubrir contingencias derivadas de la ejecución del negocio jurídico, prever en algunos casos reclamaciones de proveedores del prestador del servicio y sancionar posibles incumplimientos entre otros.

Interpretándose así tal interés, destacaremos las características del derecho de retención y en tal tarea nos ayudará la Corte Suprema de Justicia, señalando que se trata de *“un derecho de garantía, accesorio, no estable y definitivo, sino provisional<sup>18</sup> que está destinado a extinguirse. Y se extingue por alguna de estas causas: por el pago del crédito que origina la retención, por el aseguramiento del crédito mediante una garantía y finalmente porque el retinente renuncia a seguir reteniendo”* (Corte Suprema de Justicia, 25 de Agosto de 1953).<sup>19</sup>

Otra de las características es la unilateralidad, entendida como *“una atribución que no requiere autorización judicial, y como todos los derechos, debe ejercerse de buena fe, dentro del marco de su finalidad, cual es la garantía de un crédito determinado, con la observancia de los requisitos exigidos para la operancia del mismo, sin que pueda el acreedor desviar este mecanismo hacia el terreno del abuso del derecho”* (Tribunal de Arbitramento, 26 de Marzo de 2009)<sup>20</sup>.

Ya puesto de presente lo que se conoce como el derecho de retención, se procederá a continuación a mostrar como se incorpora en los contratos de servicios petroleros:

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá. Sentencia del 18 Agosto de 2000. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá. Sentencia del 25 Agosto de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea.

<sup>20</sup> Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 26 de Marzo de 2009 – Caso entre Contact Center Americas S.A. vs Colombia Movil S.A. ESP.

Ejemplo 1:

*“El CONTRATISTA autoriza a la COMPAÑÍA para retener el pago de la totalidad o parte de cualquier factura del CONTRATISTA, cuando existan dudas o desacuerdos respecto de la exactitud de las sumas a cancelar, pero en ningún caso, las sumas retenidas podrán exceder las sumas en desacuerdo”.*

Ejemplo 2:

*“LA COMPAÑÍA se reserva el derecho de retener pagos facturados, cuando el CONTRATISTA haya ignorado requerimientos escritos hechos por LA COMPAÑÍA sobre aspectos del Contrato de obligatorio cumplimiento para el CONTRATISTA, y no se hayan solucionado dichas solicitudes de LA COMPAÑÍA. Tal retención cesará una vez el CONTRATISTA cumpla con los requerimientos hechos por LA COMPAÑÍA”.*

Ejemplo 3:

*“LA COMPAÑÍA podrá retener hasta un 5% del pago, hasta tanto LA CONTRATISTA haya presentado satisfactoriamente la totalidad de los certificados de las pólizas de seguros exigidas en el Contrato o sus respectivos ajustes cuando corresponda hacerlos, sin que por ello se genere mora en el pago ni interés alguno de mora a favor de LA CONTRATISTA, retención en garantía que desde ya acepta LA CONTRATISTA, con la sola firma del presente contrato.*

*El CONTRATISTA declara acepta y reconoce que los montos retenidos en garantía bajo esta cláusula serán propiedad de LA COMPAÑÍA hasta tanto no se cumplan las condiciones para su pago aquí pactadas. En consecuencia, los embargos, secuestros, prendas o medidas cautelares que afecten el patrimonio o los créditos del CONTRATISTA no recaerán sobre los montos*

*retenidos en garantía bajo esta cláusula, y, en estos casos, LA COMPAÑÍA no estará obligada a consignar dichos montos en depósitos judiciales o figuras análogas por tratarse de créditos que no se han hecho exigibles bajo el presente CONTRATO”.*

Ejemplo 4:

*“La COMPAÑÍA podrá retener el último pago contractual hasta tanto el contratista suscriba el acta de liquidación final del contrato”.*

Ejemplo 5:

*“Para asegurar el pago de cualquier obligación, pena o multa que EL CONTRATISTA tenga en virtud de este Contrato, respecto de LA COMPAÑÍA o respecto de un tercero, incluidas las obligaciones laborales con su Personal, LA COMPAÑÍA puede:*

- *Retener los pagos adeudados al CONTRATISTA.*
- *Ejercer el derecho de retención sobre los bienes utilizados por el CONTRATISTA, de su propiedad o de terceros, que se encuentren en su poder.*
- *Operar la compensación con los créditos a favor del CONTRATISTA”.*

De los ejemplos citados, en los contratos de servicios petroleros el contratante practica retenciones de valores a favor del contratista, en los siguientes casos:

- Cuando exista cualquier incumplimiento por parte del contratista.
- Cuando el contratante incurra en algún costo por razones imputables al contratista.
- Cuando no exista acuerdo entre lo que deba pagar el contratante al contratista.
- Cuando el contratante adquiera un material o elemento determinante para el objeto del contrato, cuya consecución no fue realizada por el contratista.
- Cuando el contratista adeude algún concepto al contratante y/o terceros que guarden relación con el objeto.
- Cuando el contratista haya ignorado solicitudes del contratante.

En la minuta de Ecopetrol S.A se habla de descuentos como apremio o penalización, describiendo por supuesto una autorización del contratista en el supuesto de incumplimiento. Adicional a los motivos que ya citamos, dicha petrolera aporta otras situaciones como:

- *“Por acción u omisión el CONTRATISTA y/o sus representantes y/o sus trabajadores y/o sus Subcontratistas vulneren las normas y/o protocolos establecidos en materia de HSE, dando lugar a incidentes o accidentes”.*
- *“El CONTRATISTA incurra en retrasos en relación con el Programa Detallado de Trabajo o el Cronograma que se haya establecido para el desarrollo del Contrato”.*
- *“El CONTRATISTA no ejecute las actividades objeto del Contrato conforme a las especificaciones técnicas definidas para el mismo”.*
- *“El CONTRATISTA subcontrate o ceda el Contrato sin la autorización previa, expresa y escrita del contratante”.*

Del estudio realizado se puede advertir que la figura de la retención en los contratos de servicios petroleros, se estructura como una garantía en el cumplimiento de obligaciones y como una modalidad sancionatoria, dado que por ejemplo en casos como la multa o cláusula penal, el contratante aún no satisfecho con la sanción impuesta, decide no pagar al contratista el valor del servicio prestado, desconociendo que tendría que acudir al juez del contrato.

También debe precisarse que no es dable la aplicación de la retención ante la existencia de dudas o desacuerdos de los valores a pagar al contratista, cuando precisamente el objetivo que hemos expuesto para dicha figura, la identidad y claridad total del objeto a garantizar. En ese orden de ideas, no sería este el mecanismo por el que debe optar el contratante de darse tal supuesto en la ejecución del contrato.

No puede tampoco utilizarse este instrumento como mecanismo de presión, para la respuesta de pedimentos del contratante o suscripción de acta de liquidación del contrato, cuando tiene cabida la ocurrencia de eventos de no aceptación en la forma como finalizó la prestación del servicio.

Otro análisis que debe entregarse, es que si bien el derecho de retención tiene como fuente una convención, no por ello transfiere el derecho de dominio sobre los valores retenidos, y no puede el contratante disponer de dichos dineros de manera arbitraria en perjuicio de los intereses del contratista o beneficiarse de ellos, puesto que tal conducta se convertiría en abuso (Corte Suprema de Justicia, 15 de Junio de 1995)<sup>21</sup>.

Como se presenta la retención en los servicios petroleros identificamos dos (2) grupos que llevan a entender la figura: Uno en consideración a la cuantía y el otro en razón al espacio de aplicación.

Al referirnos a la cuantía, el contratante puede optar por la posibilidad de retener cualquier suma sin consideración a la cuantía, o solo preferir un porcentaje de la facturación. Es común que el contratante retenga hasta el cinco por ciento (5%) de los valores a pagar al contratista. También sobre el aspecto de facturación el contratante plantea retención y descuentos por demora del contratista en facturar, cuando en muchas ocasiones la demora obedece a circunstancias imputables al beneficiario del servicio.

Cuando se trata del segundo grupo mencionado, el contratante aplica la retención en vigencia de ejecución del contrato, hasta que se cumpla determinada condición como

---

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Bogota. Sentencia del 15 de Junio de 1995. M.P. Rafael Romero Sierra. Página 37.

el aporte de pólizas o retención de pago de la última facturación, o de manera definitiva cuando el contrato termina y persiste la retención por parte del contratante.

Son variados los escenarios encontrados en las minutas de los contratos de servicios petroleros que concluyen en retención en perjuicio del contratista, entre las que se encuentran además de la multa y la cláusula penal, los reclamos, pérdidas, daños, cargos, desembolsos, cobros pagaderos a terceros y gastos de administración en lo que el contratante llegue en determinado momento a argumentar como incurridos.

De la lectura realizada a los treinta (30) modelos de contratos escogidos para nuestro estudio se advierte inexistencia de un espacio de tiempo en que debe permanecer la retención en perjuicio del contratista, no se cuenta con un límite para su imposición, no se especifican de los costos que admiten el concepto de retención, y por último destacamos que no se permite al contratista recuperar el costo de oportunidad una vez devuelto el valor de la retención, ni se reconocen intereses.

El contratista entonces no solo debe asumir como fue descrito, los efectos de la multa y cláusula penal, sino también la incertidumbre del no pago oportuno de los servicios prestados, en razón a la imposición contractual a favor del contratante de esta sanción que como quedó en evidencia, se construye no consultando lo mencionado por la jurisprudencia sobre el tema, o simplemente construyéndose con el fin de favorecer al contratante, bajo un variado número de posibilidades que no consultan el interés de justicia en la ejecución del contrato.

Por último se deja de presente que la recuperación por parte del contratista de los valores retenidos, se vuelve en ocasiones tan o más complicada que la prestación del servicio, puesto que se le exige el cumplimiento de condiciones y/o entrega de documentos como paz y salvo de autoridades municipales y proveedores, liquidación de prestaciones sociales por los trabajadores del contratista y de sus subcontratistas

para lograr la entrega de dineros, entre otras solicitudes, que en ocasiones genera demora en los tiempos en que el prestador del servicio recibiría los valores a su favor.

#### **1.4. COBRO DE COSTOS DE TERCEROS:**

En la operación de hidrocarburos la empresa operadora titular de bloque petrolero, subcontrata la mayoría de servicios en procura de llevar a feliz término la actividad de exploración y explotación. Propio de esto, via contractual traslada sus riesgos operativos a los contratistas en aspectos técnicos, ambientales, administrativos, laborales, transporte, comunidades, entre otros. El tema al que aquí se hace referencia guarda identidad con el orden sancionatorio; puesto que de la denominación entregada por el mismo contratante, se advierte que son descritos como penalidades, partiendo de la base que el contratista en términos de su contratante incumple el contrato, por lo que debe asumir unos costos económicos que en muchos de los casos exceden el valor total del servicio que se oferta, y que en ocasiones son reclamados para sí por el contratante, o simplemente obliga al contratista a interactuar directamente con el tercero en procura de una mal llamada normalización de operaciones; es decir, se excede el panorama del simple reconocimiento de perjuicios.

Se partirá por supuesto de la claridad que entrega el campo de la responsabilidad, al aceptarse que quien cause un daño debe repararlo. Tal premisa es el punto de partida para destacar en los clausulados de los contratos de servicios petroleros, unas construcciones que reclamarían en determinado momento el compromiso del contratista, y otras que generan reproche tal como a continuación lo detallaremos.

Encontramos entonces varios tópicos en los contratos, en los que efectivamente el contratista es colocado en situación de desventaja frente al contratante, advirtiéndose que asumiría costos de terceros de diferentes formas, pues se tiene entre otras razones

como consideración, que el contratante solo responde por culpa grave y el contratista parte de la culpa leve.

