



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

**APLICABILIDAD DE LAS FACULTADES EXCEPCIONALES EN LA
ACTIVIDAD CONTRACTUAL
DE ECOPETROL S.A.**

Autor:

Brenda Viviana Jiménez Díaz

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar por el título de:

Magíster en Derecho Contractual Público y Privado

Directora: Ángela María Medina Panqueva

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Maestría en Derecho Contractual Público y Privado
Bogotá, Colombia, 2017

Tabla de contenido

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Resumen..... | 6 |
| Palabras Clave..... | 6 |
| Abstract..... | 6 |
| Keywords..... | 7 |
| Introducción..... | 8 |
| Primer artículo..... | 10 |
| ANÁLISIS SOBRE EL FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO EN LOS QUE HACE PARTE UNA ENTIDAD ESTATAL..... | 10 |
| Capítulo I..... | 10 |
| Aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos de derecho público..... | 10 |
| 1. Fundamento de la inserción de cláusulas excepcionales en el contrato estatal..... | 10 |
| 2. Cláusulas excepcionales. Concepto, clasificación, características..... | 14 |
| 2.1 Concepto..... | 14 |
| 2.2 Clasificación de la Cláusulas Excepcionales..... | 19 |
| 2.2.1 De acuerdo con la incidencia en la identificación del contrato..... | 19 |
| 2.2.2 De acuerdo con la licitud o ilicitud de su pacto..... | 21 |
| 2.2.3 De acuerdo con la obligatoriedad o prohibición de su pacto..... | 23 |
| 2.2.4 De acuerdo con la denominación que les da el legislador..... | 26 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.3 Características de las cláusulas excepcionales | 27 |
| 2.3.1 Características Generales | 27 |
| 3. Habilitación legal como requisito de incorporación y aplicación de cláusulas excepcionales. | 30 |
| Capítulo II | 33 |
| Fundamento o justificación de la inserción de cláusulas excepcionales en los contratos regidos por derecho privado en los que hace parte una entidad estatal..... | 33 |
| 4. ¿Las cláusulas excepcionales son exclusivas del contrato estatal? | 34 |
| 4.1 ¿Las cláusulas excepcionales del derecho público son asimilables a las cláusulas abusivas del derecho privado?..... | 37 |
| 4.2 Las facultades unilaterales en los contratos privados | 41 |
| 4.2.1 La fijación unilateral del precio | 41 |
| 4.2.2 La modificación unilateral del contrato | 42 |
| 4.2.3 La terminación unilateral del contrato | 44 |
| 5. ¿Es requisito la habilitación legal para la determinación e incorporación de cláusulas excepcionales en los contratos sometidos al derecho privado en los que haga parte una entidad estatal?..... | 46 |
| 5.1. El principio de legalidad como punto de partida | 46 |
| 5.2 La autonomía de la voluntad privada..... | 47 |
| 6. Alcance de la autonomía de la voluntad | 49 |
| Conclusiones | 51 |
| Segundo artículo | 53 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ANÁLISIS DE APLICABILIDAD DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS DE ECOPETROL S.A. | 53 |
| Capítulo I | 53 |
| Naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A. y régimen legal de sus actos y contratos | 53 |
| 1. Naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A..... | 53 |
| 2. Régimen legal de los actos y contratos de Ecopetrol S.A..... | 56 |
| 3. Tipología contractual | 65 |
| 3.1 Figuras contractuales de acuerdo con el Manual de Contratación de Ecopetrol S.A..... | 66 |
| 3.2 Tipos contractuales para la exploración y explotación de hidrocarburos | 69 |
| Capítulo II | 73 |
| Pacto de cláusulas excepcionales en los contratos de Ecopetrol S.A..... | 73 |
| 4. Presupuesto de habilitación legal y finalidad de pactar cláusulas excepcionales | 74 |
| 4.1 Las disposiciones de la Ley 80 de 1993..... | 75 |
| 4.2 La posición contradictoria del Consejo de Estado | 77 |
| 5. ¿Es el objeto que se satisface con la ejecución contractual determinante en la incorporación o no de cláusulas excepcionales?..... | 81 |
| 6. Límites a la facultad de incorporación de cláusulas excepcionales | 85 |
| 6.1 La incorporación de cláusulas excepcionales debe seguir los mismos lineamientos de la Ley 80 de 1993 | 85 |
| 6.2 La facultad de incorporar cláusulas excepcionales debe estar previamente contenida en el Manual de Contratación de Ecopetrol S.A..... | 86 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.2.1 No hay claridad sobre la facultad de incorporación de cláusulas excepcionales | 89 |
| 6.2.2 La incorporación de cláusulas excepcionales puede resultar inconveniente para sus negocios. | 90 |
| Conclusiones | 92 |
| Referencias Bibliográficas | 95 |
| Doctrina..... | 95 |
| Jurisprudencia | 102 |
| Normatividad | 103 |

Resumen

El pacto de cláusulas excepcionales en los contratos estatales ha sido la manifestación más clara de las prerrogativas de poder público del Estado. La facultad comporta la imposición de manera unilateral de la voluntad de la Administración en una relación contractual, que en principio se supone debe mantener un equilibrio y la igualdad de las partes.

Así pues, resulta dudosa la posibilidad de que en contratos que pertenecen a un régimen exceptuado de la aplicación del derecho público, pueda conservarse esa potestad, cuando los sujetos deben mantenerse en un plano de igualdad, sin embargo, la doctrina mayoritaria coincide en que solo resulta posible la incorporación en aquellos de este tipo de cláusulas cuando existe una habilitación legal en ese sentido y que, a falta de la misma, no es posible su pacto. En el caso particular de Ecopetrol S.A, existe la autorización legal requerida para el efecto (art. 76 Ley 80 de 1993) por lo que analizaremos el alcance de la facultad otorgada, para establecer que no resulta posible que las Entidades a las cuales les asiste la facultad de decidir si acogen o no la aplicación de cláusulas excepcionales en sus contratos, puedan de alguna manera decidir sobre las condiciones o los efectos de las mismas, dejando claro que esta facultad es reglada, independientemente del régimen de derecho privado aplicable.

Palabras Clave

Contrato, entidades estatales, cláusulas excepcionales, régimen de derecho privado, régimen de derecho público.

Abstract

The pact of exceptional clauses in state contracts has been the clearest manifestation of the prerogatives of public power of the State. The power entails the imposition unilaterally of the will of the Administration in a contractual relationship, which in principle is supposed to maintain a balance and equality of the parties.

Thus, it is doubtful whether power can be maintained in contracts belonging to a regime exempted from the application of public law, where, as they are in the face of particular provisions, they must be maintained on an equal footing.

The sources analyzed coincide that the incorporation of this type of clauses is only possible in contracts subject to private law, when there is a legal authorization in that sense and that, in the absence of it, its pact is not possible.

This was precisely the criterion we took into account to analyze the particular case of Ecopetrol SA, where we could establish that article 76 of Law 80 of 1993 constitutes the authorization required for the purpose. There the legislator consecrated a series of activities, and gave the power to the competent companies to carry them out, to fix in its manual of contracting the exceptional clauses that can be agreed upon.

Based on this, we analyze the scope of the power conferred, stating that it is not possible for the Entities to which they have the power to decide whether or not to accept the application of exceptional clauses in their contracts, can somehow decide on the Conditions or effects thereof, making it clear that this power is governed by Law 80 of 1993, a standard to which the company must take advantage of this matter, regardless of the regime of private law that assists.

Keywords

Contracts, state entities, exceptional clauses, private law regime, public law regime

Introducción

La actividad contractual de las entidades estatales sometidas a derecho privado ha generado dificultades en lo relativo a la claridad en las condiciones de aplicación y a los límites de las facultades que este régimen otorga. Una de las entidades sometida a este régimen exceptuado es Ecopetrol S.A, empresa de naturaleza pública del sector petrolero que se encuentra regida por las disposiciones del derecho privado. Frente a esta Entidad, quisimos analizar si por el hecho de no estar sometida a las reglas del derecho público, no era posible ejercer prerrogativas especiales, las cuales se ven materializadas principalmente en la incorporación de cláusulas excepcionales en los contratos. Este fue precisamente el problema jurídico planteado para la presente investigación, en la que fijamos como objetivo principal analizar el régimen específico de contratación de Ecopetrol, para determinar la viabilidad de la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos que esta empresa celebre. En principio, parecería estar claro que existe una habilitación legal para que Ecopetrol incluya dentro de sus contratos el pacto de cláusulas excepcionales, de acuerdo con lo señalado en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, aun cuando su régimen contractual es de derecho privado por virtud del artículo 6° de la Ley 1118 de 2006. Sin embargo, el alcance de estas disposiciones no resulta del todo preciso. Por lo anterior, resulta pertinente la presente investigación, cuya finalidad es determinar cómo operan esas facultades excepcionales del Estado para el caso de Ecopetrol. El propósito va más allá de analizar si es posible pactarlas y aplicarlas en contratos estatales sometidos a un régimen de derecho privado, pues se parte de la base que solamente la ley puede crear poderes exorbitantes, y que no es posible predicarlas de las relaciones contractuales de índole privado, a menos que exista expresa habilitación legal para el efecto. Lo que persigue el presente trabajo es ahondar en las particularidades de Ecopetrol y de los contratos que suscribe, para desentrañar el

alcance y límites en el ejercicio de las prerrogativas excepcionales y, de esta forma, fijar un criterio que permita superar el conflicto normativo que se evidencia.

Nuestra hipótesis planteaba la posibilidad de que en los contratos de Ecopetrol efectivamente se pudieran incorporar este tipo de cláusulas, sin embargo, para confirmarla, ha sido necesario agotar un proceso investigativo riguroso, desarrollado con una metodología deductiva con enfoque cualitativo, en el que prima el análisis teórico - descriptivo y la técnica documental, que ha comparado la regulación normativa, las posiciones doctrinales y los pronunciamientos de las altas cortes para poder fijar un criterio al respecto. Esto nos permitió abordar nuestra investigación de manera integral, dando como resultado la resolución del problema jurídico esbozado y el planteamiento de una posición con tintes propositivos que busca contribuir a la clarificación de la facultad que en esta materia tiene la empresa Ecopetrol S.A

Primer artículo

ANÁLISIS SOBRE EL FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO EN LOS QUE HACE PARTE UNA ENTIDAD ESTATAL.

Capítulo I

Aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos de derecho público

En esta primera parte del trabajo, y con el fin de contar con los argumentos teóricos necesarios que nos permitan tener dominio del tema planteado, veremos el régimen de aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos sometidos a derecho público. Este necesariamente debe ser nuestro punto de partida, porque de un completo y juicioso estudio de las particularidades de estas potestades en los contratos estatales, derivarán nuestras consecuencias para el análisis de las mismas figuras jurídicas en el plano del derecho privado. Abordaremos desde su origen, fundamento, concepto, pasando por sus características y demás aspectos necesarios para hacer de este un estudio completo, que contribuya a la resolución del problema jurídico.

1. Fundamento de la inserción de cláusulas excepcionales en el contrato estatal

Como todas las instituciones jurídicas, las cláusulas excepcionales tienen una finalidad y una razón por la cual el legislador identificó la necesidad de incorporarlas en el ordenamiento jurídico. La figura de cláusula excepcional no es exclusiva del derecho interno, por el contrario,

este concepto ha sido acuñado por diferentes legislaciones de países alrededor del mundo, en todas estas logrando potestades especiales en relación con sus contratos, diferentes y superiores a las reconocidas a las personas sometidas al derecho privado.

Para abordar los fundamentos para la estipulación de este tipo de cláusulas en los contratos estatales, es importante primero entender su origen. Las cláusulas exorbitantes¹ del derecho común se utilizaron como criterio para diferenciar los Contratos Administrativos de los de Derecho Privado de la Administración, en virtud del cual, la sola inclusión por parte del Estado de una de dichas cláusulas en el contrato lo convierte en contrato administrativo (Palacio, 2014). Frente a esa corriente que predominó en un momento de la historia, Entrena C (1957), opinaba que las cláusulas excepcionales no eran la causa de la naturaleza del contrato, sino la consecuencia de ésta, y que más bien el criterio diferenciador entre uno y otro estaba ligado a si el contrato estaba orientado a la satisfacción de un servicio público o no.