Un primer punto que describen los contratos de servicios petroleros refiere al conocimiento total del prestador del servicio frente al objeto del contrato y zona del ejecución del servicio, que se dice por parte del contratante debe tener el contratista. Es claro que se contrate a quien sabe su oficio y cumple con los requerimientos de su contratante. Sin embargo es común ver en las minutas que además de lo anotado, se exija a modo de declaración, que el contratista conozca un sinnúmero de aspectos que corresponden a la compañía operadora en virtud de su actuación jurídica con la Agencia Nacional de Hidrocarburos y de la interacción con las comunidades del área de influencia de los proyectos.

Veamos como ejemplo:

*“El contratista declara conocer el alcance del objeto del contrato y las circunstancias que puedan afectar la prestación de los servicios, incluyendo pero sin limitarse a las condiciones geográficas, climáticas, ambientales, jurídicas, sociales, políticas, culturales, sanitarias, de infraestructura, mano de obra, instalaciones, transporte, y particularmente las condiciones de seguridad y de orden público del lugar de ejecución. El contratista asume todos los riesgos derivados de éstas”.*

Si bien es cierto que el contratista, al momento de presentar su oferta comercial lo hace en consideración a unos parámetros determinados, le quedaría casi imposible incluir costos derivados de asuntos climáticos, sociales, políticos o culturales y la totalidad de riesgos asociados al proyecto.

Explicando lo último que se destacó en el parrafo anterior, debemos mencionar que riesgo es la *“probabilidad de producción de sucesos aleatorios que aquejan el*

*desarrollo de un proyecto, propiciando una alteración del resultado esperado, tanto en relación con los costos como los ingresos”* (Tribunal de Arbitramento, 24 de Noviembre de 2005)<sup>22</sup>, aspecto que afecta a los contratos de servicios petroleros, y que vía el clausulado impuesto, se trasladan al contratista, perteneciendo al contratante, en razón a los compromisos adquiridos previamente con el Estado Colombiano.

Claro que la gestión del riesgo como técnica, permite identificar posibles contingencias en el entorno, la asignación de recursos y las dificultades operacionales (Bravo, 2009, p. 24) que contribuirá a prever posibles costos del proyecto; sin embargo bajo la construcción referida, tendría el contratista que tender, entre otros, compromisos con la comunidad del área de influencia del proyecto en temas como contratación de vehículos, suministro de alimentación, consecución de bienes, hospedaje para el personal, construcción de obras, convenios de seguridad con autoridades públicas y una serie de actividades poco fáciles de prever al momento de ofrecer determinado servicio o socialmente complejas de manejar en las diferentes regiones del territorio nacional, que se escapan de cálculos o previsiones, generando sobrecostos altísimos para el servicio ofertado.

Lo dicho muestra que, se incurriría dificultad para identificar y cuantificar la totalidad de riesgos por parte del contratista al momento de plantear una oferta de contrato a la compañía operadora, por lo que al obligarse contractualmente el contratista, estaría asumiendo unos compromisos que sobrepasan la esfera de lo pensable frente al negocio.

---

<sup>22</sup> Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 24 de Noviembre de 2005 – Caso entre el Consorcio CCIM vs Ecopetrol S.A. Aquí se habla de riesgos, citándose el laudo que tuvo lugar entre Coviandes v. Inco el 29 de julio de 2004.

En segundo lugar se destaca la figura de costos a cargo del contratista, entre los que se aprecian tópicos como reclamos, pérdidas, daños, desembolsos, gastos pagaderos a terceros y gastos de administración, todos ellos sin limitación a la cuantía.

Tales inclusiones dan la bienvenida a exigirse responsabilidad contractual al prestador del servicio, partiendo en muchos de los casos, de un simple llamado escrito del contratante para configurarse así un valor en contra del contratista, sin contarse en la mayoría de los casos con un procedimiento para pagos a terceros o manejo ante la ocurrencia de afectaciones en las que se vea involucrado el contratista.

En el marco de esta estipulación encontramos construcciones así:

*“Reembolsar los costos que la compañía pague cuando sea necesario llamar a otra empresa para la ejecución de obligaciones a cargo del contratista, por incumplimiento total o parcial de éste.”*

Bajo lo destacado, ¿sería entonces posible que el contratante por cualquier incumplimiento, haga concurrir a otro prestador del servicio, desconociendo que para tal contrato fueron dispuestos una serie de recursos y esfuerzos por parte del contratista, que tal vez se verían recuperados solo al terminar el proyecto?. ¿No debe acaso contarse con unas reglas sobre el asunto bajo análisis?, ¿cual sería el límite para el contratante en el cobro de tales gastos y la cuantificación de los mismos, dado que las empresas ofrencen diferentes valores por su actividad?.

En algunos contratos de servicios petroleros se habla de manera directa de penalización por falta de suministro de los servicios y/o materiales, con redacciones como:

*“En caso que el contratista no suministre o entregue oportunamente los equipos, herramientas, materiales o personal objeto del contrato, el*

*contratista autoriza a la compañía a proveer directamente o mediante terceros dichos servicios, equipos, herramientas, personal o materiales, los cuales se cobrarán al contratista a precio de costo añadiendo un diez por ciento (10%) adicional por concepto de administración. Este cobro se hará mediante descuento de las facturas pendientes por pago”.*

El pretender con la sola firma del contrato una autorización del contratista como la enunciada, sin tan siquiera establecer un procedimiento para ello, o un mecanismo que no afecte patrimonialmente al contratista se tornaría en una cláusula abusiva.

Por último, traemos en la presente forma sancionatoria, un tema que si bien no corresponde a cobro de costos de terceros, sí vemos importante incluirlo, dado que parte de la redacción por parte del contratante en materia sancionatoria. En el componente laboral que incluyen los contratos de servicios petroleros, además de reconocerse al contratista como único empleador de los trabajadores asignados a determinado proyecto, también el contratante se reserva el derecho de solicitar al contratista, el retiro o traslado de cualquier trabajador suyo en cualquier momento, solicitud que el contratista deberá atender en un término de pocas horas. Lo mencionado hace que el contratista asuma costos por concepto de indemnizaciones, al no contarse con unas causas objetivas, para dar finalizados contratos laborales o cambiar condiciones pactadas con antelación.

### **1.5. IMPOSIBILIDAD EN EL COBRO POR LOS SERVICIOS PRESTADOS.**

Quien contrata en escenarios como el público y el privado, espera recibir el valor acordado con su contratante, anhelando que la contraprestación pactada no sea inferior a la oferta entregada o que la misma presente algún tipo de situación, que impida el beneficio de las sumas de dinero convenidas.

Mencionado ya en el actual escrito, el contratante se reserva en el clausulado de los contratos de servicios petroleros diferentes estipulaciones que lo facultan para no pagar al contratista, cumplir esta obligación fuera de los tiempos pactados o exigir al contratista determinadas condiciones no concebidas al momento de la negociación<sup>23</sup>.

Consideramos que en la redacción se cometen excesos evidentes, dado que el contratista se convierte en el destinatario de los efectos de multa, cláusula penal y demás sanciones, impidiéndose beneficiarse con la expectativa de pago. Se adiciona a ello figuras como la compensación, el depósito en garantía, retención de pagos, objeción de facturación, descuentos entre otras.

En este tema vemos importante entrar a realizar la identificación de las diferentes formas en que se presenta este tipo de sanción. Tenemos como primer grupo el señalado con el argumento ampliamente conocido, bajo la cual el contratante coloca en dificultad al contratista para recibir los valores correspondientes al servicio prestado, refiriéndonos específicamente a que el contratante solo paga por los servicios aprobados y recibidos a satisfacción. En principio diríamos que no advertiría reproche lo señalado, dado que es apenas lógico que se cobre solo por lo que se realiza a favor del beneficiario del servicio.

En la práctica la dificultad para el contratista se presenta, en poder tener el sentir de satisfacción del cliente, refleja en la firma de tiquetes de servicio en campo, que en la mayoría de los casos es bastante difícil su obtención. Se convierte esto en casi un ritual de ruegos, con un contratista intentando convencer a los representantes del cliente en campo, y de estos haciendo acopio de cualquier argumento para retrasar la firma de los mismos, existiendo demoras para generar la respectiva facturación. Es común encontrar que en la ejecución del proyecto el contratista realice actividades

---

<sup>23</sup> En los contratos de servicios petroleros el contratante estructura para sí muchas posibilidades, que desgastan al contratista en la ejecución del proyecto, o lo llevan a conciliar valores propios de la tarea realizada, al presentarse sanciones que admiten el reproche que aquí mencionamos.

que si bien no fueron aprobadas por el cliente, sí resultan de importancia para éste, y que dado lo mencionado no recibe su pago. Por supuesto que no se cuenta con un procedimiento para documentar la problemática anotada en clausulados de los contratos de servicios petroleros, colocándose al contratista en una situación de desventaja frente al contratante. En este grupo, por intermedio del administrador del contrato, en la minuta de Ecopetrol exige no solo la satisfacción de éste, sino igualmente la aprobación por parte de las gestorías.

Es conveniente destacar algo que se da en perjuicio del contratista, a quien además de imposibilitársele el no poder facturar a tiempo, se ve afectado con otra sanción como la que destaca en la siguiente cláusula:

*“En caso que el CONTRATISTA no facture dentro de los sesenta (60) días siguientes al vencimiento del plazo para facturar establecido en las Condiciones Especiales, LA COMPAÑÍA podrá descontar a título de sanción por esta demora, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la factura”.*

Pocos comentarios y explicaciones realmente tendríamos aquí, dado que la sola lectura llama a su inmediato reproche, pues es finalmente al contratista a quien más le interesa facturar.

Un segundo grupo lo encontramos en la renuncia que se obliga al contratista para obtener a su favor reajustes, compensaciones, indemnizaciones y reclamos que se produzcan sobre las tarifas durante el desarrollo del contrato, bajo la simple escritura que en las mismas están incluidos todos los costos, utilidades e imprevistos del contratista, en conjunto con los costos relacionados con salarios de su personal, prestaciones sociales y derechos laborales; primas de las pólizas de seguro, y todo concepto relativo a impuestos de cualquier índole, directos o indirectos, por lo que no habrá lugar a reajuste alguno del valor del Contrato. De lo mencionado, ¿tendríamos

como válida una estipulación como la anotada?, ¿cual es límite de lo que puede renunciar o no el contratista?, ¿bajo el principio de igualdad contractual nos preguntamos a qué renuncia el contratante?.

En la minuta utilizada por Ecopetrol S.A. no se evidencia tal renuncia del contratista, pero se aclara por el contratante que no reconocería costos que fueron previsibles por el contratista, frente a lo que se diría entonces que lo imprevisible se reconocería. Así es reconocido en el clausulado bajo el título de “*reconocimientos económicos a favor del contratista*”, expresándose que se harían solo por concepto de costo de personal y equipos. Por supuesto que no se cuenta con una definición para ello, debiendo existir en los cláusulados de servicios petroleros una regulación en este sentido, la cual establezca por supuesto unos límites para ambas partes del negocio jurídico, y una posibilidad para el contratista que no consulte pérdida económica al finalizar la ejecución del contrato.

En tercer lugar, encontramos la posibilidad del contratante de suspender los pagos en cualquier momento, dando como argumento la negativa del contratista en atender requerimientos del contratante o conceptos de la interventoría sobre el servicio prestado posterior a la presentación de la factura. Luego, ¿no se supone que cuando se radica la factura, ya se ha cumplido con una previa verificación de la satisfacción del servicio?. Tendría entonces el contratista que someterse en el tiempo de manera indefinida a cualquier reclamo del contratante o de sus representantes?, ¿cuáles serían los límites de esto?, ¿qué factores deberían tomarse como válidos para suspenderse el pago de facturación?. De lo enunciado, no se dan estipulaciones contractuales que lo aclaren.