En el mismo sentido, Boquera O (1957) sostuvo que la necesidad de la continuidad del servicio exige que sean aplicadas a las personas que asumen la ejecución de este servicio, determinadas reglas cuya necesidad no sabría depender de la presencia o de la ausencia, en el contrato que los vincula a la colectividad pública, de cláusulas exorbitantes del derecho común.

Ante este debate, que no fue menor, nuestro ordenamiento, que padecía las consecuencias de no poder establecer de manera certera si el pacto de cláusulas excepcionales en el contrato era el criterio diferenciador para determinar si nos encontrábamos ante un contrato administrativo o un contrato de derecho privado de la administración, aprovechó el cambio de legislación y, en el tránsito del Decreto 222 de 1983 a la Ley 80 de 1993, cambió la denominación de contratos

¹ Si bien el autor las denomina exorbitantes, compartimos la acepción que trae consigo la Ley 80 de 1993, esto es, cláusulas excepcionales.

administrativos a contratos estatales. Esta diferenciación, aunque no parezca tan significativa, si zanjó la discusión y permitió que, en la actualidad, ya no sea la estipulación de unas cláusulas determinadas, la naturaleza del objeto mismo o la jurisdicción que deba conocer y dirimir los conflictos que se presenten dentro de la actividad contractual la que define si un contrato es estatal o no, sino el hecho de que una de las partes sea una Entidad Estatal de las que se definen en el artículo 2 de la mencionada Ley 80, siendo el elemento subjetivo el determinante de su naturaleza contractual. Por lo anterior, no es posible afirmar que la inserción de una cláusula excepcional, *per se*, le brinde la connotación de estatal a cualquier contrato que se celebre.

En nuestro país, las cláusulas excepcionales han sido un concepto que se ha mantenido a pesar del cambio de legislación. Es así como desde el mencionado Decreto 222 de 1983, ya se encontraban definidos los principios de interpretación, modificación y terminación unilateral (Título IV, artículos 18 a 24), así como la caducidad (artículos 60 a 65). Luego, con la exposición de motivos que la abría paso al nuevo Estatuto General de Contratación, se vislumbraba la intención de la norma frente al particular cuando manifestó:

... la finalidad de interés colectivo que el contrato estatal implica "determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles".

Entonces, los muy especiales fines que enmarcan la actividad estatal condicionan y limitan de alguna manera su actuar contractual. El interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esa herramienta jurídica, de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio. Por ello, debe dotarse a la

administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales.

(Exposición de motivos Ley 80 de 1993, 1992)

De la lectura de la exposición de motivos es posible observar cómo las cláusulas excepcionales fueron concebidas en la Ley 80 como mecanismos de la Administración para lograr el cumplimiento del objeto del contrato. De hecho, resulta interesante como desde la misma denominación del artículo 14, el legislador quiso resaltar su carácter instrumental.

Así, es posible afirmar que la necesidad de inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos estatales está indefectiblemente ligada a la defensa y salvaguarda de los intereses públicos (Molano L, 2005; Palacio J, 2011; Osorio M, 2013; Gil B, 2016), lo cual constituye el propósito primigenio del Estado. La Ley ha optado por desequilibrar la posición de igualdad de las partes, atribuyendo a la Administración un conjunto de poderes de acción unilateral para decidir lo que en cada caso resulte más conveniente al interés público que tiene el deber de salvaguardar (Santamaría P, 2015, p. 228). Sin embargo, esta no constituye la causa su existencia; su génesis encuentra justificación en la supremacía del Estado, esa misma que le otorga prerrogativas especiales que emanan del poder público que ostenta por defecto.

De acuerdo con Meilán G (2013, p.18), las prerrogativas en el contrato administrativo responden a la consideración de la Administración como poder, como *puissance publique*², y una

² La noción de *puissance publique*, la noción de poder público combinada con la de poder ejecutivo ha sido definida por el profesor VEDEL, afirmando que el derecho administrativo es un cuerpo de reglas autónomas aplicadas por el poder ejecutivo, mediante el ejercicio del poder público. Sin embargo, los tratadistas han refutado esta teoría, entre ellos RIVERÓ, diciendo que el derecho administrativo es el derecho común de la *puissance publique*: poder público (Penagos, 2004, p. 149)

concepción doctrinal del Derecho administrativo como Derecho de esa Administración, aunque se justifique por el servicio público, o el interés general del que sería titular.

Esto nos permite afirmar que el fundamento para la existencia de cláusulas excepcionales en los contratos públicos se debe a que en el Estado radican prerrogativas que le permiten gozar de una condición “privilegiada” de cara a los contratos que celebre, pues por vía de estos garantiza la satisfacción de los intereses generales. En palabras de Ferrada B (2007), se trata de un derecho específico y singular que opera en razón del sujeto cualificado que interviene (la Administración Pública) y donde los poderes jurídicos de ésta y los derechos de las personas que actúan como fundamento y contrapeso están afectados por la tutela de los intereses públicos comprometidos.

Abordado de manera general el fundamento referido, pasaremos a ver de manera más detallada cómo operan las aquí mencionadas prerrogativas del Estado, y su relación directa con la incorporación de cláusulas excepcionales en el contrato estatal.

2. Cláusulas excepcionales. Concepto, clasificación, características

Habiéndonos referido ya al fundamento de la inserción de cláusulas excepcionales, es procedente en esta parte del trabajo, hacer una aproximación teórica al concepto, clasificación y características de las mismas.

2.1 Concepto

El concepto de “cláusula excepcional” ha sido ampliamente abordado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a nivel nacional e internacional, y está asociado al concepto

de “poder público”, entendido este como el poder político existente en una sociedad, concentrado e institucionalizado en la figura del Estado, como un ente donde tal poder se distingue claramente del individuo o persona que lo ejerce (Bodenheimer,1997). Sin embargo, antes de referirnos específicamente al concepto de excepcionalidad, es preciso hacer un acercamiento a las potestades o prerrogativas como manifestación de ese poder público, las cuales son plenamente identificables en nuestro ordenamiento jurídico.

Sostiene García de Enterría (1963) al referirse a las señaladas prerrogativas, que estas no resultan propiamente del contrato, sino de la posición jurídica de la Administración. Indica el autor que la razón que justifica la existencia de estas prerrogativas se funda en la relación directa que tiene el contrato con las necesidades públicas, cuya responsabilidad de atención está atribuida al Estado. De hecho, según afirma Meilán (2011), más que de prerrogativas, debería hablarse de potestades de la administración, justificables por el fin atribuido, pues no constituyen privilegios (lo que es impropio en los Estados Sociales de Derecho), sino más bien, instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines³.

Puede entonces decirse que las potestades públicas no son una atribución infundada, ni caprichosa del legislador y deben ser vistas como herramientas que permiten la protección de intereses colectivos

Sobre el particular, ha dicho Vedel (1980) que:

Las prerrogativas que ostenta la administración tienen dos fuentes: Unas provienen del hecho de que los contratos administrativos contienen cláusulas

³ De acuerdo con Cassagne (2011, pág. 478 – 479) toda prerrogativa supone una potestad, pero no siempre es al revés, habida cuenta de la existencia de potestades regidas por el Derecho Privado.

exorbitantes en su propio texto. En este caso las prerrogativas de la administración no son más que la aplicación del propio contrato. Por el contrario, algunas no tienen origen contractual y si se pactan, existirían aunque no lo estuvieran porque son la consecuencia del régimen de potestad pública al que se hallan sometidas (p.205).

En este caso, el autor aclara que la manifestación de las prerrogativas públicas no solo se da a través de las cláusulas excepcionales, sino que, existen otras de carácter no contractual, que de la misma manera constituyen una expresión del poder público del Estado; estas últimas no constituyen el objeto de estudio de la presente investigación, por lo cual nos centraremos exclusivamente en las de carácter contractual.

En el plano del contrato, la prerrogativa con la cual cuenta el Estado, por excelencia, es la de decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato. En virtud de este, la Administración puede decidir sobre la perfección del contrato, su validez, interpretación, calificación de incumplimiento, imposición de sanciones, entre otras tantas. (García de Enterría & Fernández, 1998, pp. 682, 683)

En este punto es necesario precisar que si bien en nuestro ordenamiento la Administración no tiene la potestad de decidir sobre la perfección del contrato y su validez, puesto que estos son criterios que escapan a su competencia y dependen exclusivamente del cumplimiento o no de los requisitos establecidos en la norma, las demás facultades mencionadas por los autores son plenamente posibles en nuestro país.

Todo lo anterior ha sido ratificado por el Consejo de Estado, quien ha manifestado que en atención a estos poderes públicos, el Estado tiene la potestad de dirigir la ejecución de los contratos, con el objeto de que prevalezca el interés general y de los fines estatales en precisas situaciones materiales, puesto que en el caso de no intervenir se podría afectar la ejecución normal de los contratos, e incluso podría conducir a la paralización del servicio público (Colombia, Consejo de Estado, 2011, 24 de enero).

A nivel local, el ordenamiento jurídico Colombiano ha materializado las prerrogativas contractuales públicas en las denominadas cláusulas excepcionales, concibiéndolas como mecanismo para propender por el cumplimiento de los contratos estatales. Coinciden los versados en el tema, en el efecto finalista que tienen estas cláusulas, pues si bien está permitida su inclusión en los contratos, debe siempre estar justificada en la defensa de intereses colectivos y orientados a evitar la afectación del servicio público. Frente a estas, se ha dicho que se llaman excepcionales porque es excepcional que unas de las partes posea prerrogativas que afectan la igualdad que caracteriza al contrato y que su pacto es inusual en el derecho privado al límite que incluidas en un contrato de derecho común resultarían ilícitas, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público (Dromi, 1995, p. 315; Dávila V, 2003, p. 425) .

En contraposición, Güechá M (2006, p. 2) no considera ilegal su pacto en contratos de derecho privado, y solo las denomina como inusuales, además, precisa que en algunos contratos de naturaleza especial se presentan.

Para Palacio H (2014) la razón por la cual son extrañas en las convenciones de los particulares es porque obedecen a prerrogativas que el ordenamiento jurídico confiere exclusivamente a las entidades públicas. Creemos que este concepto puede llegar a ser un poco

impreciso, toda vez que si las cláusulas son extrañas en los contratos privados porque sus partes no tienen las prerrogativas que solo se otorgan a la Administración, no serían extrañas sino mas bien imposibles.

Por otra parte, vale decir que los poderes del Estado no son ilimitados pues la misma ley impone condiciones para su aplicabilidad y mecanismos que propenden por la protección del otro extremo de la relación jurídica cuando se hace uso de estas potestades⁴. Frente a estos últimos, señala Parada (1992), que los extraordinarios poderes que la Administración ostenta en el contrato sobre el fondo y la forma, y que proyectan sobre la relación contractual una profunda desigualdad entre las partes, tienen una importante contrapartida en el derecho del contratista al equilibrio económico y que se concretan en el resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios (p.275).

En síntesis, podemos decir dos cosas; primera, la manifestación de las prerrogativas públicas en el plano contractual está dada en la aplicación de cláusulas excepcionales en los contratos estatales, las cuales no son ilimitadas y deben tener una finalidad de salvaguarda de intereses públicos; y segunda, la definición inicial de lo que se entiende por cláusula excepcional es clara, pero el alcance de las mismas no resulta tanto, pues algunos autores denominan como ilegal su pacto en un contrato de derecho privado, mientras que otros lo catalogan como inusual. Este punto resulta determinante para empezar a dilucidar nuestro problema jurídico, y lo trataremos con mayor detalle cuando estudiemos la exclusividad de las cláusulas excepcionales en el contrato estatal.

⁴ En el mismo sentido ver a (López R, 1993, pág. 117; Del Saz Cordero, 1994, pág. 58; Cassagne, 2009, pág. 39),

2.2 Clasificación de la Cláusulas Excepcionales

Luego del análisis de distintas fuentes, para efectos del presente trabajo vamos a afirmar que la clasificación de las cláusulas excepcionales puede ser de cuatro tipos. La primera, de acuerdo con el efecto que tiene en la identificación del contrato; la segunda, de acuerdo con la licitud o ilicitud de su pacto; la tercera, de acuerdo con la obligatoriedad o prohibición de su pacto y, la cuarta, de acuerdo con la denominación que les da el legislador.

2.2.1 De acuerdo con la incidencia en la identificación del contrato.

En esta primera acepción, se podrían clasificar como determinantes o no determinantes. Es preciso advertir que esta clasificación se realiza para efectos de traer al presente estudio el avance jurídico que tuvo el concepto de “contrato administrativo” y “contrato privado de la administración”, a partir del pacto de las cláusulas excepcionales. El objetivo de mencionarlo en este punto es para efectos de contextualización histórica de quien lo lee, pues actualmente ya se tiene claro que el carácter de “contrato estatal” está dado por un criterio orgánico.

Sobre este punto, Jojoa B (2014) señala que el acercamiento a la noción de los regímenes exceptuados está ligado necesariamente con la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. Y sobre el fundamento de esta, precisa:

En efecto, la preocupación por encontrar un elemento que permitiera distinguir tal dicotomía, ha pasado por la distinción entre actos de gestión y actos de poder. Lo importante de esta concepción, es que uno de los primeros fundamentos para dirimir la dicotomía fue el poder con el que se encontraba revestido el Estado, facultad que resultaba irrenunciable y, en esa medida, se extendían

necesariamente a sus relaciones jurídicas, entre ellas, obviamente, las contractuales.

... identificar las relaciones jurídicas en las cuales el Estado se despojaba o mantenía ese poder resultaba por demás complejo, razón por la cual el fundamento de dicha distinción pasó por múltiples criterios de identificación, entre los más relevantes, estaba la inclusión de algunas cláusulas, como las denominadas cláusulas exorbitantes, actualmente, entre nosotros, denominadas excepcionales, y la noción del servicio público, criterios que tampoco han escapado a reparos, puesto que la inclusión de las cláusulas excepcionales son el resultado del poder que ostenta el Estado pero no explican en cuales contratos es procedente su aplicación”...

En efecto, antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, existía una clara diferencia entre las categorías señaladas anteriormente. Es así como desde 1964, con la expedición del Decreto 528, se hace referencia, por primera vez, a los contratos administrativos, al establecer que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado era competente para conocer de los contratos administrativos celebrados por la Nación o por un Establecimiento Público. Luego, el Decreto Ley 150 de 1976, contenía importantes disposiciones que constituyeron el antecedente más cercano a la clasificación de contratos administrativos que introdujo el Decreto Ley 222 de 1983.

Posterior a ello, el 2 de febrero de 1983, el gobierno expidió el Decreto Ley 222 de 1983, a través del cual confirmó y amplió la clasificación de los contratos administrativos, pretendiendo diferenciarlos de los contratos de Derecho Privado al establecer la jurisdicción

competente para unos y otros. Igualmente, el artículo 17 del mencionado Decreto establecía que en los contratos de derecho privado de la Administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa.

Finalmente, en el año 1993, tuvo lugar la expedición del Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993, que quiso dirimir la división existente entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración, creando la categoría de contrato estatal, primando un criterio orgánico y ya no material, caracterizando a aquél como todo contrato en el que interviniera un entidad estatal, y por lo mismo, todos los contratos celebrados por una entidad de orden público estarían sujetos a las mismas disposiciones, definición aquella que se mantiene vigente hasta el momento.

En este orden de ideas, se puede afirmar que en algún momento si fue determinante la inclusión de las cláusulas excepcionales para identificar si un contrato era “administrativo” o era de derecho privado, pero actualmente ya no es un factor determinante, pues se utiliza un criterio orgánico para su tipificación.

2.2.2 De acuerdo con la licitud o ilicitud de su pacto

De conformidad con este criterio, se pueden clasificar en lícitas, ilícitas o inusuales. Esta obedece a una clasificación realizada a partir del análisis de la posición de diferentes tratadistas, donde se evidenció que no hay un criterio uniforme acerca del pacto de las cláusulas excepcionales en los contratos entre particulares.

- *Cláusulas lícitas:* Obedecen a las típicamente públicas, por ser de resorte exclusivo del derecho administrativo. Según Benavides (2004), este es un criterio simple y seguro de identificación de la cláusula exorbitante. En el fondo, no se basa sobre las prerrogativas y poderes de la administración frente a su contratista, sino sobre la especificidad de la administración misma, que no existe en el caso de los particulares.
- *Cláusulas ilícitas:* Como bien se mencionó anteriormente, tratadistas como Dromi (1995), consideran que la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos entre particulares resultaría ilícita, por contrariar el orden público y sobrepasar la libertad contractual. Sobre este punto también señala Benavides (2004, p. 324) que no se trata de prerrogativas o deberes pertenecientes de manera exclusiva a las entidades públicas, sino de cláusulas atentatorias del orden público o de las buenas costumbres, cláusulas que sobrepasan el límite de lo que las partes pueden disponer en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, límite que concierne a diferentes campos, tales como la noción de orden público y la igualdad de las partes contratantes. Continúa el autor señalando que bajo estas premisas, se impone definir la frontera entre lo que es lícito y lo que no lo es, de definir el límite de la autonomía de la voluntad de los particulares, campo en el que la jurisprudencia reconoce amplia libertad, de tal suerte que es difícil identificar las cláusulas que serían declaradas ilícitas.
- *Cláusulas inusuales:* Por su parte, esta clasificación tiene más adeptos en la academia, puesto que no se va al extremo de considerar que las cláusulas excepcionales en contratos privados serían ilícitas, sino que más bien considera que no son comunes o son poco usuales en las relaciones contractuales de particulares. Frente al asunto, señala Benavides (2004, p. 326) que a falta de otras explicaciones, la doctrina se limita a constatar que la

mayoría de cláusulas consideradas exorbitantes no son ni imposibles ni ilícitas sino simplemente inhabituales, raras o poco utilizadas en derecho privado. Por lo tanto, es suficiente constatar que una cláusula es inhabitual en derecho privado para darle el carácter de exorbitante.

2.2.3 De acuerdo con la obligatoriedad o prohibición de su pacto.

Esta clasificación está ligada al desarrollo normativo que han tenido en nuestro país las cláusulas excepcionales, dónde están configuradas como los mecanismos idóneos con que cuenta la administración para lograr el cumplimiento del objeto contractual. Es así como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estipula:

Artículo 14.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

Esa norma de la Ley 80 de 1993, constituye el marco regulatorio dentro del cual puede moverse la Administración cuando su finalidad sea la de garantizar el objeto convenido en el contrato estatal. Como bien se puede apreciar, señala taxativamente cuáles son las cláusulas excepcionales que operan en nuestro ordenamiento y, a su vez, indica en qué tipo de contratos pueden incorporarse.

Al respecto señala Pino R (1996, p.185) que en la Ley 80 de 1993 las facultades excepcionales fueron otorgados de dos formas:

Mediante la autorización del legislador para incorporar en algunos contratos las cláusulas que conceden estas facultades – caducidad, interpretación, modificación y terminación unilaterales, artículo 14 -; y mediante atribuciones que surgen de manera directa sin que sea necesario incorporar una determinada estipulación contractual, caso en que las facultades excepcionales no se derivan de la presunción de la existencia en el contrato de una cláusula o de su incorporación en el texto, sino de la autorización contenida en la ley que le permite a las entidades

expedir actos administrativos para imponer su voluntad – la liquidación unilateral por nulidad absoluta y otras causas, arts. 45 y 61-.

Ahora bien, de la clasificación normativa que incorpora la Ley 80, encontramos que las cláusulas excepcionales respecto de determinados tipos de contratos, pueden dividirse en obligatorias, facultativas y prohibidas (Art 14, Ley 80, 1993).

De esta clasificación se advierte que existen muchos tipos contractuales que escapan a las disposiciones frente a la inserción de las cláusulas excepcionales, lo que nos obliga a preguntarnos qué sucede con ellos. Frente a esta inquietud, Herrera B (2005, p.285) señala que siendo inusuales al derecho de los contratos, excepcionales al mismo, la interpretación de la norma debe ser de carácter restrictivo admitiéndose que están prohibidas, pues tal sería la regla general.

2.2.4 De acuerdo con la denominación que les da el legislador

Nos referimos a la clasificación que realizó el legislador respecto a cada una de las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 40 de la Ley 80, que enumera las cláusulas de Caducidad, Interpretación Unilateral, Modificación Unilateral, Terminación Unilateral, Sometimiento a las Leyes Nacionales y Reversión.

Esta connotación de cláusulas excepcionales ha sido pacífica, precisamente porque el legislador así las denominó. No sucede lo mismo con las facultades que consagra el artículo 11 y el párrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que otorgan la potestad para llevar a cabo la liquidación unilateral, y para hacer efectiva la cláusula penal y las multas, puesto que algunos tratadistas no las reconocen como cláusulas excepcionales. Tal es el caso de Palacio (2004),

quien señala que ni las multas, ni la cláusula penal pecuniaria, son potestades excepcionales pues están excluidas del señalamiento taxativo realizado por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, por ende, aunque pueden ser pactadas en un contrato estatal en desarrollo de la autonomía de la voluntad y por acuerdo entre las partes, no pueden tener el tratamiento, ni producir las consecuencias del ejercicio de la exorbitancia estatal, que concede a quien la ostenta no solo la jurisdicción sino competencia para asumir posición de juez y de parte, exclusivamente en razón del interés general que persigue la entidad pública.

Sin embargo, esa afirmación es anterior a la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual, si bien no señala taxativamente una adición al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, si permite evidenciar que dota de facultades especiales a la Administración para hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria sin tener que acudir ante un juez. No es de nuestro interés polemizar frente a esto, solamente se trae a colación para poner de presente el panorama actual.

2.3 Características de las cláusulas excepcionales

Las cláusulas excepcionales, como todas las figuras contractuales, tienen características determinantes que inciden en su inclusión y aplicación:

2.3.1 Características Generales

De manera general, la norma señala las características de las cláusulas excepcionales aplicables en nuestro ordenamiento. Si bien no las señala de manera explícita ni desagregada, en suma podemos caracterizarlas así:

2.3.1.1 Son taxativas:

Solamente pueden considerarse cláusulas excepcionales aquellas que la ley indica; están plenamente identificadas en el ordenamiento jurídico y, por lo mismo, no cabe la interpretación sobre su tipicidad. Si no las consagra la norma, no generarán los efectos jurídicos deseados.

2.3.1.2 Solo se pueden pactar en los contratos que autorice la ley:

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 indica varios tipos contractuales. En algunos se consagra como obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales, en otros es facultativa, y en otros está prohibida.

De inclusión obligatoria:

1. Cuando se trata del ejercicio de una actividad constitutiva de monopolio estatal.
2. Prestación de servicios públicos.
3. Para explotación y concesión de bienes del Estado
4. En el contrato de obra.

De inclusión facultativa:

1. Contrato de suministro
2. Contrato de prestación de servicios

De inclusión prohibida:

1. Contrato con persona pública internacional o de cooperación, ayuda o asistencia.
2. Contrato interadministrativo
3. Empréstito

4. Donación
5. Arrendamiento
6. Contrato para realizar actividades comerciales o industriales de entidades estatales, distinta del ejercicio de monopolio estatal, prestación de servicio público o explotación y concesión de bienes del estado y contrato de obra.
7. Contrato para la realización directa de actividades científicas o tecnológicas
8. Contrato de seguro tomado por entidad pública

Aparte de la Ley 80, existen otras normas que señalan la imposibilidad de pactar cláusulas excepcionales, por ejemplo, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, al fijar un régimen de derecho privado para las universidades oficiales está eliminando de entrada la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales. Igual sucede con los contratos que celebre el Banco de la República, pues el estatuto reglamentario también circunscribió sus contratos a las reglas del derecho privado.

2.3.1.3 Son de aplicación restrictiva de acuerdo con su finalidad:

Si bien las cláusulas excepcionales son una herramienta para lograr el cumplimiento de los contratos, esto no quiere decir que su uso pueda ser indiscriminado. Hay que tener en cuenta que la efectividad de las mismas, específicamente en el caso de la caducidad, genera para el contratista una sanción importante, por lo cual, debe ser la última opción que utilice la Administración; lo aconsejable es primero intentar la bilateralidad.