En cuarto lugar, evidenciamos que el contratante guarda una posibilidad a su favor de no pagar por los servicios prestados en determinado contrato, cuando el contratista tenga valores en contra de proyectos anteriores, derivados de multas, cláusula penal, cumplimiento de temas con proveedores, trabajadores o subcontratistas. Esto obliga

al contratista, al conciliar con el contratante una disminución de los valores actuales, y por supuesto reconocer el cobro que realiza el beneficiario del servicio. La posibilidad que aquí se anota, se identifica fácilmente en los contratos que se ejecutan con Ecopetrol S.A. en el aparte de “descuentos como apremio y sanción”.

Igualmente, se advierte que los contratos de servicios petroleros contemplan en su mayoría como mecanismo de solución de controversias la vía arbitral, reservando el contratante la posibilidad de acudir a la vía ejecutiva cuando se trata del cobro de multas y/o cláusula penal, situación que por supuesto no es aceptada a favor del contratista para el ejercicio de determinados derechos.

En cuanto al mérito ejecutivo encontramos un abuso del derecho por parte del contratante, toda vez que cuando el contratista radica su facturación lo hace en cumplimiento de lo pactado, teniendo que el contratante le exige que debe dejar en su poder el original. Lo dicho contraviene el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1231 de 2008 que señala:

*“El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables”.*

Tal como se describe lo presentado quedaría el contratista despojado así de la posibilidad que entrega el ordenamiento jurídico, de acudir por la vía de un proceso de mayor celeridad, a obtener el pago por los servicios prestados.

Evidenciamos entonces que el contratista no solo debe asumir como fue dicho, los efectos de la multa y cláusula penal, sino también la incertidumbre del no pago oportuno de los servicios prestados y en el valor esperado, soportando el capricho de un contratante, quien en virtud del clausulado direccionado por él, nuevamente coloca al contratista en condición de desventaja.

## **1.6. SANCIONES PERSONALES.**

Descrito el tema sancionatorio económico en los contratos de servicios petroleros, procede el presente trabajo a dar una mirada a lo que se ha denominado como sanciones personales, puesto que además de afectar el patrimonio del contratista, se muestran otras situaciones en perjuicio de sus intereses.

En la ejecución de cualquier proyecto es normal hablar de la verificación del cumplimiento de obligaciones, por lo que las partes se colocan de acuerdo al momento de la suscripción del acto jurídico que las vincula, frente a los mecanismos de control y exigibilidad. Para el caso de los contratos de servicios petroleros, en los que el contratante quien impone el clausulado, se ven formas de control que podríamos distribuir en diferentes tiempos: antes de la firma del Contrato, en la ejecución y una tercera que es posterior su terminación.

Se apoya entonces el contratante en elementos como solicitud de informes, supervisión, visitas de campo y administrativas, auditorías, reuniones de trabajo, exigencia de certificados de equipos e inspecciones, evaluaciones de desempeño, verificación de permisos, reporte de situaciones por parte del contratista, entre otros.

Adicional a la carga económica derivada de los posibles incumplimientos advertidos por los anteriores medios, el contratista se ve afectado con otras sanciones que se dirigen a la persona jurídica como tal, y en ese orden de ideas hemos identificado

algunas como la calificación negativa, hallazgos, no conformidades, y restricción para la prestación de nuevos servicios.

Mostraremos a continuación las figuras que en los cláusulados de los servicios petroleros se construyen, en virtud de esa posibilidad del contratante de examinar el cumplimiento del servicio<sup>24</sup>.

En primer lugar encontramos la figura del administrador del contrato, identificado como la persona que en representación de la empresa contratante, controla de manera general la ejecución del proyecto, y quien en virtud de tales facultades puede solicitar todo tipo de información al contratista, supervisar el desarrollo del objeto del negocio jurídico e impartir instrucciones en nombre de su cliente, en todos los asuntos de carácter técnico y/o administrativo. Dada las calidades que ostenta, podrá delegar sus facultades en una o varias personas.

Como segundo tema destacamos la interventoría. Es concebida como una labor que consiste en vigilar y controlar la correcta prestación del servicio y en general el cumplimiento del contrato. En esencia participa en las actividades del proyecto. Algunas compañías operadoras deciden contratar esta figura con fuentes externas, y otras optan porque sean funcionarios especializados al interior de las mismas quienes desempeñen tal función. La interventoría puede presentarse de manera individual o grupal.

En contratación estatal se resalta la importancia de este instrumento de control, siendo *“necesario en aquellos eventos en que se requieren conocimientos especializados acorde con la naturaleza del objeto contractual”*, siendo diferenciada de la figura del supervisor *“no requiere de conocimientos especializados”* (Rosero, 2014, p.50).

---

<sup>24</sup> Lo denominado como sanciones personales, parte del mecanismo de control con que cuenta el contratante, y se muestran para el efecto, herramientas como la figura del administrador del contrato, la interventoría y auditoría. A estas haremos referencia, para destacar su rol en los contratos de servicios petroleros, y finalmente explorando los efectos derivados de tal actividad.

El instrumento de auditoría identificado como tercer mecanismo de control, tiene entre sus objetivos que el contratante pueda realizar, a través de personas expertas sea internas o externas, la verificación del cumplimiento de obligaciones previstas en el acuerdo de voluntades. En virtud de las cláusulas que regulan el negocio jurídico, el contratista debe guardar por un tiempo determinado evidencias, comprobantes, registros, libros y correspondencia relacionados con el contrato. Al identificarse un supuesto incumplimiento del contratista, éste queda obligado a la actividad encaminada, a efectos de cumplir los requerimientos del beneficiario del servicio.

Ahora bien, la dificultad con la que se encuentra el contratista consiste en que por el clausulado de los contratos de servicios petroleros se le exige una subsanación de manera inmediata, de lo contrario se tendrían como resultados además del tema económico la sanción personal. Algunos contratos contemplan un mecanismo igual a un plan de auditoría o se encuentra con las evaluaciones de desempeño, en las cuales al final fijan la posibilidad de presentarse un plan de acción correctivo en procura de dar cierre las faltas del contratista, debiéndose señalar que los tiempos de respuesta en la mayoría de los casos son impuestos por el contratante, al igual que el mecanismo de solución.

Veamos entonces los efectos derivados del control ejercido por el contratante:

En primer lugar, nos referimos a la labor ejercida por interventores, quienes se convierten en la mayoría de las veces en juez y parte, dado que como intervienen en la ejecución del proyecto, recomiendan temas como la continuidad o no del contrato, aspectos relativos a la suspensión o terminación, imposición de sanciones al contratista o incluso exigencia de temas no pactados al momento de la firma del contrato.

Un segundo escenario de sanciones personales lo encontramos en la **NO CONFORMIDAD** que es la resultante de identificar un incumplimiento del contratista, y que de no ser atendido, concluyen en una caracterización del contratista frente al cliente como **CONTRATISTA QUE INCUMPLE**. En algunas ocasiones se cuenta con un término a favor del contratista para cumplir, pero cuando se trata de una falta cometida y que no es posible remediarla, tendríamos el doble panorama sancionatorio, agregándose la futura no contratación.

Un peor escenario lo tenemos cuando se exige como requisito para liquidar el contrato, el cierre de cualquier hallazgo, de lo contrario via retención el contratante se sustrae a su obligación de pago. Tenemos entonces que sumada a la sanción económica, se cuenta con la carga por parte del contratista de dar tratamiento a determinadas exigencias resultantes de las denominadas **NO CONFORMIDADES**, que pueden en ocasiones convertirse en situaciones imposibles de satisfacer, por los tiempos de ejecución del contrato.

Una tercera situación que destacamos, es la afectación a la evaluación de desempeño. No todos los contratos de servicios petroleros contemplan este tema; sin embargo, algunas empresas operadoras como Ecopetrol S.A. lo manejan en sus contratos, evaluando diferentes aspectos entre los que se destacan el cumplimiento en asuntos como seguridad industrial, administrativos, de tiempos y técnicos. Por supuesto que es totalmente válido que se implemente tales controles al interior de los contratos de servicios petroleros. Ahora bien, cabría preguntarse si ¿realmente se valora el cumplimiento del objeto del contrato?, o si ¿se hace acopio de diferentes tópicos, descuidando la esencia que llevó a las partes a suscribir el contrato?.

Tenemos entonces que los resultados de la calificación son tenidos en cuenta para las próximas contrataciones, pero es necesario tener en cuenta que tanto estas como las certificaciones de experiencia, son elementos documentales del contratista que éste debe acompañar ante entes certificadores y otros clientes; advirtiéndose entonces una

posible contingencia para el contratista, dado que los efectos de la sanción no terminan entonces con la afectación patrimonial por cuenta de determinado contrato, sino también se extienden a otras esferas que no tendría por que ocurrir desde el punto de vista de la proporcionalidad de la sanción.

### **1.7. CONCLUSIONES.**

- Los contratos de servicios petroleros son contruidos bajo la premisa de sujeción total del contratista a los términos señalados por el contratante.
- Las estipulaciones que tienen lugar por imposición de contratantes, no consultan tipo alguno de limitación, ni condiciones de aplicación en el tiempo, quedando su implementación a la mera liberalidad de la compañía operadora y en desventaja el contratista.
- No existe uniformidad en el escenario descrito por las treinta (30) minutas de contratos que fueron revisadas, en cuanto al aspecto sancionatorio, partiéndose simplemente del poder del contratante en su diseño e implementación.
- Pese a los contratos de servicios petroleros direccionarse en el marco del derecho privado, los contratantes ejecutan actuaciones propias de entidades públicas.
- El ideal de protección jurídica buscado por contratantes en la elaboración de los modelos de contratos que fueron analizados, encuentra dificultad cuando es verificada su eficacia jurídica y los efectos perseguidos.
- En el derecho comparado se aprecia que las estipulaciones en materia de cláusula penal, suelen aceptar su carácter sancionatorio y de indemnización de perjuicios.
- Sumandose al aspecto sancionatorio económico, en los contratos de servicios petroleros tienen lugar sanciones personales, que además de afectar el patrimonio del contratista, se destacan en perjuicio de sus intereses.

## **CAPITULO II. INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS:**

### **INTRODUCCIÓN:**

Teniendo en cuenta el abordaje realizado cuando se estudiaron las sanciones en los contratos de servicios petroleros, y reconociendo ahora la importancia de existencia de mecanismos que permitan buscar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el marco de los contratos, son cuestionables en la materia de estudio, las estipulaciones sancionatorias tal como se presentan, puesto que contrarian el marco de la autonomía de la voluntad privada y la buena fe contractual, que deben regir las relaciones entre contratante y contratista.

Admite reproche la forma como son concebidas esas cláusulas, la construcción realizada en los diferentes acuerdos de voluntades, el mecanismo de aplicación, la inexistencia de reglas, ausencia de procedimiento para su imposición, el exceso en el marco sancionatorio, y el tenerse un panorama que no consulte el equilibrio contractual (Tribunal de Arbitramento, 23 de Mayo de 2006)<sup>25</sup>. Este precisamente es el panorama que se describe con la presente investigación en los contratos de servicios petroleros, partiéndose de un clausulado impuesto por contratantes, con contratistas afectados por estipulaciones que plantean las facultades del beneficiario del servicio para aplicar las diferentes sanciones, no contándo el debido procedimiento y ausencia total de garantías para el contratista.