Por otra parte, tanto la modificación, interpretación, terminación unilateral, así como la caducidad, tienen el objeto exclusivo de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios

públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación. Si la finalidad es diferente, no será justificable la aplicación de las mencionadas cláusulas.

2.3.1.4 Siempre procuran mantener el equilibrio económico:

Tal como lo señala la norma, en los actos en que se ejerciten algunas de las potestades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Esto permite pensar que a pesar de ser la manifestación más clara del imperio del Estado en una relación bilateral claramente desigual, esto tampoco legitima un abuso de parte de la Administración, y por lo mismo, siempre se deberá propender por el restablecimiento del equilibrio contractual.

3. Habilitación legal como requisito de incorporación y aplicación de cláusulas excepcionales.

Las cláusulas excepcionales, entendidas estas como prerrogativas de poder público, no son un fin en sí mismo, sino una herramienta de la cual se vale la Administración para llevar a feliz término sus contratos y de esta forma satisfacer los intereses colectivos de la comunidad y garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos.

Este tipo de pactos, como ya se mencionó, son usuales en los contratos sujetos al régimen de derecho público, contrario a lo que sucede en los contratos de orden privado.

Pero, ¿por qué resulta tan importante establecer si el pacto de estas cláusulas es o no procedente en un contrato determinado? La respuesta es sencilla; porque lo común en una relación contractual es que las partes involucradas se encuentren en un plano de igualdad entre sí, pero con la inserción de este tipo de cláusulas, claramente hay un extremo del negocio jurídico que adquiere poder sobre la otra, desequilibrando la balanza del contrato.

Es aquí donde surge el interrogante ¿las entidades estatales pueden incluir a su arbitrio las cláusulas excepcionales en los contratos que celebren?

La solución al interrogante debe darse teniendo en cuenta que este no es un problema que se resuelve en el contrato *per se*, sino que se debe observar la intencionalidad que tuvo el legislador al momento de fijar este tipo de herramientas jurídicas.

El fin de la satisfacción de los intereses públicos es en sí mismo el que dota de prerrogativas y poderes especiales a la Administración para que estos sean utilizados en procura de un bienestar general. Es por esto que el imperio del Estado prevalece en tratándose de una relación contractual, porque la continuidad de la prestación del servicio público así lo demanda. Sin embargo, esta potestad no es ilimitada, ni podría ser arbitraria.

Al respecto señala Rodríguez-Arana (2008), que las prerrogativas de la Administración son potestades legales de naturaleza reglada, por tanto, no son atribuciones que permitan a la Administración actuar indiscriminadamente. Esto permite inferir que el ejercicio de las mismas ha de conducirse dentro de los límites de la racionalidad. Por esto, no puede dejarse de lado que a pesar de tener el *Ius Imperium*, el Estado debe siempre actuar bajo premisas de orden legal, expresamente consagradas en una norma imperativa de carácter general y previamente establecida.

En el mismo sentido, Montaña P (2010) sostiene que los actos administrativos deben encontrar una habilitación constitucional y legal que cuando menos atribuya competencia para su producción a la respectiva entidad pública que los produce; el autor hace énfasis en que hay un límite a las emanaciones de poder de la administración y ese límite es el derecho positivo superior (p.188).

Sin embargo, este concepto no siempre fue así. Autores como Gallego A (1961), afirmaban que “la ley emitida dentro del marco constitucional sólo se utiliza como necesaria condición de cualquier actividad estatal para determinadas materias particularmente importantes”. Afortunadamente, ese criterio evolucionó, y, en estos tiempos, en gran medida por virtud de la constitucionalización del derecho, todas las actuaciones de la Administración deben estar soportadas en una norma de orden superior que, independiente de la materia de la cual se trate, avale la actividad administrativa.

Habiendo dicho lo anterior, es correcto afirmar que las cláusulas excepcionales no escapan a esta lógica; sin embargo, la aplicación del principio de legalidad no es la única explicación de la necesidad de habilitación legal para su inserción y materialización, aunque sí es uno de sus presupuestos; la razón principal es precisamente la naturaleza que entrañan las cláusulas de este tipo en los contratos estatales, y el desequilibrio que conllevan en una relación que en principio debe ser equivalente. Es por esto que la autorización de la ley es un requisito indispensable para el ejercicio de las potestades excepcionales, pues si no fuese así, podría incurrirse en un abuso del poder público de parte de la Administración hacia sus contratistas.

En nuestro ordenamiento jurídico la habilitación legal está dada en “dos vías”. La primera, que efectivamente reconoce la existencia y aplicación de las cláusulas excepcionales en la legislación Colombiana, y la segunda, que circunscribe su aplicación a la tipología contractual.

Es así como para nuestro caso, es posible el pacto de cláusulas excepcionales en los contratos estatales, pero no es procedente para todos los tipos de contratos. La habilitación legal permite que en algunos contratos su pacto sea obligatorio, e incluso si no se pactan se entienden incorporadas, otros para los cuales su pacto depende de la voluntad de la Administración, y otros en los cuales está prohibida su aplicación, y donde sí se pactaron, se entenderán no escritas.

Por lo anterior, es posible concluir que el ejercicio de las potestades excepcionales está en principio justificado por la necesidad de salvaguarda del interés público y la continuidad en la prestación de los servicios a cargo del Estado, pero encuentran su asidero en la autorización legal que debe mediar para poder hacerlas efectivas.

Capítulo II

Fundamento o justificación de la inserción de cláusulas excepcionales en los contratos regidos por derecho privado en los que hace parte una entidad estatal

Habiéndonos referido suficientemente al pacto de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, nos compete ahora abordar el mismo tema, pero desde la óptica del derecho privado. Este análisis resulta fundamental, pues nos brindará herramientas importantes para forjar un sólido criterio respecto de esta materia.

El pacto de las cláusulas excepcionales en los contratos sujetos a derecho privado ha sido un tema de análisis de algunos tratadistas, y también ha sido objeto de pronunciamientos judiciales en varias ocasiones, por lo cual, conviene acudir a ellos para desentrañar el trato que al respecto se debe dar cuando en ese contrato sujeto a derecho privado, está involucrada como una de las partes, una entidad estatal; y es que para efectos de poder resolver nuestro problema jurídico, resulta necesario precisar el alcance de la aplicabilidad que tiene este tipo de cláusulas en los contratos de derecho privado y responder al interrogante ¿si una Entidad Estatal hace parte de un contrato sometido a régimen de derecho privado, conserva sus prerrogativas de poder público, o por el contrario, se desprende enteramente de estas para comportarse como un privado?. Esa es precisamente la finalidad del presente capítulo.

4. ¿Las cláusulas excepcionales son exclusivas del contrato estatal?

Como ya se mencionó de manera detallada en el capítulo anterior, el contrato estatal trae consigo la posibilidad que le otorga la norma a las entidades estatales de incluir en él cláusulas excepcionales, llamadas así porque para algunos no resultan comunes en los contratos de derecho privado; en contraposición a esto, hay quienes consideran ilegal su pacto, pues vulnera el principio general de igualdad entre las partes que naturalmente se debe observar en una relación contractual.

También vimos que esta facultad surge para el Estado solo por autorización de la ley, pero que se otorga únicamente con la finalidad de dotar a la Administración de herramientas efectivas para lograr el cumplimiento del contrato y, de esta manera, salvaguardar los intereses colectivos y garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los asociados.

Dicho lo anterior, es preciso preguntar si este tipo de cláusulas son exclusivas de los contratos estatales. Para resolver este interrogante, debemos volver a analizar la naturaleza de dichas cláusulas, pero ya no vistas desde las particularidades del contrato estatal, sino desde las propias de los contratos de derecho privado.

Según Lamprea R (2007), resulta innegable que la contratación estatal constituye un tema de resorte del derecho administrativo, y en lo concerniente al derecho nacional, esto ha sido fruto de una constante evolución, que nos sitúa actualmente en una concepción privatista del contrato público. Mencionando a Vidal Perdomo, el autor refiere que el contrato estatal se sitúa actualmente entre el derecho público y el derecho privado.

De acuerdo con lo señalado por Bohórquez O (2004), por regla general, los contratos que celebra el Estado se denominan contratos estatales, sin embargo, no todos los contratos que celebran las entidades públicas están cobijados bajo la Ley 80 de 1993. Muchos de estos son de naturaleza civil o mercantil, por lo cual quedan bajo el amparo de las normas de estas ramas del derecho, tanto en lo sustancial como en lo formal.

Esto quiere decir que, si bien la Administración celebra contratos, en su mayoría regidos por las disposiciones del Estatuto General de Contratación, existen algunos especiales, que por expresa disposición legal están excluidos de las previsiones de aquella regulación, y que se someterán tanto en su formación como en su ejecución a las reglas del derecho privado.

Ahora bien, en este punto es pertinente preguntarnos, ¿por qué existen contratos celebrados por entidades estatales que no se rigen por el derecho administrativo? Es preciso mencionar que, como ya se advirtió, esta resulta la excepción a la regla, depende de la naturaleza jurídica de la entidad estatal que los celebre, de su actividad o misión, del porcentaje de

participación del Estado en la entidad y de la norma que expresamente desvincule de su régimen de contratación las normas de derecho público. La Ley 1150 de 2007, en sus artículos 13 y 14, prevén esta particularidad, y especifican que cuando una entidad tiene un régimen exceptuado, se regirá por las disposiciones especiales que para ello se definan. En los casos de las empresas estatales, por ejemplo, se someten a las normas de derecho privado por el hecho que la mayoría de sus actividades se encuentran en competencia con empresas de carácter privado, y si se sujetaran a la aplicación del régimen de contratación estatal existiría una clara desventaja que se traduciría en pérdidas económicas.

Por otra parte, si un contrato que celebra una entidad estatal está sometido a derecho privado por alguna de las razones anteriormente mencionadas, ¿pueden entonces pactar cláusulas excepcionales, las cuales en principio están previstas para los contratos sometidos a derecho público? A pesar de que un contrato esté sometido a derecho privado, si una de las partes es una entidad estatal, ¿esta conserva sus facultades para dirigir el contrato y lograr el cumplimiento del objeto del mismo? Esto precisamente es lo que procederemos a analizar.

El contrato privado, aparte de la regulación específica para cada tipo de contrato, está sometido a principios generales. Uno de estos principios es la igualdad de intereses y condiciones de las partes. Indica Lafont P (2005) que este es un principio contractual, donde, las partes siendo capaces, se entiende que también tienen igualdad de intereses y de condiciones, de manera inmutable, solo salvo casos de imprevisión. En este sentido, si ambas partes involucradas en un contrato privado están en igualdad de condiciones, se puede entender que ninguna es superior o inferior a la otra, y ninguna tiene facultades especiales de dirección del contrato, pues persiguen un fin común.

Para poder descifrar si las cláusulas excepcionales son exclusivas del contrato estatal, es pertinente indagar entonces si en el derecho privado existe alguna figura que se asemeje a estas.

4.1 ¿Las cláusulas excepcionales del derecho público son asimilables a las cláusulas abusivas del derecho privado?

Este tipo de cláusulas en la actualidad carecen de una regulación general que las haya abordado de manera integral. Someramente, el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 define las cláusulas abusivas como "aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos".

Según Posada T (2015), las cláusulas abusivas en el derecho colombiano tienen las siguientes características:

1. Que la cláusula sea predispuesta

Se trata de una cláusula que no es negociada por las partes, sino que, por el contrario, es impuesta por el predisponente al adherente, como sucede normalmente en los contratos de adhesión.

2. Que la cláusula genere un desequilibrio jurídico en el contrato

El concepto de equilibrio contractual se encuentra estructurado sobre dos dimensiones: una económica y otra jurídica, cada una de las mencionadas dimensiones tiene señaladas en la ley unas causales que implican su ruptura, de manera que la ocurrencia de cualquiera de ellas conlleva el rompimiento del equilibrio del contrato en alguna de sus

dimensiones, sin desconocer que podrían concurrir varias causales que alteren el equilibrio contractual en sus dos dimensiones, de tal manera que estas no son excluyentes sino complementarias entre sí.

3. Que el desequilibrio sea injustificado

Este requisito hace referencia a que no cualquier desequilibrio jurídico que sufra el contrato implica la existencia de cláusulas abusivas, pues para que esta se pueda predicar es necesario que se trate de un desequilibrio relevante que altere el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes como consecuencia de la celebración y perfeccionamiento del contrato.

4. Que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe

El principio de la buena fe contractual no solo impone a las partes tener conciencia e intención de obrar correctamente durante todas las etapas del *iter contractus*, sino, adicionalmente, el deber de actuar con lealtad, confianza, honestidad y transparencia en todas ellas para asegurar la satisfacción tanto de sus propios intereses individuales como de los del otro contratante.

Existen varios tipos de cláusulas abusivas, como lo pueden ser aquellas de exoneración o limitación de la responsabilidad, renuncia de derechos o pago de intereses no autorizados.

Como vemos, estas disposiciones aplicables en materia de derecho privado no pueden asimilarse a las cláusulas excepcionales de derecho público, pues más allá de pretender el cumplimiento de los fines de las partes, se fundamentan en un tema de abuso de derecho o de posición contractual. Aunque ambas imponen una carga adicional a uno de los extremos del

contrato, la finalidad no se asemeja. De hecho, las cláusulas abusivas son consideradas contrarias a derecho, las cláusulas excepcionales son autorizadas por la ley. Finalmente, estas se predicán únicamente de contratos de adhesión, y el contrato estatal es considerado consensual, luego en ese aspecto tampoco resultan comparables.

Sin embargo, aunque ya dejamos claro que estas dos figuras no resultan asimilables, es preciso indicar que, si la Administración actúa por fuera de las facultades unilaterales que le brinda el ordenamiento, y pacta en sus contratos estipulaciones con una excesiva carga para su cocontratante, si podría incurrir en una actuación abusiva.

Frente al particular, ha dicho Suárez B (2015):

El uso de cláusulas excepcionales que la ley autoriza al contratante estatal debe apreciarse con alcance absolutamente restrictivo, de manera que solo lo sean en los precisos términos de la ley y para los fines que ella autoriza. Tal es el caso de la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral y la interpretación unilateral. De otra forma habrán de tenerse por cláusulas abusivas aquellas que extiendan tales previsiones a situaciones no previstas o con una comprensión diferente o más amplia de la buscada por el legislador para el exclusivo propósito de tutelar el “interés público”.

Según el autor, todo aquello que se imponga fuera de los límites establecidos para cada una de las cláusulas excepcionales, o con un alcance diferente, constituye una cláusula abusiva.

En el mismo sentido, en el análisis de un caso en el que la Administración incorporó una estipulación que a la postre se denominó abusiva, el Consejo de Estado manifestó:

En efecto, la Sala ha de advertir que la cláusula en mención constituyó una prerrogativa injustificada o, si se quiere, una cláusula de impunidad para la Administración por cuanto envolvió una exención de responsabilidad de la entidad contratante en el sentido de impedir que se derivaran consecuencias a ella adversas respecto de la no entrega oportuna del anticipo, la cual con apoyo en las reflexiones que anteceden sin duda configura un incumplimiento de una de las obligaciones a cargo de la entidad y en tal virtud su inobservancia podría eventualmente causar perjuicios al contratista, en la medida en que exigirle el cumplimiento del objeto contractual sin que medie la entrega previa del anticipo entrañaría una excesiva onerosidad en tanto se requeriría de un esfuerzo financiero y económico superior al previsto para iniciar las labores contratadas.

De ahí que si el alcance que de dicha estipulación se pretendía derivar consistió en situar al ente territorial en un estado de absoluta irresponsabilidad, al punto de evitar que en ningún escenario, incluso justificado, el contratista pudiera alegar la excepción de contrato no cumplido, tal previsión comportó un total abuso del sinalagma que debe estar presente en todo vínculo negocial en cuanto atentó contra el equilibrio prestacional del contrato, circunstancia que impone concluir que se trató de una cláusula abusiva.

Resulta ajeno a toda lógica de las reglas y los principios que informan la actividad contractual, que sólo uno de los extremos del negocio jurídico resulte obligado, o casi que compelido a cumplir las prestaciones contraídas en virtud de su celebración, al tiempo que imposibilitado para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por su co-contratante, el cual, por cuenta de la introducción

de la aludida cláusula, bien podría entonces inobservar sus obligaciones dinerarias, sin que ello le acarree consecuencia alguna (Colombia, Consejo de Estado, 2014, 12 de febrero)

Ese pronunciamiento corrobora que la Administración también puede incurrir en prácticas atentatorias de los derechos de sus contratistas al incorporar estipulaciones contractuales cuya carga recaiga de manera ostensible sobre una de las partes del contrato, causándole perjuicios. Deja claro la Corporación que, este tipo de actitudes de parte de la Administración excede las facultades de imposición unilateral que la ley le da. Luego, puede advertirse que el Estado en ejercicio de sus prerrogativas solamente puede hacer lo que le está permitido, y todo lo que sobrepase esa habilitación legal puede configurar una cláusula abusiva.

4.2 Las facultades unilaterales en los contratos privados

La actual praxis contractual está impregnada de facultades unilaterales a favor de uno de los sujetos contractuales; o mejor, el contrato va desenvolviéndose hacia una realidad que ya no corresponde con la concepción tradicional en la medida que existe una progresiva aceptación de los poderes unilaterales en el contrato (Rengifo G, 2014).

Es así como actualmente, no solo se habla de facultades unilaterales en los contratos celebrados por el Estado, sino que, en los contratos privados, también existen este tipo de potestades.

4.2.1 La fijación unilateral del precio

Esta obedece a la facultad que tiene una de las partes de la relación contractual de determinar el precio de la cosa de forma unilateral. De acuerdo con la legislación en materia de

contratos privados, esta facultad depende de la tipología del contrato que se desee celebrar, es decir de si la naturaleza del contrato y su reglamentación particular permite que el precio sea fijado por una sola de las partes.

De acuerdo con lo señalado por Rengifo (2012) la fijación unilateral del precio, se ha definido como una actividad de cooperación que se da entre quien cuenta con los elementos de juicio necesarios para hacerlo y quien no, sea acreedor o deudor. Señala el referido autor que, lo realmente importante con relación a esta facultad es actuar pensando también en el interés del otro sujeto contractual, sin llegar a un sacrificio tal que haga inútil o desestimulante la celebración del negocio.

Comparando con las disposiciones existentes en materia de derecho público, ésta realmente no es un facultad que se pueda predicar de los contratos estatales, ni tampoco tiene semejanza con alguna de las facultades unilaterales que le otorga la ley a las entidades públicas, por la sencilla razón que la formación del precio en un contrato estatal obedece a razones de mercado, que son validadas y negociadas en el curso de los diferentes procedimientos para la selección de las ofertas, luego, ni las entidades, ni los contratistas establecen los montos de los contratos a su arbitrio, sino que esta y otras condiciones del contrato son conformadas por las partes intervinientes, a través de cada una de las etapas de la contratación.

Dicho esto, la fijación unilateral del precio es una facultad que resulta predicable solamente de los contratos sometidos a derecho privado, teniendo en cuenta las particularidades ya mencionadas.

4.2.2 La modificación unilateral del contrato

La modificación unilateral es la facultad que se atribuye una sola de las partes, para introducir algún cambio a los elementos del contrato.

Pueden existir buenas razones para hacerlo: la voluntad de modificar el contrato nace del hecho que su contenido inicial ya no responde a las expectativas de uno u otro contratante, lo que puede ser consecuencia de un doble fenómeno; primero, el contrato no responde más a las necesidades que quería satisfacer, o segundo, el contrato responde a dichas necesidades, pero estas ya no son las del contratante (Lecuyer, 2011).

En Colombia, este tema ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, quien en al respecto ha señalado:

Para la Corte es claro que la alteración de los términos contractuales operada de manera unilateral por alguna de las partes desconoce la regla básica de los contratos “el contrato es ley para las partes” o *pacta sunt servanda* y constituye un atentado contra el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad en relación con el contrato. En este sentido, el derecho a que los términos del contrato no sean alterados de manera unilateral por una de las partes integraría el contenido del derecho fundamental a la autonomía privada, precisamente por tratarse de una de las típicas situaciones que se encuentran dentro de su ámbito de protección. Lo anterior implica que, por regla general, cualquier modificación del contrato debe estar sometido al concurso de voluntades o consentimiento de las partes. No obstante, la Corte reconoce que esta regla tiene excepciones, algunas derivadas de la naturaleza misma de las relaciones contractuales especialmente en lo que respecta a la función de intervención del Estado en la economía (Colombia, Corte Constitucional, 2003, 23 de mayo).

La regla es que salvo que el legislador lo permita, la modificación antes de recurrir al juez debe ser acordada y negociada por las partes, no cabría la adaptación unilateral, sin embargo, en ciertas áreas de la contratación, la proscripción de la modificación unilateral no es tan absoluta como suele pensarse (Rengifo G, 2014).

Así las cosas, es posible afirmar que, en tratándose de la facultad de modificación unilateral, esta existe en nuestro ordenamiento, pero opera solo en casos excepcionales, atendiendo a la naturaleza del contrato y a sus elementos propiamente dichos.

Es preciso agregar que, si bien en los contratos estatales la modificación unilateral es una facultad excepcional otorgada por la ley a la Administración, y a pesar de tener elementos en común con la figura de la modificación unilateral del derecho privado, no resultan semejantes pues esta última no podría denominarse como una cláusula excepcional dado que la intención del legislador no fue la misma. En el primer caso, es decir, frente a la modificación unilateral como cláusula excepcional de derecho público, si hay una clara y firme intención de dotar a la Administración de una superioridad palpable en sus relaciones contractuales, como manifestación de poder público para controlar la ejecución de los contratos y lograr su finalidad, pero la otra, es decir la facultad de modificación unilateral de derecho privado, que para algunos casos es válida en nuestro ordenamiento, no fue pensada por el legislador para diferenciar los extremos de la relación contractual, sino que resulta un poder bastante limitado y regulado, que ocasionalmente permite a uno de los extremos realizar determinada acción sin la anuencia de la otra parte, pero solo en los casos determinados por la ley, verbigracia los contratos bancarios.

4.2.3 La terminación unilateral del contrato

No obstante la divergencia terminológica, sin lugar a dudas la denominación que mejor se acomoda al derecho colombiano para calificar la ineficacia de un contrato de ejecución sucesiva sin alterar los efectos ya producidos es “terminación”, que es precisamente la que utiliza el legislador nacional. Al añadirle la palabra “unilateral” queremos significar que la ineficacia futura de un contrato es el resultado de la voluntad de uno de los contratantes y no del común acuerdo de las partes (Molina, 2006, p.134). Esta no debe confundirse con la terminación unilateral “por medio de la cual la parte afectada por el incumplimiento de un contrato pone fin a este sin necesidad de acudir al juez” (Molina, la terminación unilateral del contrato por incumplimiento, 2009).

En nuestro ordenamiento jurídico, está prevista la terminación anticipada para la mayoría de contratos cuando no se ha pactado término de duración, siempre que se avise a la otra parte con antelación. No obstante lo anterior, la ley consagra algunos casos excepcionales en los que procede la terminación unilateral en contratos con un plazo definido.

Haciendo un paralelo con la terminación unilateral consagrada en la Ley 80 de 1993, esta no resultaría asimilable con la terminación prevista para los contratos de derecho privado, toda vez que la primera no procede sin motivación, al contrario, la misma ley prevé los casos en los cuales puede ejercerse esta facultad. Otra gran diferencia es que la terminación unilateral “privada” es una facultad que ejerce una de las partes del contrato, pero esa parte puede ser cualquier extremo del contrato, diferente a la terminación unilateral pública, donde esa facultad solo la tiene la Administración.

5. ¿Es requisito la habilitación legal para la determinación e incorporación de cláusulas excepcionales en los contratos sometidos al derecho privado en los que haga parte una entidad estatal?

Como bien se estableció en el capítulo anterior, en los contratos estatales en los que se incorporen cláusulas excepcionales resulta necesaria la expresa habilitación que otorgue la norma en ese sentido. Vimos que para el caso colombiano, esto depende de algunas variables que dispuso el legislador para su aplicabilidad, por lo en su pacto no interviene la autonomía de la voluntad de las partes contractuales en la mayoría de los casos, ya que esto procede solamente cuando la misma norma le da el carácter de facultativas.