Vista la problemática anterior, el derecho aparece como fuente de claridad y salida a la estructura sancionatoria en los contratos de servicios petroleros, por lo que serán los principios generales del derecho (Tribunal de Arbitramento, 3 de Mayo de

---

<sup>25</sup> Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 23 de Mayo de 2006 – Caso entre Bogotana de Aguas y Saneamiento S.A. vs Distrito Capital de Bogotá. Página 35.

2010)<sup>26</sup>, el debido proceso y otros aspectos igualmente analizados, que nos permitirán integrar los anhelos de igualdad y de justicia en las relaciones que surgen en este sector de la economía. Lejos de querer realizar un análisis filosófico de los principios generales del derecho, se partirá en el presente trabajo de conceptos doctrinales y jurisprudenciales al respecto, siendo aplicados al tema de investigación.

Retomaremos el análisis entregado en el artículo anterior y será integrado con los conceptos generales del orden jurídico, para evidenciar el manejo que en la actualidad presentan los contratos de servicios petroleros, destacando los efectos de la aplicación del esquema sancionatorio y mostrando finalmente algunas herramientas que pueden no solo permitir a contratantes la aplicación de sanciones, sino también a contratistas ejecutar el servicio sin advertir desigualdad en los contratos en los que se hacen parte.

## **2.1. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.**

Es común encontrar en la ejecución de los contratos de servicios petroleros, que frente a argumentos del contratista generando reproche por cláusulas que le son impuestas por el contratante, éste responde que cuando se firmó el contrato, las partes aceptaron todo el contenido del acuerdo de voluntades y que con tal sentir no se contraviene el orden jurídico, puesto que se actúa en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad privada. Ahora bien, tal manifestación debe ser valorada a efectos de destacar el sentido del contrato, estableciendo *“las obligaciones que de él surgen, o también investigar y fijar el significado de las manifestaciones de voluntad, con el propósito de determinar el contenido del negocio jurídico (Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, 12 de Septiembre de 2001)”*<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 3 de Mayo de 2010 – Caso entre Bulk Trading S.A. vs Puerto de Mamonal S.A. y Opt S.A.. Página 34.

<sup>27</sup> Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá. Sentencia del 12 de Septiembre de 2001. M.P. Jorge Eduardo Ferrerira Vargas. Se resuelve un recurso de anulación del proceso arbitral de Empresa de Energía de Boyaca S.A. VS Empresas Públicas de

Iniciaremos mencionando que la autonomía de la voluntad es entendida como la posibilidad que tienen las partes para dar nacimiento y crear sus propias reglas en los negocios jurídicos en los que se hacen parte, y “*comprende en particular la libertad de conclusión, es decir, la posibilidad para el individuo decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo, y la autonomía de la configuración interna, o que se dé la posibilidad para ambos contratantes de establecer libremente el contenido del contrato*” (Monsalve, 2010, p.213).

Lo citado lleva entonces a destacar inicialmente que es totalmente válido en los contratos de servicios petroleros pactar entre otros temas el esquema sancionatorio que tendrá lugar en la ejecución del proyecto, tal como lo refiere el artículo 1602 del Código Civil: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”(Tribunal de Arbitramento, 12 Marzo de 2007)<sup>28</sup>. Bajo tal argumento, contratantes apoyados en esta norma, justifican la posibilidad de poder pactar cláusulas de descuentos frente a incumplimientos, multas, cláusula penal, retención de pagos, terminaciones anticipadas de los contratos o liquidaciones unilaterales.

Ahora bien, esa facultad en la construcción de sus relaciones jurídicas en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad (Tribunal de Arbitramento, del 8 de Junio de 2007)<sup>29</sup> tiene como límites el orden público y las buenas costumbres (Arrubla, 2012, p.7), plasmados en el artículo 16 del Código Civil, el cual destaca que no pueden derogarse por los particulares normas que guarden relación con los dos mencionados conceptos; reconociéndose además por la Corte Suprema de Justicia

---

Medellín EE.PP.M. 1261-01. Página 8.

28 Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 12 de Marzo de 2007 – Caso entre Disico S.A., Aldana Meters Ltda. y Citrol Ltda. vs Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – ESP. Página 19.

29 Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 8 de Junio de 2007 – Caso entre Empresa Colombiana de Gas – Ecogas vs Termoemcali I S.A. ESP. Página 12.

que el abuso del derecho y la buena fe son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual (Corte Suprema de Justicia, 30 de Agosto de 2011)<sup>30</sup>.

De acuerdo a lo mencionado, se desconocería el principio de la buena fe contractual, al tenerse cláusulas impuestas por el beneficiario del servicio, trasladando responsabilidades de orden social, ambiental o incluso laboral al contratista. También existiría reproche cuando vía contrato se pretenden declaraciones del contratista que finalmente allanan el camino sancionatorio en su contra, o se limitan las garantías de defensa del contratista.

## **2.2. EL DEBIDO PROCESO.**

Abordamos la temática de investigación motivados por la necesidad imperante de evidenciar los excesos y malas prácticas que tienen lugar en los contratos de servicios petroleros, en lo que tiene que ver con el marco sancionatorio, mostrando como la falta de equilibrio contractual y el desconocimiento del derecho al debido proceso es parte concluyente en las construcciones jurídicas que tienen lugar.

El debido proceso tal como se desprende del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, exige que las sanciones que se pretendan aplicar en contratación, estén precedidas de tal garantía. Se tiene entonces que tal herramienta se integra por principios que pretendemos sean tenidos en cuenta en la construcción del esquema sancionatorio en los contratos de servicios petroleros (Sentencia, T-474 de 1992).

Traído al escenario contractual que nos convoca, se reclamaría que el contratista al momento de suscribir el contrato, haya previamente definido con su contratante, el

---

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogota. Sentencia del 30 de Agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas. Página 52.

tipo de faltas que tendría el negocio jurídico, unos factores de agravación si así se quiere, las diferentes sanciones a imponerse, el procedimiento de aplicación y las correspondientes garantías (Corte Suprema de Justicia, 17 de Junio de 2007)<sup>31</sup> de defensa, los tiempos de respuesta tanto para contratante y contratista, al igual que el término para imponer cada tipo de sanción, definirse el límite para aplicar sanciones y finalmente resaltarse que las partes no cuentan con facultades jurisdiccionales. Tal querer es orientado por lineamientos del Consejo de Estado cuando señala que en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes no la ley, pero autorizadas por ella, quienes definan esas conductas y la sanción (Consejo de Estado, 13 de Noviembre de 2008)<sup>32</sup>.

Con regularidad en el actual escrito hablamos de debido proceso y procedimiento, por lo que vemos importante mostrar lo que especialistas en materia sancionatoria describen frente a cada uno. Del primero se dice que es la aplicación procesal contenciosa del principio de legalidad y el segundo concebido también como debido procedimiento, es la adaptación del postulado de legalidad en los trámites administrativos que no se desarrollan en el marco del proceso judicial (Ossa, 2009, p.237). En su gran mayoría los contratos de servicios petroleros tienen lugar entre particulares, y los contratistas esperan contar no solo con la posibilidad de realizar negocios propios de su objeto social, sino también que en sus relaciones jurídicas, existan un sinnúmero de garantías que impidan así el desconocimiento de sus derechos.

---

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogota. Sentencia del 17 de Junio de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente 11001-0203-000-2013-00311-00.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de Noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero.

Hablamos entonces del derecho al debido proceso, reconocido por la Corte Constitucional (T-694 de 2013) como un derecho fundamental que debe regir no solo las actuaciones con las entidades públicas sino también en las relaciones contractuales de los particulares. Destacamos la mencionada providencia, al partirse de la base de aplicar dicha figura, a toda clase de asuntos, entre los que encontramos el sancionatorio. Se exige entonces, en primer lugar, que exista un procedimiento y que el mismo sea estructurado bajo los postulados del debido proceso, y permitiendo como mínimo un derecho a la defensa.

### **2.2.1. EL DEBIDO PROCESO EN LA APLICACIÓN DE MULTAS.**

Traídos tales conceptos a la presente investigación, resaltamos que en materia de multas no se tienen en cuenta, y parecería que la arbitrariedad es la constante en las construcciones estudiadas. El común denominador en las minutas de los contratos de servicios petroleros, no incorporan un mecanismo por medio del cual el contratante aplica al contratista la figura de multa.

De la revisión efectuada encontramos el primer grupo de contratos, en los que el contratante se reserva para sí la posibilidad de imponer multas en cualquier momento, sin límite alguno, y no mediando intervención del contratista, es decir, se tiene ausencia total de un procedimiento. Aquí lo que se hace es señalar el incumplimiento, imponer la multa e informar de esto al contratista.

Un segundo escenario lo entregan los contratos donde el procedimiento consiste en que el contratante informa al contratista el incumplimiento, para que en un término que impone el contratante, el prestador del servicio de respuesta, el cual una vez vencido concluye con pronunciamiento del contratante, en el que refiere la imposición de la multa; es decir, el contratista sabe que atiende un aspecto meramente formal, pero en esencia será multado.

Tratándose de Ecopetrol S.A. recordaremos que el título por medio del cual se maneja el asunto es “*descuentos como apremio y sanción*”, y lo denominado por estos como procedimiento se tiene para la aplicación de descuentos, sin que se advierta un mecanismo para el contratista poder defenderse, entre otros del rol de Juez y parte que muchas ocasiones desempeñan las gestorías<sup>33</sup>. De la redacción de la cláusula y su respectiva lectura, parecería que dicho contenido no identifica el título que se le da, describiendo sí la forma como se realizaría el pago del valor del apremio por parte del contratista. El denominado procedimiento que nos presenta Ecopetrol S.A. ejecutado por la gestoría respectiva, muestra el mismo, el iter sancionatorio de lo que destacamos como segundo grupo de nuestra clasificación, mencionándose se convierte en un tópico esencialmente formal.

De los casos estudiados, tan solo uno señala como requisito previo a la configuración del apremio, el contratista sea requerido por el contratante a efectos de remediar la situación de incumplimiento; por lo que de la redacción estudiada, creemos que de darse esto, se esperaría la no imposición de sanción económica alguna o la disminución de la misma<sup>34</sup>.

Como rasgos generales, observamos que existe ausencia de un procedimiento sancionatorio, el cual señale los términos de respuesta y/o solución por el contratista, describiéndose un esquema meramente formal con la aparición final de la sanción, reservando el contratante para sí la posibilidad de aplicarlas sin límite de cuantía.

Por último, nos encontramos que una vez finalizado el contrato, el contratista sigue siendo notificado con la imposición de multas, y para efectos de dar claridad al

---

<sup>33</sup>En los contratos en los que Ecopetrol S.A. se hace parte, la mayoría de sus contratos son direccionados por las denominadas gestorías técnicas y administrativas. Estos son también contratistas de la estatal petrolera, y que intervienen en la ejecución de los proyectos misionales de esta.

<sup>34</sup> En estas construcciones, el contratista esperaría la no imposición de la sanción económica, de cumplirse finalmente con lo pactado. Ahora bien, en la práctica no ocurre tal ventaja, por el contrario, siempre se materializa la sanción.

interrogante respecto al término en que es posible su aplicación, Juan Ángel Palacio Hincapié señala que la sanción solo procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, sin importar si el plazo se ha vencido o no, pues mientras sea susceptible el cumplimiento de la obligación, la multa cumplirá su cometido de ser compulsiva de la ejecución de la misma (Palacio, 2014, p.532). En materia privada consideramos que debe observarse la misma condición, puesto que de extenderse la posibilidad sancionatoria en el tiempo y sin límite alguno, se estarían también lesionando los derechos del contratista y desconociendo principios como la buena fe.

### **2.2.2. EL DEBIDO PROCESO EN LA APLICACIÓN DE CLÁUSULA PENAL.**

Pasando ahora a la imposición de la cláusula penal en los contratos de servicios petroleros, señalamos que en esencia debe tener lugar por incumplimiento del contratista. Ahora bien, es usual encontrarnos con construcciones como “incumplimiento definitivo”, “incumplimiento parcial o total de cualquiera de las obligaciones”, “incumplimiento del objeto del contrato”, “incumplimiento de alguna de las obligaciones estipuladas”.

De tener lugar lo anotado, el contratante estaría facultado por el contrato para aplicar la pena y cobrar los demás valores. El concepto no es universal y en muchas ocasiones se confunde con el de multa. Sin embargo, debe si precisarse que para la imposición de la cláusula penal, tendra que existir un incumplimiento de tal identidad, el cual evidencie la no realización del objeto de contrato.

Además de no contarse con un procedimiento para su aplicación, la imposición de la cláusula penal tiene ocurrencia a partir del sentir arbitrario del contratante, resultando el contratista condenado a una sanción que en la mayoría de los casos estaría precedida de otras. El espacio de aplicación de la cláusula penal tendría dos posibles

escenarios de conformidad con los contratos estudiados. En el curso de ejecución del contrato o una vez terminado en razón a incumplimientos imputables al contratista. En cualquiera de los casos el contratante se reserva la posibilidad de retener y deducir el valor de la pena de cualquier suma pendiente a favor del contratista o de sumas retenidas.

### **2.2.3. EL DEBIDO PROCESO EN LA RETENCIÓN DE VALORES.**

Cuando nos referimos a la figura de la retención como una modalidad sancionatoria, en esencia advertimos que desconoce el debido proceso, al no acudirse por el contratante al juez del contrato, a efectos de recuperar para sí los valores resultantes de la aplicación de sanciones. Se resalta en igual forma que no se cuenta con un procedimiento para su imposición. Basta tan solo que aparezca en el clausulado la aceptación del contratista de la retención, para que el contratante disponga de plenas facultades sobre el particular. Como se describe, la retención no deja de mostrarse como algo arbitrario impuesto por el contratante. Por que no plantarse por ejemplo que si efectivamente el contratante ha cumplido y es el contratista quien desconoce el componente obligacional, ¿se ampararía en figuras como la excepción de contrato no cumplido propia del artículo 1609 del Código Civil?. Aquí tendría el contratante la posibilidad de no pagar por los servicios prestados hasta que el contratista no se encuentre en situación de cumplimiento o inclusive acudirse al juez del contrato de manera inmediata.

En la sanción que denominamos cobro de costos de terceros no se cuenta con un procedimiento para su aplicación, así como tampoco se entrega al contratista la forma de ejercer su defensa; por el contrario se parte de construcciones generales que utilizan escritos como:

*“el contratista es responsable en los términos que aquí se indican”, “el contratista declara conocer la totalidad de condiciones del contrato, anexos y soportes”, “el contratista asume estos costos sin consideración a la cuantía”.*

El escenario contractual se diseña de manera no equitativa respecto del contratista, dado que en cualquier supuesto, el contratante tendría ventajas de lo impuesto al prestador del servicio.

Citaremos a manera de ejemplo una cláusula que ratifica dicho sentir:

*“En el evento que la Compañía deba reconocer a un tercero una suma cualquiera de dinero por daños sufridos e imputables al contratista, éste le reembolsará el dinero pagado y si hubiere cuentas de cobro o sumas pendientes de pago a favor de la Compañía, ésta queda autorizada desde ahora para retener o deducir las cantidades correspondientes. En caso de que la Compañía no pueda retener la suma que deba reconocer a un tercero por daños imputables al contratista y/o si dicha suma no le es reembolsada a la Compañía por el contratista, esta conducta será entendida como incumplimiento grave del contrato y facultará a la Compañía para darlo por terminado, cobrando la cláusula penal prevista en este contrato, sin perjuicio a las acciones legales a que haya lugar”.*

Finalmente destacamos que las sanciones personales se encuentran en la línea de imposición de doble sanción dado que, por ejemplo, concurren no conformidades y evaluación de desempeño en un igual caso. Podría pensarse que la primera conduce a la segunda y que por lo tanto son lo mismo, sin embargo se mencionará que cada revisión o auditoría, cuenta con su esquema de realización, un mecanismo propio de conclusión y efectos diferentes.

### 2.3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE:

Otra dificultad con la que se encuentra el contratista, la tenemos en el no reconocimiento de actividades que si bien no fueron aprobadas por el cliente, resultan de importancia para aquel y la ejecución del objeto del contrato, traducido en el no pago de lo debido. Se coloca entonces al contratista en una situación de desventaja frente al contratante, al decidirse por el beneficiario del servicio de manera unilateral, cuáles son los pagos que realizaría, sin importar por el contrario la realidad que se presentó en la ejecución del contrato.

También se advierten temas como la renuncia a obtener reajustes propios de la ejecución del contrato, y el sometimiento del contratista a que el contratante pueda suspender pagos en cualquier momento, dando como argumento la negativa del contratista en atender requerimientos del contratante o conceptos de la interventoría y/o supervisor del contrato, sobre el servicio prestado.

Destacaríamos en igual forma la problemática en lo que denominamos como imposibilidad en el cobro por los servicios prestados, toda vez que el contratista es afectado para realizar su facturación, al depender indefinidamente de aprobación de tickets de servicio en campo por personal del contratante, sin que se cuente con un procedimiento que regule tal situación, y como quiera que al finalizar el contrato con seguridad se advierten multas u otras sanciones, la aprobación de lo anotado se condiciona a que el contratista acepte la imposición de las mismas, por supuesto en el marco de un contrato cuyas cláusulas ofrecen ventaja al contratante sobre el contratista. Frente a la imposición de sanciones, se debe tenerse en cuenta la imposibilidad de invocarse *“extemporáneamente y de manera retroactiva razones que en su momento no se alegaron, o que se invocaron y sirvieron para otro propósito claramente alcanzado”* (Tribunal de Arbitramento, 3 de Julio de 2001)<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 3 de Julio de 2001 – Caso entre Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP - Codensa S.A. ESP. Página 14.

Puede verse que la interpretación que realiza el contratante de las cláusulas impuestas por éste, va en contravía de lo que señala el principio de buena fe, exigiéndose por la hermenéutica que *“los contratantes deben comportarse frente al otro lealmente, de manera sincera y sin reservas, descartando hacer uso de las facultades obtenidas con un innecesario rigor que pueda provocar un daño injusto a la contraparte”* (Borda, 2012, p.242). Visto lo citado, se dirá que desde el mismo momento de construcción del contrato (Corte Suprema de Justicia, 13 de Mayo de 2014)<sup>36</sup>, falta el contratante a los lineamientos de tal principio, al darse el rompimiento de la recíproca confianza como consecuencia de la imposición de un nutrido grupo de cláusulas en perjuicio del contratista (Tribunal de Arbitramento, 30 de Septiembre de 1996)<sup>37</sup>.

La presunción de buena fe con la que nacen las relaciones jurídicas en los servicios petroleros, al poco tiempo es desvirtuada, y el contratante da paso a sanciones, y limitantes, en contravía de los derechos del contratista, desconociendo su importancia como principio general del derecho y orientador en la totalidad del ordenamiento (Hernández, 2011, p.48).

Se considera trascendental que los postulados normativos sobre el principio de la buena fe reconocido en el artículo 83 de la Constitución Nacional, artículo 1603 del Código Civil y artículo 871 del Código de Comercio, normas que deben guiar todas las relaciones jurídicas<sup>38</sup>, se conviertan necesariamente en una premisa en la construcción de los contratos de servicios petroleros, y no simplemente apelarse a estas para justificar los excesos e imposiciones al contratista, o ser un mero enunciado

---

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de Mayo de 2014. M.P. Margarita Cabello Blanco. Pagina 37.

<sup>37</sup> Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 30 de Septiembre de 1996 – Caso entre Cables de Energía y de Telecomunicaciones —Centelsa S.A. vs Empresa de Energía de Bogotá. Página 23.

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de Febrero de 2012. M.P. William Namén Vargas. Pagina 17.

en las consideraciones del contrato, pues se trata de un principio de rango constitucional que debe afectar la etapa previa, ejecución, terminación y liquidación si hubiere lugar en el acuerdo de voluntades, ejerciendo protección a la parte débil y logrando un equilibrio ante las posibles injusticias en la distribución de derechos y obligaciones (Ordoqui, 2012, p.295).

#### **2.4. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS.**

Un tema que queremos abordar en la actual investigación son las denominadas cláusulas excepcionales entendidas como potestad de la Administración para incorporar en los contratos estatales, aspectos como interpretación, modificación, terminación del contrato, sometimiento a las leyes nacionales, reversión, y caducidad entre otras (Yong, 2013, p.224), además por supuesto del escenario sancionatorio.

Ahora bien, tal como fue mencionado, esta es una facultad que corresponde exclusivamente a las entidades públicas, frente a lo que David Suarez Tamayo refiriéndose al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 menciona que las entidades no sometidas a la Ley 80 de 1993, no están autorizadas ni tienen la competencia para hacer uso de manera unilateral de estas, ni para imponer multas o hacer efectiva cláusula penal pecuniaria, y por ello deben acudir al juez del contrato cuando requieran hacer uso de las mismas.

Se sustentan sus argumentos en que de tener lugar tales estipulaciones, se rompe con ello el principio de igualdad entre las partes (Consejo de Estado, 28 de Septiembre de

2011)<sup>39</sup>. Será entonces el aparato jurisdiccional el que se pronunciará respecto al incumplimiento alegado y los efectos a favor de la parte reclamante.

Dentro de las cláusulas excepcionales encontramos la facultad para declarar incumplimiento, renuncia a reclamaciones, modificación o interpretación unilateral, terminación unilateral o liquidación de contratos. Todas estas son entendidas como poderes con que cuentan las entidades estatales y cuya razón se sustentan en la protección del interés general.

También recordaremos frente a Ecopetrol S.A., que con la entrada en vigencia de la Ley 1118 de 2006 su régimen jurídico en materia contractual es el derecho privado, estandole prohibido aplicar en sus contratos cláusulas excepcionales de las previstas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Sobre tal cuestión ya el Consejo de Estado en Auto del 20 de febrero de 2014 señaló que “un amplio sector de la doctrina también ha respaldado la posición consistente en que *en las relaciones contractuales sometidas al derecho privado no es conveniente pactar o ejercer potestades de naturaleza exorbitante, ya que además de suponer su inclusión un desequilibrio y limitación a la autonomía contractual de las partes, su habilitación en el ámbito privado podría conllevar al ejercicio arbitrario o abusivo de las cláusulas por la posición preferencial de una de las partes en el contrato, circunstancias que en últimas desconocerían la finalidad de su consagración legal para la contratación de las entidades públicas, la cual no es otra sino obtener la protección del patrimonio público y hacer prevalecer el interés general sobre el particular*” (Consejo de Estado, 20 del Febrero de 2014)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup>Consejo de Estado. Sentencia del 28 de Septiembre de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Esta providencia es estudiada y citada en su libro por David Suárez Tamayo, y consideramos relevante para ilustrar abordaje en mención.

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Auto del 20 de Febrero de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente 68001233100020100026201 (45310). Aquí se pone de presente el sentir de la doctrina sobre el tema.