Ahora bien, es preciso analizar en esta parte del estudio si esta habilitación legal también es requerida en los contratos sometidos a derecho privado, donde haga parte una entidad estatal, pues si bien ya se determinó que en los contratos privados, donde ambos extremos están sometidos a la misma regulación, no existe alguna figura que se asemeje a las cláusulas excepcionales previstas para los contratos regidos por el derecho público, es necesario establecer qué sucede cuando a pesar de regirse por el derecho privado, en el contrato existe un extremo de naturaleza pública.

5.1. El principio de legalidad como punto de partida

El Estado se encuentra sometido a la normatividad jurídica, que se concreta en uno de los principios motores del Estado de derecho, esto es, el principio de legalidad, entendido como la sujeción al orden jurídico que irremediamente recoge la totalidad de las normas, principios y valores que inspiran un sistema jurídico (Amazo P, 2007, p.188). El principio de legalidad es un

límite tanto para a la actuación del Estado como para el juez de contratos, ya que circunscribe su potestad jurisdiccional al marco definido por la ley, prohibiéndole adoptar decisiones no permitidas por la normatividad propia del negocio jurídico (Urbina S, Acosta R, Durán V, & Palomares G, 2011).

Esto quiere decir que la Administración, tanto en su labor misional como en la parte administrativa y contractual, debe ceñirse estrictamente a lo que la ley le permita hacer, con las prerrogativas y límites que esta le imponga; de igual forma, el juez en su labor decisoria sobre el litigio contractual.

Luego, bajo esta interpretación, si la norma no le otorga la posibilidad a la entidad pública de pactar en un contrato sometido a derecho privado una cláusula excepcional, esta no podría acordarse en el contrato. Sin embargo, recordemos que en los regímenes exceptuados, las personas de derecho público pueden asimilarse a una de derecho privado en su regulación contractual, principalmente por cuestiones de competencia económica, luego, es preciso preguntarnos ¿cómo debe actuar un particular en sus relaciones contractuales? ¿Está sometido solamente a lo que la ley le permite hacer? ¿O tiene la capacidad de ir más allá? Para resolver esta inquietud, resulta necesario referirnos a la autonomía de la voluntad, sus límites y alcance.

5.2 La autonomía de la voluntad privada

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de acercarse a esta importante figura. Por ejemplo, la Corte Constitucional la ha definido como “la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las

buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación” (Colombia, Corte Constitucional, 2013, 11 de diciembre).

De la simple lectura de la definición de autonomía, se puede inferir fácilmente que esta institución jurídica es la que permite afirmar que los particulares tienen la facultad otorgada por la ley de “diseñar” el contrato, de acuerdo con las necesidades que los motiva a celebrarlo.

Al respecto, señala Hinestrosa (2014), que:

Si en algo coinciden las distintas explicaciones del negocio jurídico y de la autonomía privada es en ver aquí el principio y la dimensión de la libertad, que para el caso se expresa principalmente así, ante todo con referencia al contrato, pero en términos que se extienden a las demás figuras negociales:

Libertad de contratar o no contratar; libertad de escoger con quién; libertad de seleccionar la figura más apropiada para el caso; libertad de determinar el contenido de la disposición; a las cuales habría que agregar estas otras, en afán de plenitud expositiva: libertad de celebrar el negocio por sí mismo o por medio de representante, apoderado o interpuesta persona; libertad de forma de actuar o, más derechamente, de expresarse, y libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato (p. 9).

Por su parte, Ospina F & Ospina A (2000) sostienen que los particulares, según su conveniencia, son los llamados a determinar el contenido y alcance de sus actos jurídicos; resaltan que la voluntad privada no es una fuente autónoma de efectos jurídicos y que debe expresarse “legalmente” a fin de que se convierta en ley para las partes, pero aclaran que cuando los actos reúnen todos los requisitos de existencia y validez, sus estipulaciones libremente

consentidas revisten tanto para los agente como para los jueces, fuerza vinculante semejante a la de la propia ley.

Así las cosas, los particulares en la celebración de sus contratos son plenamente autónomos, sin embargo, esta libertad no es total. Como bien indica Palacios M (2007) la actuación de estos “poderes privados” de autonomía requieren ser precisamente limitados por el ordenamiento jurídico pues de no ser así están destinados a degenerar en poderes absolutos y salvajes, lesivos de los intereses generales y paradójicamente de los derechos fundamentales de los propios individuos (p.107).

En síntesis, en un contrato regido por el derecho privado, las partes libremente pueden consentir sus estipulaciones, con las limitaciones que impone el orden público y las buenas costumbres. Ahora nos preguntamos, ¿la voluntad puede suplir la falta de habilitación de la ley para pactar cláusulas excepcionales? Para averiguarlo, resulta preciso indagar sobre el alcance de las aludidas limitaciones.

6. Alcance de la autonomía de la voluntad

Como se mencionó anteriormente, si bien la autonomía de la voluntad es una prerrogativa de las partes en el contrato, esta está condicionada a ciertos límites. Indica Diez-Picazo (1956) que la transformación de la teoría contractual se desenvuelve en dos sentidos: al incidir sobre la libertad contractual o sobre la fuerza obligatoria de los contratos. Por lo que las limitaciones impuestas por la intervención estatal a la autonomía privada se originan en dos vertientes: relaciones jurídicas que no se constituyen autónomamente y relaciones que, sin considerar el modo en que se constituyen, no ven autónomamente determinado un contenido.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1602 del Código Civil señala que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Este artículo, en concordancia con el 16 del mismo Código, constituye el marco normativo general frente al tratamiento que debe tener la voluntad de los contratantes en un negocio jurídico.

Como se explicó anteriormente, los límites impuestos a esta autonomía están dados por los criterios de orden público y buenas costumbres (Hernández F & Guerra C, 2012), así como por la invención de la figura del orden público por parte de los legisladores franceses (Penco, 1996, p. 323-392). Frente a este último, teniendo en cuenta que es un criterio de algún modo etéreo, la finalidad protectora del interés general o social constituye la característica que permite reconocer cuándo nos encontramos frente a un principio jurídico de orden público (Espin C, 1954, pág. 16,17), el cual, según Amorós G (1983, pág. 1141) se clasifican en orden público jurídico y el orden público económico.

Señala Hineirosa (2014), que estos criterios van de la mano con la evolución que tenga la sociedad, al precisar que no hay -ni puede, ni debe haber- leyes que determinen y cristalicen el contenido del orden público o de las buenas costumbres, por cuanto han de ser la expresión de los sentimientos y creencias de su tiempo, prevalecientes en una sociedad dada, y es al juez a quien le incumbe decir en cada caso lo que es *ius cogens* (p.16).

Al ser los sentimientos y creencias criterios en constante cambio, que están atados a variables difíciles de precisar, resulta complejo - y por demás inconveniente-, definir normativamente lo que se considera bueno o malo. Sin embargo, a pesar de ser imprecisos estos

conceptos, lo cierto es que fungen de manera efectiva como límite en la formación de la voluntad, porque hacen parte de la esencia de la sociedad.

Conclusiones

1. En los contratos estatales, la inclusión de cláusulas excepcionales tiene como fin el control de la ejecución del contrato, que en última instancia se justifica en la garantía de consecución del bienestar general; sin embargo, por tratarse de una potestad que le otorga mayor poder al extremo público del contrato, se encuentra expresamente regulada su procedencia, no siendo posible que las entidades públicas a su arbitrio incorporen este tipo de cláusulas en los contratos que celebren, pues para su aplicación siempre requerirán habilitación legal manifiesta.
2. No existe en el derecho privado ninguna figura jurídica que se pueda asimilar a las potestades excepcionales que tiene el Estado, pues esta facultad está dada por el legislador por motivos de conveniencia para el interés general y en virtud del *Ius Imperium*, luego, en las relaciones entre particulares no hay lugar a dotar de una potestad de ese calibre a alguno de los contratantes, atendiendo al hecho que siempre se deben encontrar en un plano de igualdad jurídica, que permita a cada uno satisfacer la necesidad que sirvió de móvil para la celebración del contrato.
3. Cuando en un contrato sometido a derecho privado, existe un extremo de naturaleza pública, es posible el pacto de cláusulas excepcionales a pesar del régimen que los cobija, sin embargo, al igual que en los contratos sometidos a derecho público, esta facultad debe

ser otorgada por la ley, y no se podrá actuar en ese sentido sin la expresa habilitación legal requerida.

4. La autonomía de la voluntad es una figura que encuentra asidero tanto en la contratación pública como en la privada: sin embargo, la mera voluntad de las partes no puede ni sobrepasar, ni suplir, las previsiones legales o la falta de ellas. Las partes son libres de celebrar los acuerdos que más les convengan, pero existen disposiciones generales y especiales que no pueden ser modificadas por los contratantes, así todas las partes se encuentren de acuerdo.

Segundo artículo

ANÁLISIS DE APLICABILIDAD DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS DE ECOPETROL S.A.

Capítulo I

Naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A. y régimen legal de sus actos y contratos

Una vez establecidas las bases teóricas de nuestro estudio, procederemos ahora a abordar el tema desde una óptica mucho más específica. Veremos en esta parte del trabajo, como el marco general esbozado en los capítulos anteriores, se materializa en el análisis de las particularidades de la contratación de Ecopetrol S.A. Pretendemos determinar si en los contratos que suscribe esta empresa hay lugar a la inclusión de cláusulas excepcionales, y de ser procedentes, cuáles son los límites y las condiciones de esta facultad. Iniciaremos con un acercamiento a la naturaleza jurídica de Ecopetrol, para luego adentrarnos en el análisis legal de sus actos y contratos, lo que permitirá que a partir de la clasificación de las actividades que ejecuta, podamos dilucidar el régimen de derecho que resulta aplicable, y por ende, las facultades excepcionales que pueden predicarse.

1. Naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A

De acuerdo con el historiador Tapias C (2012), como resultado de la reversión al Estado Colombiano de la Concesión de Mares, la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol, primera compañía de petróleos del país, asumió los activos revertidos de

la *Tropical Oil Company* el 25 de agosto de 1951, debido a la apertura del primer pozo en La Cira y la ulterior producción del Campo La Cira-Infantas en el Valle Medio del Río Magdalena, ubicado a unos 300 kilómetros al nororiente de Bogotá.

Ecopetrol emprendió actividades en la cadena del petróleo como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, encargada de administrar el recurso hidrocarburífero de la Nación, y creció en la medida en que otras concesiones revirtieron y se incorporaron a su operación (Ecopetrol S.A, 2014).

Normativamente, las medidas para la incursión del Estado en el sector empezaron a registrarse desde antes que se revirtieran efectivamente los activos de la Tropical Oil Company al Estado Colombiano, pues, el legislador de la época, a través de la expedición de la Ley 165 de 1948, autorizó al Gobierno para promover la organización de una empresa colombiana de petróleos, con participación de la Nación y de capital privado nacional y extranjero, que tomara a su cargo las explotaciones petrolíferas de la Concesión de Mares. Vemos entonces como el Estado Colombiano se estaba preparando para esa reversión, que dejaría en cabeza suya todas las actividades que venían desarrollando particulares.

Con respecto a su naturaleza jurídica, el Decreto 062 de 1970 y posteriormente el Decreto 1209 de 1994, coincidieron en señalar que Ecopetrol funcionaba como Empresa Industrial y Comercial del Estado, pero que en su organización interna y en sus relaciones con terceros funcionaría como una sociedad de naturaleza mercantil. Observamos que desde su creación, el régimen de esta empresa ha sido de carácter privado, a pesar de su naturaleza pública, siendo el legislador consecuente con las dinámicas del sector que nunca han permitido un régimen diferente.

En el año 2003, en ejercicio de facultades extraordinarias, el Presidente de la República expidió el Decreto Extraordinario 1760, por medio del cual se escindió la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modificó su estructura orgánica y se creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A, trasladándosele la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación a la ANH, y la tarea de diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, entre otras.

Señaló el mencionado Decreto que, Ecopetrol quedaría organizada como sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Se determinó que sus objetivos serían la exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, de las áreas que hasta esa fecha estuvieren siendo operadas directamente y de aquellas otras que le fueran asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, así como la refinación, procesamiento, distribución, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos, derivados y productos en el territorio nacional y en el exterior, y la realización de cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores.