Lo descrito no parece ser observado por las compañías operadoras en el sector de hidrocarburos, dado que en la mayoría de las minutas que fueron estudiadas en esta investigación, se incluyen facultades a favor del contratante, y que solo se posibilitan en el escenario de la contratación estatal<sup>41</sup>.

Como ya se mencionó, teniéndose claro el panorama de contratación que debe guiar a las empresas contratantes, en la práctica sucede todo lo contrario, puesto que una simple mirada al modelo de contrato que se utiliza para documentar la prestación de servicios petroleros, muestra el panorama descrito, y como factor adicional se arrogan competencias de un juez nacional.

Los contratantes generalmente argumentan que tal prohibición se tendría en contravía del principio de autonomía de la voluntad privada entendida como la facultad de las partes para introducir las reglas materiales en su contrato (Aljure, 2011, p.55) y que siempre que se actúe con lealtad contractual es posible incluir este tipo de cláusulas. Sin embargo, se debe destacar que los contratos de servicios petroleros propios de la actividad misional de contratantes son impuestos por estos, en lo que el contratista no tiene posibilidad de discutir las obligaciones contraídas; es decir, el concepto de partes y de negociación es un mero aspecto formal.

Parte de las tareas de recopilación documental para la presente investigación, consistió en la remisión de dos (2) oficios con destino a la vicepresidencia jurídica Ecopetrol S.A.<sup>42</sup>, solicitando copia de las minutas de contratos utilizados para documentar la prestación de servicios petroleros, información del mecanismo de aprobación de los modelos, si existe o no posibilidad de discutir los términos de los contratos con los posibles contratistas y si se trata de contratos de adhesión. Solo a uno de tales escritos, se dió respuesta por parte de la jefe de la unidad de

---

<sup>41</sup> Ver artículo "Sanciones en los Contratos de Servicios Petroleros", aparte 1.1. y 1.2.3.

<sup>42</sup>A la Vicepresidencia Jurídica Ecopetrol S.A fueron entregados lo oficios con radicados: 1-2013-093-28282 y 1-2015-005-16037.

abastecimiento estratégica y operativa de la dirección de asuntos jurídicos contractuales, enunciando que cuentan con una minuta general aprobada por la vicepresidencia jurídica, y que no tienen modelos específicos de prestación de servicios petroleros, situación que no corresponde a la práctica que en la actualidad tiene lugar.

Se menciona que Ecopetrol S.A. participa en diferentes escenarios para efectos de identificar las necesidades de los prestadores de servicios petroleros, sin que se enuncien los resultados de esto. Respecto a la posibilidad de discusión de los clausulados con contratistas, simplemente argumentan que reciben solicitudes de modificación y aclaración de condiciones, y no se responde frente a la pregunta si se trata o no de contratos de adhesión.

Se puede concluir que en realidad no existe discusión o acuerdo con el contratista de los términos del contrato, lo que nos lleva a reiterar entonces la imposibilidad de incluir cláusulas excepcionales en los contratos de servicios petroleros, tal como ocurre, desconociéndose la clara normatividad que les aplica, como lo es la Ley 1118 de 2006.

## **2.5. MEDIDAS DE CONTROL AL EXCESO CONTRACTUAL.**

Puesta en evidencia la problemática presente en el negocio jurídico de los servicios petroleros, y resaltando que el contratante invierte determinados recursos, trasladando al contratista los riesgos de la operación, generando sanciones bajo el argumento que éste actúa con total autonomía técnica, administrativa y financiera; además de valorar excesos y exigencias que podrían afectar considerablemente al prestador del servicio, debemos pasar al escenario de solución.

Lo estudiado hasta el momento, nos lleva a invitar a las compañías operadoras a estipular clausulados que guarden equidad y no excedan los límites de la autonomía

de voluntad de las partes. No se trata de recomendar que el contratista no contrate ante el panorama descrito. Por el contrario, de contarse con un contrato desprovisto de desigualdades y dotado de garantías tanto para contratante y contratista, no se advertiría reproche alguno. Ahora bien, pensando en una cultura jurídica sobre la materia, en la que el mejor contrato no sea el suscrito bajo la tortura de la contraparte, sino que dignifique el sentido de la negociación, tendrá necesariamente que abordarse el tema de la eficacia jurídica de las cláusulas sancionatorias en los contratos de servicios petroleros, entregando algunas posibilidades que permitirán alcanzar tal fin.

Iniciamos por supuesto con una mirada a la Agencia Nacional del Hidrocarburos para reclamar su intervención en la dinámica de construcción de los contratos de servicios petroleros, pasando por principios del derecho, que representan posibilidad de mejora contractual, y llegando al reproche jurídico de cláusulas que tal como se presentan dejan en últimas sin protección al mismo contratante. Este último, nos llevara a replantear, y proponer la corrección de la postura de elaboración de un contrato plagado de excesos en perjuicio del contratista.

### **2.5.1. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA.**

El control administrativo en Colombia tiene lugar en materias como la financiera, los contratos de consumo y los servicios públicos, y es entendida como la actividad realizada por una agencia gubernamental que se encarga de revisar el contenido del contrato antes de ser puesto a disposición del mercado (Rodríguez, 2013, p.86).

En los contratos de servicios petroleros se parte de modelos previamente establecidos por el contratante, presentados como contratos de adhesión, que llevan la firma del contratista en señal de aceptación de su contenido, sin tenerse la oportunidad de discutir su clausulado por el contratista. Se cuenta con una etapa de revisión del

contrato, surtiéndose un trámite meramente formal, que no permite cambiar nada de lo escrito por el contratante.

La intervención del Estado, precisamente se focaliza en tales escritos, cuya tarea consiste en la identificación de cláusulas abusivas e intervenir cuando se encuentren estipulaciones contrarias a la Ley, se pretenda trasladar obligaciones contractuales como por ejemplo en materia ambiental y laboral, o exonerarse de su responsabilidad cuando la misma es prohibida por la ley (Gual, 2008, p.53), o se afecten los derechos del contratista. Destacamos lo último precisamente para referirnos a la imposición del esquema sancionatorio desprovisto de garantías.

Visto lo anterior consideramos que la Agencia Nacional de Hidrocarburos cuenta con el marco normativo para realizar tal tarea, y ordenar la modificación de las minutas de contratos cuando estas adviertan las contingencias antes mencionadas. Dicha entidad fue creada en virtud del Decreto 1760 del 26 de Junio de 2003 con el fin de administrar los hidrocarburos en el País, y complementada con otras normas como el Decreto 4137 del 3 de Noviembre de 2011, las cuales integran un marco general de posibilidades, que le permitirían intervenir en la construcción de las minutas de los contratos de servicios petroleros.

Dicho lo anterior mencionaremos también que el Acuerdo 04 del 4 de mayo de 2012, en cuyo artículo 28 la Agencia Nacional de Hidrocarburos hace referencia a los subcontratos, señaló que los *“Contratistas de Evaluación Técnica, TEA, de Exploración y Producción, E&P y Especiales, son plena y exclusivamente responsables de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de todos los contratos que emprendan para contar o disponer de los bienes y servicios requeridos para la ejecución de aquellos, actividades que han de desarrollar por sus únicos cuenta y*

*riesgo, sin que la ANH asuma compromiso o responsabilidad alguna por ninguno de los anteriores conceptos”<sup>43</sup>.*

Bajo el enunciado precepto parecería que la Agencia Nacional de Hidrocarburos no intervendría en la problemática destacada. Sin embargo, en el Decreto 1760 del 26 de Junio de 2003 y Decreto 4137 del 3 de Noviembre de 2011, se evidencian las facultades de vigilancia, seguimiento y control en materia contractual, siendo fácil advertir las facultades que tendría para el efecto, la prenombrada autoridad Administrativa.

Sobre lo anterior señalaremos que para documentar este artículo, radicamos ante la Agencia Nacional de Hidrocarburos dos (2) requerimientos preguntando si existe algún control administrativo liderado por estos, respecto a la minuta o modelo de contrato que utilizan las empresas operadoras para documentar la prestación de servicios petroleros, y sobre qué políticas se han liderado con el fin de intervenir en la construcción de tales acuerdos de voluntades<sup>44</sup>.

En la primera respuesta con radicado numero 20131400022421 se indica: *“No existe tal modelo en la medida que las empresas operadoras de los contratos E&P y TEA desarrollan su actividad bajo el principio de autonomía, de acuerdo con el cual les corresponde a dichos contratistas planear, preparar, realizar y controlar las actividades con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva, de conformidad con la legislación colombiana y observando las buenas prácticas de la industria del petróleo, pudiendo desarrollar las actividades directamente o a través de subcontratistas”*. Continúan diciendo: *“De esta manera, existiendo tal autonomía reconocida por la ANH, mal podría esta entidad fijar modelos para la ejecución de*

---

<sup>43</sup> En el mes Diciembre de 2015 la Agencia Nacional de Hidrocarburos, publicó un proyecto de acuerdo mediante el cual se reforma el Acuerdo 04 de 2012. En dicha norma y respecto a nuestro objeto de estudio, lo que corresponde al artículo 28 de la preceptiva que se modifica, aparece en el artículo 31 con un contenido igual.

<sup>44</sup> Ante la Agencia Nacional de Hidrocarburos se radicaron los oficios No. 20136240062292 y 20156240102812 con fechas del 23 de Septiembre de 2013 y 28 de Abril de 2015, respectivamente.

*actividades que corresponde desarrollar al contratista por su cuenta y bajo su absoluta responsabilidad*”. Finalizan señalando que la ANH no interviene en la formación de los acuerdos de voluntades que puedan llegar a suscribir los operadores con sus contratistas.

En ese mismo comunicado se agrega que el objetivo del art 28 del Acuerdo 04 del 4 de mayo de 2012 es proteger a la Agencia Nacional de Hidrocarburos de las contingencias que asumen sus contratistas, quienes son por supuesto los contratantes en los contratos de servicios petroleros. Nos preguntamos entonces por qué no realizar una protección integral desde el mismo nacimiento de tales relaciones jurídicas, ¿realmente dicha norma si protege los intereses del Estado ante una eventual demanda?, ¿si el panorama de no responsabilidad para la Agencia Nacional de Hidrocarburos es tan claro, por qué razón al finalizar los proyectos se exige a la compañía operadora la entrega de paz y salvos de todos los proveedores y contratistas que intervinieron en sus actividades?.

El actual trabajo propone que la Agencia Nacional de Hidrocarburos intervenga en la problemática esbozada y propenda por relaciones jurídicas enmarcadas en los parámetros ya descritos. De otro lado, y sin ser objeto de nuestra investigación, sí vemos importante que no solo se desarrolle lo anotado, sino también que vía legislativa se piense en la posibilidad de entregar facultades jurisdiccionales a esta, y contribuirse entre otros a descongestionar la justicia.

## 2.5.2. EFICACIA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS SANCIONATORIAS EN LOS SERVICIOS PETROLEROS.

Los contratos de servicios petroleros buscan como cualquier negocio jurídico, producir los efectos en reflejo de la voluntad de las partes, y es así como una vez contratante y contratista se ponen de acuerdo en el servicio a contrar, la labor interpretativa no se hace esperar, por lo que cualquier escenario frente a esto debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 871 del Código de Comercio que señala que *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*. En ese orden de ideas el análisis que a continuación se entregará tendrá que direccionarse bajo este planteamiento, apoyado en otras herramientas de interpretación como son la equidad, la costumbre, los usos sociales<sup>45</sup> y contractuales (Jaramillo, 2014, p.116).

Como ya fue mencionado, la minuta que se suscribe por contratistas en los servicios petroleros corresponde a un clausulado impuesto por parte del contratante, el cual genera reproche desde el punto de vista de su construcción y frente a algunos tópicos ya estudiados en este escrito. Conscientes de ello el titular del bloque petrolero previendo cualquier dificultad de orden interpretativo incluye en la parte final de tales contratos, una estipulación, así:

*“Si alguna cláusula de este contrato, o parte de ella, fuere considerada inexistente, nula, ineficaz o en cualquier forma inoponible, tal inexistencia, nulidad, ineficacia o inoponibilidad no afectará las demás cláusulas del contrato, las que se mantendrán con fuerza y efecto”*.

---

<sup>45</sup> Para profundizar sobre los usos sociales remitirnos al texto de Erich Danz denominado “la Interpretación de los negocios jurídicos”. Bogotá. 2006.

Se busca con ello, salvar y evitar perder el interés de los contratantes en la continuidad del contrato (Aljure, 2011, p.152).

Es reconocido entonces por parte de contratantes, que el documento elaborado brinda seguridad jurídica y que para tal efecto cuentan además de todas las herramientas que les da el orden legal, la protección via pólizas, valores que aún no ha pagado y un esquema sancionatorio que persuade desde un comienzo al prestador del servicio para obrar diligentemente y no incumplir. Igualmente se tiene como sentir que vía el contrato elaborado, estructurado en sus palabras bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada, el contratista tendría pocas posibilidades de reclamación, en razón a que no goza en igualdad de condiciones de las mismas posibilidades que su contraparte, y que finalmente quien paga es el que decide.

Ahora bien, vista la redacción antes entregada necesariamente se hará una revisión del clausulado de los contratos de servicios petroleros, a efectos de examinar su eficacia.

#### **2.5.2.1. GENERALIDADES DE LA INEFICACIA, INEXISTENCIA E INOPONIBILIDAD.**

Comenzando por la ineficacia mencionaremos que nos encontramos ante ella *“cuando el contrato adolece de algún defecto, bien sea en su creación o posteriormente sobrevenido, que justifica su no ejecución, esto es la no realización de las prestaciones pactadas por las partes”* (Jiménez, 2015, p.105-106). En su libro denominado la teoría del contrato y del negocio jurídico, Fernando Jiménez Valderrama indica que un *“contrato es eficaz cuando siendo válido, es capaz de desplegar todos sus efectos en el derecho, y se reputará que es ineficaz cuando adoleciendo de algún defecto en su conformación (ausencia de algún requisito de existencia o presencia de algún vicio del consentimiento) se tiene por inexistente o nulo y por lo tanto no puede producir ningún efecto en derecho”*. La doctrina ha

destacado dos tipos de ineficacia. La primera denominada “*total o completa cuando falta uno de los elementos esenciales que deben concurrir para la existencia del negocio, ya por su índole, por disposición de la ley o voluntad de las partes, y la segunda llamada incompleta o parcial cuando existen elementos o presupuestos necesarios del negocio, pero adolecen de vicios*” (Botero, 2011, p.157).

Estudiándose la figura de la ineficacia, encontramos que los autores la denominan como una de las sanciones al negocio jurídico, y se menciona que “*ésta sería el género para designar todas aquellas situaciones que por una u otra razón lo llevan a no producir efectos, y en ese orden de ideas se incluiría la inexistencia y la nulidad*”<sup>46</sup>.

En relación con la inexistencia el Código de Comercio en el artículo 898 señala que “*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falta alguno de sus elementos esenciales*”. La Corte Suprema de Justicia describe que es aquel que no puede catalogarse como tal por carecer del mínimo esencial, que en cierto caso, permitiese hablar de contrato o de acto unilateral, el que no alcanza a nacer a la vida jurídica por faltarle una condición esencial, y por ende, no produce efecto jurídico (Corte Suprema de Justicia, 13 de Diciembre de 2013).

La nulidad la encontramos consagrada en el Código de Comercio, cuyo artículo 899 establece que será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: “*Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, tenga causa u objeto ilícitos, y se haya celebrado por persona absolutamente incapaz*”.

---

<sup>46</sup> El tema es estudiado por Jaime Alnerto Arrubla Paucar en su libro: “Contratos Mercantiles – Teoría General del Negocio Jurídico, bajo el título “Sanciones del Negocio Jurídico Mercantil”.

Sobre la nulidad y su diferencia con la inexistencia, Rafael Enrique Fierro Méndez ha escrito que *“será inexistente por ausencia de elementos esenciales y es nulo por la existencia de un vicio que lo afecte, bien, levemente, bien gravemente y que es llamado nulidad, que será relativa cuando el vicio es leve, y absoluta cuando el vicio es grave”* (Fierro, 2011, p.347-348). En cuanto a la inoponibilidad la normativa comercial en el artículo 901 menciona que *“será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”*.

#### **2.5.2.2. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS SANCIONATORIAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PETROLEROS.**

Reviste importancia en el actual objeto de estudio, hacer referencia a las cláusulas abusivas, puesto que de su estudio se plantea la búsqueda de protección ante el desequilibrio en las relaciones contractuales, siendo usual que una de las partes genere una redacción afectando los derechos de su contrario.

La condición descrita se ve reflejada en los contratos de servicios petroleros con particular énfasis en materia sancionatoria, puesto que partiéndose de estipulaciones que suponen declaración de conocimiento de la contraparte, se imponen por el contratante en perjuicio del contratista unas estipulaciones que concluyen en afectar su patrimonio.

Avanzando pues en esta temática, y partiendo de los conceptos antes mencionados cuando nos referíamos a la eficacia jurídica, estaríamos ante la ineficacia de la cláusula sancionatoria si es abusiva, y esta no produciría los efectos jurídicos buscados cuando se vulnera el equilibrio contractual o se desconoce el principio de la buena fe.

Estaremos ante una cláusula abusiva cuando de su escritura se advierta que entrañe una ventaja exclusiva en beneficio del empresario, marcando un claro desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes (Ordoqui, 2010, p.167)<sup>47</sup>. La realidad obrante en los contratos de servicios petroleros otorga al contratante un variado número de posibilidades entre las que se encuentran el sancionar, descontar valores, realizar exigencias no previstas al momento de suscribir el negocio y acudir a la vía ejecutiva en determinados casos, entre otras; contrario a lo que pasa con el contratista, que tiene en su contra limitaciones, y ausencia de garantías al aplicársele sanciones.

A continuación entregamos algunos ejemplos<sup>48</sup>:

*“Los términos contractuales son aceptados sin condicionamientos, al igual que los plazos, alcances, requisitos, exigencias de todos los anexos y en especial la minuta del contrato”.*

*“El contratista manifiesta que no presentará facturación, solicitud de pago, reclamación o demanda contra el contratante, cuando la ejecución del contrato obedezca a condiciones técnicas distintas, diferentes o más gravosas, de las previstas en este contrato y anexos y o a cualquier causa no imputable al contratante”.*

Visto lo anterior, las cláusulas abusivas son ubicadas en *“contratos de contenido predispuesto, como aquellas que establecen sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, y cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo en detrimento de*

---

<sup>47</sup>La definición que aquí se entrega de cláusula abusiva es tomada del texto “Abuso del Derecho” de Gustavo Ordoqui Castilla, quien para el efecto trae el concepto dado por Brics (Les cláusules abusives, París, 1982).

<sup>48</sup> Parte de estos ejemplos fueron abordados cuando se desarrolló la tesis “Una herramienta de contratación para el sector servicios en el área del petróleo” – Ricardo Andrés Zuluaga Tangarife.

*la ejecución de buena fe contractual y razonable equilibrio contractual” (Rodríguez, 2013, p.50) .*

El Consejo de Estado, aceptando la mencionada dificultad que se presenta en materia contractual ha señalado: *“dentro de las cláusulas que tanto la ley, como la jurisprudencia y la doctrina han identificado como presuntamente abusivas, se encuentran aquellas encaminadas a exonerar, limitar o extender la responsabilidad”*. (Consejo de Estado, 12 de Febrero de 2014).

Conocido el significado de cláusula abusiva, vale la pena citar la definición de abuso del derecho para tener claridad cuando se hable de uno u otro término, y para tal efecto la Corte Suprema de Justicia del 2 de Febrero de 2001 (Expediente 5670) ha señalado que se trata de una conducta de quien encontrándose *“de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”*. Veamos:

*“El contrato podrá ser modificado en cualquier momento a discreción del Contratante, caso en el cual dará aviso oportuno al Contratista”*.

En los contratos de servicios petroleros se advierte lo que describe la doctrina como posición de dominio contractual, explicándose que en la *“elaboración de un contrato una de las partes no cuenta con oportunidades de discusión de su contenido, generando situaciones ventajosas para aquel que lo ha prefigurado y, se convierte en abusiva, cuando alguna o algunas cláusulas del negocio jurídico predispuesto son*

*aplicadas en desmedro de la parte débil del vinculo negocial” (Rengifo, 2014, p.151-152).*

Ante el panorama descrito aquellas cláusulas abusivas se tornarían en ineficaces, toda vez que van en contravía del ordenamiento jurídico y constituyen en si mismas un abuso del derecho. En tal sentido se insiste que el afán de proteger sus intereses por parte del contratante, da como resultado que la construcción que se impone no sea la que brinda mayor seguridad jurídica a sus intereses, al advertirse excesos y los presupuestos antes descritos.

Por último, destacamos que al tratarse de contratos impuestos por contratantes considerados como de adhesión, se muestran mecanismos de tutela de los derechos del contratista adicionales, como el artículo 1624 del Código Civil al describir que las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran contra de ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de explicación que haya debido darse por ella. En este sentido Fernando Jiménez Valderrama explica que la favorabilidad hacia la parte débil en el contrato, se aplica cuando no tengan cabida otras reglas de interpretación.

De lo expuesto en el párrafo anterior, estamos de acuerdo en la protección que otorga el ordenamiento jurídico, y se pone de presente el riesgo al que pueden eventualmente verse expuestos los mismos contratantes (Jiménez, 2015, p.104), pues ante la redacción que aquí se ha cuestionado, quedarían expuestos a los efectos de las figuras ya descritas.

Los argumentos expuestos llevan a conceptualizar que deberá abogarse por una redacción no general, sino específica que parta de premisas generales, identificando como ya lo escribimos las posibles faltas que tendrían lugar en el curso del proyecto, la sanción frente a cada una de ellas y el procedimiento que se aplicaría, evitando redacciones

que sean reconocidas como cláusulas abusivas, con las que si bien el contratista se ve perjudicado, en últimas la real afectación se tornaría para el contratante.

## **2.6. CONCLUSIONES.**

- En los contratos de servicios petroleros se evidencia una construcción que desconoce los límites del principio de la autonomía de la voluntad privada, en lo que el contratante impone sus reglas en perjuicio de los intereses del contratista.
- En la aplicación de sanciones no se cuenta con un procedimiento que delimite el campo de aplicación, entregue garantías al contratista, y permita desarrollar el objeto del contrato sin arbitrariedades y excesos.
- Los contratantes conscientes de actuar en el marco de relaciones privadas, insertan en sus contratos cláusulas excepcionales, que tienen cabida para contratación de las entidades públicas.
- Se evidencia cómo contratantes en su afán por brindar seguridad legal a sus compañías, en el marco de los documentos que elaboran e imponen a contratistas, pierden la posibilidad de contar con herramientas que desde el punto de vista del análisis jurídico y de una eventual confrontación judicial resulten favorables a sus intereses.
- Se plantea la necesidad de intervención de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en el escenario de subcontratación realizado por las compañías operadoras, para documentar la prestación de servicios petroleros.
- Se reclama que el principio de igualdad contractual trascienda el escenario de lo formal y dignifique las relaciones que tienen lugar en los servicios petroleros.