Finalmente, tuvo lugar la expedición de la Ley 1118 de 2006, que en su artículo primero, autorizó a la sociedad la emisión de acciones para que fueran colocadas en el mercado, señalando que una vez colocadas, total o parcialmente, la sociedad quedaría organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y

Energía. Este proceso de capitalización autorizado debería garantizar que la Nación conservara como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación, con derecho a voto⁵.

Teniendo en cuenta que el proceso de democratización de las acciones de Ecopetrol S.A se cumplió a satisfacción en el año 2007, hoy día podemos afirmar con certeza que Ecopetrol S.A. es una Sociedad de Economía Mixta, la cual se encuentra regida por sus estatutos sociales, contenidos en la Escritura Pública No. 5314 del 14 de diciembre de 2007, modificados por la Escritura Pública No. 560 del 23 de Mayo de 2001, la Escritura Pública No. 666 del 7 de mayo de 2013 y la Escritura Pública No. 1049 del 19 de Mayo de 2015.

Conocida entonces la naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., es necesario ahora preguntarnos ¿Cuál es el régimen legal que orienta los actos y contratos de Ecopetrol? La normatividad señala que su régimen será de derecho privado, pero dada su naturaleza pública, es preciso insistir ¿todos los actos y contratos de la empresa están sometidos al derecho privado? ¿Existe algún factor diferenciador que incida en la determinación de su régimen? A continuación lo veremos.

2. Régimen legal de los actos y contratos de Ecopetrol S.A

El régimen legal al que se someten los actos y contratos de Ecopetrol S.A se encuentra contenido en la Ley 1118 de 2006, que en su artículo 6 indica:

⁵ Sobre la evolución normativa de ECOPETROL remitimos al juicioso estudio realizado por la Corte Constitucional, en Sentencia C – 722 del 12 de Septiembre de 2007. M.P. Clara Inés Vargas.

Artículo 6.- Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

Como vemos, el legislador determinó que el régimen al que se sometería Ecopetrol sería de derecho privado, no obstante su capital mayoritariamente público. Esta previsión encuentra respaldo en las disposiciones que frente al particular trae la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 13 prevé la existencia de regímenes diferentes al establecido en el Estatuto General de Contratación, sometiéndolos en todo caso a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a la contratación estatal. Así mismo, se sustenta también en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, a través del cual se modificó el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual señala lo siguiente:

Artículo 93. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción

de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes (Destacado por fuera del texto original).

Sobre el régimen de Derecho Privado al cual se encuentran sometida la actividad comercial de Ecopetrol S.A, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

En este orden de ideas, sobra decir que en atención a la actividad industrial y comercial cuya operación se ha encargado a Ecopetrol, ésta desarrolla su objeto social como parte del mercado petrolero y de los hidrocarburos y configura una actividad de carácter mercantil que no administrativa, pues no se trata del ejercicio de una función pública administrativa.

Entonces, es en razón a la especialidad de la operación desplegada por Ecopetrol (exploración, explotación y comercialización del petróleo, sus derivados y afines), así como de la complejidad, exigencias y costos que presenta el mercado de los hidrocarburos, que el mismo Estado la exonera del régimen administrativo y contractual público (salvo las excepciones legales), para someterla a un régimen especial que se nutre de las reglas propias del Derecho privado – comercial e incluso civil donde prevalece la voluntad de las partes y la observancia de la buena fe

contractual. En cuanto que éste es el régimen jurídico natural de las relaciones jurídicas del mercado.

De manera que no se acude al Derecho público ya que no se trata de gobernar una función administrativa sino una actividad comercial y mercantil que requiere alcanzar mercados e inversiones privadas, nacionales y extranjeras, en donde la rigidez del Derecho público no encuentra cabida y limitaría su marco de acción efectiva frente a la competencia del sector petrolero (Colombia, Consejo de Estado, 2016, 24 de agosto).

La exclusión de algunos entes estatales de las disposiciones del derecho administrativo ha sido abiertamente discutida y se ha creado cierta resistencia a la entera aplicación de un régimen privado. En principio, se entiende que, para el caso en estudio, la razón por la cual se omite la sujeción al derecho público es por la naturaleza de la actividad que desarrolla la empresa, la cual se ejecuta en competencia con el sector privado. Esto tiene sentido si se piensa que al igual que las empresas privadas, las de naturaleza pública también tienen fines económicos, por lo cual, en principio podría suponerse que la aplicación de un régimen de derecho público limitaría la actividad mercantil, sujetándola al cumplimiento de etapas y disposiciones que no fueron pensadas para actuar en un mercado competido. Sin embargo, autores como García de Enterría & Fernández (1998) consideran que no puede tratarse de una abdicación del derecho público en la regulación de la administración; mas bien de la utilización por esta, instrumentalmente, de técnicas ofrecidas por el derecho privado como un medio práctico de ampliar su acción social y económica (pp. 395, 396).

Es esto lo que tratamos de desentrañar, si Ecopetrol S.A está regido enteramente por disposiciones de carácter privado, o en algunos aspectos se rige, o debería regirse, por el derecho público.

Para ello, retomaremos lo señalado en el precitado artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, haciendo énfasis en la condición que la misma norma señala para que los actos y contratos se puedan someter al derecho privado, esto es, que las actividades sean necesarias para la administración y el desarrollo de su objeto social.

De conformidad con lo dispuesto en los estatutos sociales de la empresa, el objeto social de Ecopetrol S.A es:

Artículo Cuarto: Objeto Social.- El objeto social de ECOPETROL S.A. es el desarrollo, en Colombia o en el exterior, de actividades comerciales o industriales correspondientes o relacionadas con la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos. Adicionalmente, forman parte del objeto social de ECOPETROL S.A.: 1) La administración y manejo de todos los bienes muebles e inmuebles que revirtieron al Estado a la terminación de la antigua Concesión De Mares. Sobre tales bienes tendrá, además, las facultades dispositivas previstas en la ley. 2) La exploración y explotación de hidrocarburos en áreas o campos petroleros que, antes del 1º de enero de 2004: a) se encontraban vinculadas a contratos ya suscritos o, b) estaban siendo operadas directamente por ECOPETROL S.A. 3) La exploración y explotación de las áreas o campos petroleros que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH-. 4) Exploración y explotación de hidrocarburos en el exterior, directamente

o a través de contratos celebrados con terceros. 5) Refinación, procesamiento y cualquier otro proceso industrial o petroquímico de los hidrocarburos, sus derivados, productos o afines, en instalaciones propias o de terceros, en el territorio nacional y en el exterior. 6) Compra, venta, importación, exportación, procesamiento, almacenamiento, mezcla, distribución, comercialización, industrialización, y/o venta de hidrocarburos, sus derivados, productos y afines, en Colombia y en el exterior. 7) Transporte y almacenamiento de hidrocarburos, sus derivados, productos y afines, a través de sistemas de transporte o almacenamiento propios o de terceros, en el territorio nacional y en el exterior, con excepción del transporte comercial de gas natural en el territorio nacional. 8) Realizar la investigación, desarrollo y comercialización de fuentes convencionales y alternas de energía. 9) Realizar la producción, mezcla, almacenamiento, transporte y comercialización de componentes oxigenantes y biocombustibles. 10) Realizar la operación portuaria. 11) Realizar cualquier actividad complementaria, conexa o útil para el desarrollo de las anteriores. 12) Garantizar obligaciones ajenas cuando ello sea estrictamente necesario dentro del giro de sus negocios y en el marco de su objeto social, previa autorización de su Junta Directiva. 13) A solicitud de los accionistas podrá apoyar, promover y gerenciar los programas de democratización accionaria de ECOPETROL, conforme lo dispongan las normas aplicables sobre la materia. Para tales efectos podrá celebrar y hacer parte de acuerdos y convenios en virtud de los cuales se le asignan responsabilidades generales o particulares, según convengan a los intereses del accionista y de la respectiva transacción. (Ecopetrol S.A, 2011).

Entendemos que todos los actos y contratos que celebre Ecopetrol S.A deben estar encaminados a la administración y desarrollo del objeto social que acabamos de ver, luego, cualquier actividad que no tuviera esta finalidad, no debería estar amparada bajo las normas del derecho privado. Teniendo en cuenta este importante condicionamiento, resulta prudente dilucidar hasta dónde podemos entender que una actividad administra o desarrolla el objeto social de Ecopetrol.

No resulta fácil entrar a definir cuándo si o cuándo no estamos en presencia de actividades encaminadas a la administración o desarrollo del objeto social de la empresa, de hecho sería imposible listar cada una de las actividades que tendrían una relación directa. Lo que pretendemos es dejar claro que la interpretación que se dé en cada caso particular debe estar apoyada en un criterio objetivo que permita establecer de manera razonable la relación entre el objeto a contratar y el objeto de la empresa. Hay que recordar que de esto depende la aplicación de un régimen o de otro.

Partimos de la base que de acuerdo con el Manual de Contratación de Ecopetrol S.A., todas sus actividades están sometidas a un régimen de derecho privado. El numeral 3.3 del mismo, indica de forma clara que el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, le impone a Ecopetrol S.A adelantar sus actuaciones contractuales a partir de los principios y reglas que fundamentan el derecho privado, y los principios que establezca, que tengan en cuenta y estén acordes con las características de las actividades que desarrolla ECOPETROL S.A como agente económico que interactúa en condiciones de igualdad y competitividad en el sector energético (Ecopetrol S.A, 2016), pero, como ya se dejó claro, el legislador no fue tan contundente al afirmar esto, pues lo sometió a que las actividades deberían estar encaminadas a la administración o desarrollo de su objeto. Esto desata una inquietud, ¿Qué pasa con las actividades que no están taxativamente

señaladas en el artículo 4° de los estatutos sociales? ¿Cómo se puede establecer si tiene o no relación una actividad secundaria con la principal?

Un buen punto de partida, es entender la connotación y alcance de los dos verbos que trae la norma. La palabra administrar tiene varias acepciones. Entre ellas, suministrar, proporcionar o distribuir algo, o, graduar o dosificar algo para obtener el mayor rendimiento de ello (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2017). Igual ejercicio podemos hacer con el verbo desarrollar, el cual se encuentra definido como la acción de realizar o llevar a cabo algo (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2017). Es importante la claridad sobre el alcance de cada uno de los dos verbos, y sobre la interpretación que se le puede dar, porque requiriendo la norma un ejercicio de adecuación del objeto a contratar a las actividades de administración o desarrollo del objeto social de la empresa, si es fundamental que el destinatario de la norma tenga claro, aunque sea semánticamente, el límite de su capacidad interpretativa.

Como lo ha precisado la Sala de Consulta y Servicio Civil, la tarea del intérprete jurídico, consiste en identificar y, para cada caso en particular, determinar el alcance del régimen especial previsto en la ley, a fin de garantizar la competitividad y eficiencia en el desarrollo de esas actividades. Sin embargo, la interpretación de estas normas, tampoco puede convertirse en un pretexto para promover “atajos” que permitan a estas entidades sustraerse totalmente del régimen de la ley de contratación pública y por esta vía, agravar uno de los problemas que sistemáticamente se ha presentado en la aplicación de la normatividad expedida en esta materia (Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2003, 29 de mayo).

Frente al particular, el profesor Dromi (1996), ha señalado lo siguiente:

Las empresas del Estado constituyen otra modalidad de empresa pública. Son entidades estatales descentralizadas que realizan actividades de índole comercial o industrial, organizadas bajo un régimen jurídico mixto, semi administrativo, y regidas alternativamente por el derecho público o por el derecho privado, según la naturaleza de sus actos.

... las empresas del Estado quedan sometidas al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas (comerciales e industriales), y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que estuviere a su cargo. Es decir, la normativa prevé la duplicidad de régimen fundada en la distinción entre actividades específicas y actividades de servicio público de la empresa que se regirán por el derecho privado y el derecho público respectivamente.

En caso de duda acerca de si sus actos y contratos son administrativos o civiles o comerciales, se deberá compulsar las previsiones normativas de los estatutos orgánicos y regímenes internos de las empresas del Estado, pero además habrá que tomar en cuenta la verdadera naturaleza intrínseca de ella y la clase de actividad que concretamente despliegue. (Destacado por fuera del texto original).