## **BIBLIOGRAFIA.**

- Aljure S (2011). El contrato internacional (1ª. Ed). Bogotá.
- Alarcón R (2011). La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos (1ª. Ed). Bogotá.
- Arrubla P (2012). Contratos mercantiles atípicos (7ª. Ed). Bogotá.
- Arrubla P (2012). Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil (13ª. Ed). Bogotá.
- Borda (2012). Contratos. Bogotá.
- Bravo, m. Sanchez, C (2009) Gestión integral de riesgos. Bogotá.
- Botero H (2011). Derecho civil contratos I. (1ª. Ed). Bogotá.
- Cerón F (2001). Petróleo presente y futuro. El contrato de asociación. Bogotá.
- Danz (2006). La interpretación de los negocios jurídicos. Bogotá.
- Díaz A (2011). La cláusula penal. (1ª. Ed.). Madrid.
- Corral T (2009). Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez. Santiago.
- Echeverri A (2011). Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del derecho contemporáneo. El contrato: Libertad o poder. (1ª. Ed.). Bogotá.
- Fierro M (2013). Teoría general del contrato. (2ª. Ed.). Bogotá.
- Gómez L (2013). El derecho de la contratación pública en Colombia (1ª. Ed). Bogotá.
- Gual A (2008). Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil (1ª. Ed). Bogotá.
- Gual, J. Villalba, J (2013) (Dir) Derecho de consumo. Del contrato social a la socialización del contrato. La regulación Colombiana en materia de contratos de consumo. Bogotá.
- Hernandez V (2011). Del abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Bucaramanga.
- Jaramillo J (2014). Interpretación, calificación e integración del contrato. Bogotá.
- Jiménez V (2015). Teoría del contrato y del negocio jurídico. (1ª. Ed). Bogotá.
- Josserand L (2009). Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá.

Lafont P (2005). Manual de contratos tomo I. (2ª. Ed.). Bogotá.

Lobato J (1974). La cláusula penal en el derecho español. Navarra.

Mena M (2006). Jaque mate a Ecopetrol. Bogotá.

Monsalve C (2010). Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones. Bogotá.

Mosset I (2010). Contratos. (1ª. Ed.). Buenos Aires.

Ordoqui C (2010). Abuso del derecho (2ª. Ed). Bogotá.

Ordoqui C (2012). Buena fe contractual. Bogotá.

Ospina G (2014). Régimen general de las obligaciones. (8ª. Ed.). Bogotá.

Ossa A (2009). Derecho administrativo sancionador (2ª. Ed). Bogotá.

Palacio H (2014). La Contratación de las entidades estatales (7ª. Ed). Bogotá.

Peirano F (1982). La cláusula penal. Bogotá.

Pinzón A (2014). Diccionario de contratación estatal (1ª. Ed). Bogotá.

Rengifo G (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante (2ª. Ed). Bogotá.

Rengifo G (2014). Las facultades unilaterales en la contratación moderna (1ª. Ed). Bogotá.

Rico P (2013). Teoría General y práctica de la contratación estatal (8ª. Ed). Bogotá.

Roberts P (2004). El fin del petróleo (1ª. Ed.). España.

Rodríguez Y (2013). Una aproximación a las cláusulas abusivas (1ª. Ed). Bogotá.

Rosero M (2014). Contratación estatal – manual teórico -práctico (2ª. Ed). Bogotá.

Suárez T (2014). Cláusula de multas y penal pecuniaria. (1ª. Ed.). Medellín.

Suarez B (2014). Estudios de derecho contractual público. (1ª. Ed). Bogotá.

Suescún M (2003). Derecho privado – Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo (2ª. Ed). Bogotá.

Tamayo J (2007). Tratado de responsabilidad civil (2ª. Ed). Bogotá.

Yong S (2013). El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. (3ª. Ed) Bogotá.

Zuluaga T (2012). Una herramienta de contratación para el sector servicios en el área del petróleo. Bogotá.

## **NORMATIVIDAD**

Resolución Número 181495 del 2 de Septiembre de 2009 del Ministerio de Minas y Energía.

Acuerdo 008 del 3 de mayo de 2004 de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Acuerdo 04 del 4 de mayo de 2012 de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Ley 1231 de 2008.

Decreto 1760 del 26 de Junio de 2003.

Decretos 4130 y 4137 de 2011.

Decreto 1510 de 2013.

Código Civil.

Código de Comercio.

## **SENTENCIAS**

### **CORTE CONSTITUCIONAL:**

C. Cnal. Sentencia T-474 de 1992 Expediente T-1270.

C. Cnal. Sentencia T-694 de 2013 Expediente T-3.940.369.

C. Cnal. Sentencia C-1140 de 2000 Expediente D-2777.

C. Cnal. Sentencia C-1162 de 2000 Expediente D-2863.

### **CONSEJO DE ESTADO:**

C.E. Sentencia de Octubre 22 de 2012, exp 20738.

C.E. Sentencia de Noviembre 13 de 2008, exp 17.009.

C.E. Sentencia de Septiembre 28 de 2011, exp 15476.

C.E. Sentencia de Abril 7 de 2011, exp 17765.

C.E. Concepto de Diciembre 25 de 1999, exp N1237.

C.E. Concepto de Noviembre 29 de 2010, exp 2040.

C.E. Sentencia de Febrero de 2014, exp 31682.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

CSJ Cas. Civ, 2 de Febrero de 2001, exp. 5670.

CSJ Cas. Civ, 15 de Junio de 1995, exp. 4398.

CSJ Cas. Civ, 18 de Agosto de 2000, exp. 5519.

CSJ Cas. Civ, 12 de Diciembre de 1936.

CSJ Cas. Civ, 7 de Octubre de 1936.

CSJ Cas. Civ, 25 de Agosto de 1953.

CSJ Cas. Civ, 25 de Agosto de 1958.

CSJ Cas. Civ, 16 de Septiembre de 2005, exp. C-5400131030042000-00125-01.

CSJ Cas. Civ, 14 de Diciembre de 2011, exp. 11001310301420010148901.

CSJ Cas. Civ, 30 de Agosto de 2011, exp. 1957.

CSJ Cas. Civ, 13 de Diciembre de 2013, exp. 1651.

CSJ Cas. Civ, 13 de Mayo de 2014, exp. 299.

CSJ Cas. Civ, 27 de Febrero de 2012, exp. 14027.

CSJ Cas. Civ, 17 de Junio de 2013, exp. 00311.

## **TRIBUNALES.**

Tribunal del Distrito Judicial de Bogota. Sentencia del 12 de Septiembre de 2001.

M.P. Jorge Eduardo Ferrerira Vargas. Se resuelve un recurso de anulación del proceso arbitral de Empresa de Energía de Boyaca S.A. vs Empresas Públicas de Medellín EE.PP.M. 1261-01.

## **ARBITRAMENTO.**

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 26 de Marzo de 2009 – Caso entre Contact Center Americas S.a. vs Colombia Movil S.A. ESP.

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 23 de Mayo de 2006 – Caso entre Bogotana de Aguas y Saneamiento S.A. vs Distrito Capital de Bogotá, Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente.

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 3 de Mayo de 2010 – Caso entre Bulk Trading S.A. vs Puerto de Mamonal S.A. y Opt S.A.

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 12 de Marzo de 2007 – Caso entre Disico S.A., Aldana Meters Ltda. y Citrol Ltda. vs Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – ESP.

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 8 de Junio de 2007 – Caso entre Empresa Colombiana de Gas – Ecogas vs Termoemcali I S.A. ESP. Página 12.

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 20 de Septiembre de 2000 – Caso entre Cementos Hércules S.A. – en liquidación– vs Cementos Andino S.A.

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 30 de Septiembre de 1996 – Caso entre Cables de Energía y de Telecomunicaciones - Centelsa S.A. vs Empresa de Energía de Bogotá.

Tribunal de Arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 24 de Noviembre de 2005 – Caso entre el Consorcio CCIM vs Ecopetrol S.A. Aquí se habla de riesgos, citandose el laudo que tuvo lugar entre Covilmides v. Inco el 29 de julio de 2004.

### **MODELOS DE CONTRATOS ANALIZADOS:**

1- ECOPETROL S.A.: Servicio de ejecución de las operaciones de perforación, terminación y completamiento y pruebas.

2- PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP: Contrato para la construcción de obra material consistente en la perforación y completamiento de pozos.

3- EMERALD ENERGY PLC SUCURSAL COLOMBIA: Contrato de construcción de pozo.

4- GRAN TIERRA ENERGY COLOMBIA LTD: Contrato de prestación de servicios.

5- CEPESA S.A.: Contrato de prestación de servicios.

6- INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION & PRODUCTION: Contrato – Licitación No.

7- META PETROLEUM CORP: Contrato No. para los servicios de alquiler de facilidades producción incluyendo la ingeniería, construcción, operación y mantenimiento de las mismas.

8- PETROBRAS COLOMBIA LIMITED: Contrato de Prestación de Servicios de Construcción de Obra Material de Pozo de Hidrocarburos, Mediante la Renta y Operación de Equipo de Perforación.

9- COMPAÑÍA OPERADORA PETROCOLOMBIA S.A.S.: Servicios integrales de perforación, pruebas iniciales y completamiento del pozo.

10- PETROLÍFERA PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED: Contrato de Perforación.

11- PETRONOVA COLOMBIA: Contrato de construcción de obra material de pozos de hidrocarburos mediante el suministro y operación de equipo de perforación.

12- TALISMAN (COLOMBIA) OIL& GAS LTD: Contrato para la prestación de servicios.

13- PETROMINERALES COLOMBIA LTD: Contrato No.

14- TECPECOL: Condiciones Generales Para la Contratación de Obras y Servicios.

15- NEW GRANADA ENERGY CORPORATION SUCURSAL COLOMBIANA: Terminos y Condiciones Generales.

16- PETRÓLEOS DEL NORTE S.A: Contrato PDN No.

17- P1 ENERGY DELTA CORP. SUCURSAL COLOMBIA: Contrato de prestación de servicios.

18- AMERISUR EXPLORACION COLOMBIA: Contrato de Servicios.

19- BD PRODUCTION CO., INC., SUCURSAL COLOMBIA: Contrato de prestación de servicios de equipos de superficie para pruebas pozo y slick line.

20- WEATHERFORD COLOMBIA LIMITED: Subcontrato de unidad helitransportable.

21- GRUPO C&C ENERGIA (BARBADOS) SUCURSAL COLOMBIA: Contrato de construcción de obra material para los trabajos de pruebas, completamiento y reacondicionamiento de pozos en el área del bloque.

22- ALANGE ENERGY CORP – SUCURSAL COLOMBIA: Contrato para la construcción de obra material.

23- COLUMBUS ENERGY SUCURSAL COLOMBIA: Contrato de construcción de obra material de pozos de hidrocarburos, mediante el suministro y operación de equipo de perforación.

24- RAMSHORN INTERNATIONAL LIMITED: Contrato No. de Prestación de Servicios Integrales.

25- HARKEN DE COLOMBIA LTD: Contrato de Construcción de Obra Tipo Cañoneo y de Servicios de Equipos de Superficie.

26- OMIMEX OIL AND GAS LTD: Contrato de prestación de servicios de construcción de obra material.

27- PETROPULI LTD: Contrato de Prestación de Servicios Integrales.

28 - UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER: Contrato de Perforación.

29- CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A.: Contrato de Prestación de Servicios de Bombeo Hidráulico.

30- GEOPRODUCTION OIL AND GAS COMPANY OF COLOMBIA: Contrato de construcción de obra material.