De lo expresado por el autor, en el caso particular podemos rescatar para nuestro análisis lo señalado frente a las dudas respecto del régimen aplicable. En teoría, esa duda no debería existir para el caso en comento, pues la norma de manera directa no deja la puerta abierta a la aplicación de un régimen de derecho público, sin embargo, resulta crucial para esta investigación determinar el alcance de las previsiones de la ley, en tanto demanda una actividad interpretativa del destinatario de la misma. En nuestro criterio, el elemento diferenciador para definir el

régimen aplicable a aquellas actividades que se encuentran en una zona gris, por no estar taxativamente indicadas en el objeto social, está enmarcado en la necesidad o dependencia de la actividad principal respecto de la secundaria. Si resulta que sin la segunda, se dificulta, obstaculiza o imposibilita el desarrollo de la primera, aquella podrá denominarse como necesaria. Si en cambio, sin la segunda puede seguir existiendo la primera, y no afecta su desarrollo o materialización, la misma no es necesaria y por ende debería sujetarse a un régimen de derecho público. Si bien la norma expresamente no exige este análisis, consideramos que de una lectura más detallada de la misma, podemos afirmar que sí resulta necesario.

La conclusión no puede ser otra que, Ecopetrol S.A está sometido en sus actos y contratos a las disposiciones vigentes en el derecho privado, primero, porque así lo dispuso el legislador, y segundo, porque la naturaleza de su actividad se desarrolla en competencia con el sector privado, pero, para dar aplicación a este régimen, en nuestro concepto, siempre deberá realizarse un juicio de valor que permita establecer la dependencia de la actividad principal respecto de la secundaria, y en caso de no poder establecer el nexo, debería replantearse el régimen aplicable.

3. Tipología contractual

Teniendo clara la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable, pasamos ahora a revisar los diferentes tipos de contrato que en el marco de la administración o desarrollo del objeto social, puede suscribir Ecopetrol S.A.

Las normas citadas en nuestro estudio no contienen una tipología contractual, por lo que, en ejercicio del derecho de petición y en desarrollo de nuestra investigación, acudimos ante Ecopetrol S.A, quien sobre el particular y en respuesta, manifestó lo siguiente:

... en Ecopetrol S.A. no existe una tipología contractual, pues tal como lo indica el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones de Ecopetrol, están sometidos al derecho privado (entiéndase derecho comercial y civil, según sea el caso), y, en esta medida, podrá celebrar todo tipo de acto o contrato que resulte y sea necesario para el cumplimiento de su actividad comercial e industrial, así como adoptar las acciones para el direccionamiento de la organización, todo ello dentro del límite de su objeto social, pudiendo acudir a figuras contractuales tanto nominadas como innominadas, típicas como atípicas, de acuerdo con la necesidad (Ecopetrol S.A, 2017).

A pesar de aquello, resulta necesario para nuestro estudio llevar a cabo el análisis de los modelos más recurrentes en la actividad de la empresa. Por esto, realizaremos una referencia a las figuras contractuales establecidas en el Manual de Contratación de la empresa, para luego estudiar los contratos que en virtud de la actividad petrolera puede celebrar Ecopetrol S.A, es decir, los atinentes a la exploración y explotación de hidrocarburos⁶.

3.1 Figuras contractuales de acuerdo con el Manual de Contratación de Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A. diferencia la regulación de sus contratos dependiendo si hacen o no parte del proceso de abastecimiento de bienes y servicios. Si hacen parte de este proceso, se rigen por las disposiciones del manual de contratación interno, y abarcan una serie de etapas que para el

⁶ Es preciso recordar que si bien la actividad de exploración y explotación se trasladó a la ANH con la expedición del Decreto Ley 1760 de 2003, Ecopetrol S.A conserva la competencia para llevar a cabo la exploración y explotación de hidrocarburos en áreas o campos petroleros que, antes del 1º de enero de 2004: a) se encontraban vinculadas a contratos ya suscritos o, b) estaban siendo operadas directamente por ECOPETROL S.A. También sobre la exploración y explotación de las áreas o campos petroleros que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, y la que se lleve a cabo en el exterior, directamente o a través de contratos celebrados con terceros.

efecto allí se definen. Por el contrario, si la actividad contractual no se considera parte de aquel proceso, las disposiciones del manual no aplicarán, pero podrán ser utilizadas como guía.

El proceso de abastecimiento comprende la planeación estratégica del aprovisionamiento de bienes o servicios, el alistamiento y la gestión de los proveedores de bienes y servicios, el aprovisionamiento anticipado y ajustado a una estrategia, la supervisión y gestión diferenciada de los contratos (Manual de Contratación Ecopetrol S.A, 2016, pp. 5,6).

Las figuras contractuales que utiliza Ecopetrol, están basadas en la matriz de posicionamiento de aprovisionamiento, donde se clasifican los bienes y servicios de acuerdo al riesgo, impacto y gasto en la operación. Dependiendo del cuadrante donde terminen ubicados (rutinarios, necesarios, habilitadores o críticos) se implementa el mecanismo de escogencia y se define el tipo de contrato a celebrar; estas figuras se clasifican así:

- *Acuerdo de bases económicas:* Acuerdo que suscribe Ecopetrol con un proveedor donde se incluyen precios y condiciones técnicas para una contratación futura. No constituye un contrato. Su ejecución se hace a través de órdenes de compra o servicios.
- *Contratación ágil:* Procede para la adquisición de bienes y servicios rutinarios. Se desarrolla generalmente a través de llamadas telefónicas, compra en almacenes de grandes superficies o especializados, o mediante el uso de tarjeta de crédito.
- *Contratación de emergencia:* Busca responder a las necesidades de manera inmediata, cuando se presenten circunstancias que amenacen la explotación o producción de hidrocarburos, refinación o el abastecimiento de combustibles en general; o cuando amenacen la continuidad o seguridad de la operación, del personal, instalaciones, plantas o equipos.

- *Contratación por necesidades imprevisibles:* Procede cuando el aprovisionamiento se requiere inmediatamente, por una necesidad que no pudo ser atendida antes, por ser imprevisible.
- *Acuerdo marco con negociación:* Se utiliza para contratar a largo plazo categorías clave de bienes o servicios. Se desarrolla mediante órdenes de compra o servicios puntuales, con plazo y precio asociados.
- *Acuerdo marco sin negociación:* Procede para contratar a largo plazo categorías de bienes o servicios de precio inelástico y de baja competencia. Se desarrolla mediante órdenes de compra o servicios puntuales, con plazo y precio asociados.
- *Contratación puntual:* Se utiliza para compras sin instrumento de anticipación, pero no correspondiente a la contratación por necesidades imprevisibles o contratación de emergencia.
- *Lista de precios unitarios fijos:* Documento elaborado por Ecopetrol S.A, que consigna el valor unitario de cada uno de los ítems relacionados con una actividad, y que aplica durante un período determinado.

En cuanto a la tipología contractual, encontramos que, al igual que cualquier persona, natural o jurídica, Ecopetrol S.A celebra todo tipo de contratos, dependiendo de la necesidad que pretenda satisfacer, apalancándose en los procedimientos o figuras contractuales ya señaladas. En este sentido, podemos deducir que Ecopetrol S.A aplica su propio régimen de contratación en cuanto a la selección de sus contratistas o proveedores, y que no diferencia en su Manual el régimen legal que aplica a los contratos que celebra para desarrollar su objeto social de los que no tienen relación con el mismo. Podría entonces afirmarse que para Ecopetrol, cualquier

actividad que desarrolle, sea técnica, administrativa o de cualquier otra índole, tienen relación con el objeto social, pues no establece clasificación alguna al respecto.

Esto en lo que respecta al Manual de Contratación, que como ya se dejó claro, aplica para ciertas categorías de bienes o servicios. Sin embargo, hay contrataciones que no se sujetan a sus disposiciones. Entre ellas tenemos:

- Contratos de colaboración, asociación o participación, alianzas estratégicas o contratos societarios de cualquier tipo, que tengan por finalidad el desarrollo del objeto social de Ecopetrol S.A.
- Convenios.
- Cuando Ecopetrol S.A actúe como contratista, o subcontrate para cumplir con sus obligaciones como contratista.
- Cuando se trate de compra y venta de materias primas y productos (hidrocarburos, derivados y productos, fuentes convencionales y alternativas de energía, componentes oxigenantes y biocombustibles).
- Cuando se trate de operaciones financieras, gestión de las personas y la organización, contratos de asociación, inversión y desinversión de activos.

Para conocer el régimen aplicable a los contratos de exploración y explotación, que no se regulan en el Manual de Contratación, veremos a continuación sus particularidades.

3.2 Tipos contractuales para la exploración y explotación de hidrocarburos

Como advertimos al principio, es de nuestro interés profundizar en la contratación que Ecopetrol S.A lleva a cabo en virtud de la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos.

Como sabemos, estas actividades, antes de la creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se llevaban a cabo por Ecopetrol S.A directamente, o a través de asociación con empresas nacionales o extranjeras, privadas o estatales. Cabe resaltar que este modelo de contrato fue abolido para dar paso al nuevo modelo de contrato E&P desarrollado por la ANH, que ahora se ofrece para otorgar nuevos bloques a las compañías petroleras, basado en un sistema de regalías/ impuestos, que presenta diferencias y avances fundamentales en comparación con el contrato de asociación anterior (Unidad de Planeación Minero Energética, 2017). Sin embargo, teniendo en cuenta que este modelo se empezó a implementar con ocasión de la expedición del Decreto Ley 1760 de 2003, pero que existen contratos de asociación celebrados con anterioridad y que a la fecha continúan vigentes, resulta necesario referirnos a esta figura, pues la competencia respecto de estos continúa siendo de Ecopetrol S.A.

A continuación, enunciaremos uno por uno los sistemas de contratación para exploración y explotación de hidrocarburos ofrecidos en su momento por la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol:

- *Contrato de asociación por adhesión:* Tiene una duración de 28 años, con posibilidad de extender la operación de los campos por un término adicional. En el caso que en desarrollo del contrato de asociación se descubran hidrocarburos gaseosos, la duración máxima puede ser de hasta 40 años. Se divide en período de exploración, cuya duración inicial es de 3 años, prorrogable por otros 3, y período de explotación, por un lapso de 22 años. La distribución de la producción, luego de deducido el 20% de regalías, es 50% para Ecopetrol y 50% para la compañía asociada.

- *Contrato de asociación para áreas inactivas:* Se aplica el mismo esquema básico del contrato de asociación en cuanto a su administración, control y términos para hidrocarburos líquidos y gaseosos, aunque por los factores económicos y de riesgo de estas áreas el modelo contractual contempla la ampliación del período de exploración a 8 años y el aumento en período de explotación hasta 27 años en hidrocarburos líquidos y hasta 30 en los gaseosos. La asignación de los contratos se efectúa a través de procesos de subasta.
- *Contrato de riesgo compartido en áreas de Ecopetrol:* Tiene por objeto flexibilizar la participación de Ecopetrol en la exploración de áreas que le han sido asignadas para su operación directa. Esta modalidad se basa en el contrato de asociación por adhesión, con la diferencia que Ecopetrol participa con el 50% de las inversiones en exploración, y es el operador tanto en exploración como en explotación, con la posibilidad de otorgarle al socio privado la operación del contrato. La adjudicación se hace mediante procesos competitivos en los cuales las compañías interesadas ofrecen un porcentaje de su producción a Ecopetrol, sobre la base del 50%.
- *Contrato para áreas con potencial para campos menores:* Esta figura se desarrolló con el fin de motivar una mayor prospección de las áreas donde existe potencial para el descubrimiento de campos pequeños y que por sus condiciones pueden ser de interés para compañías petroleras nacionales y extranjeras. Para esto Ecopetrol identificará bloques prospectivos y áreas con potencial para campos pequeños. Se programarán proceso de subasta donde las compañías adelantaran por su cuenta el 100 % de las inversiones en exploración. La base

para su adjudicación será un porcentaje de participación de Ecopetrol no menor al 5%. Las regalías se mantienen en un 20% de la producción total (Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, 1998).

Como vemos, la regulación de cada una de las figuras contractuales para la asociación en las actividades de exploración y explotación, es absolutamente particular y enteramente sometida al derecho privado. Así lo reafirma el Documento Conpes 3245 que, además de manifestar que el régimen de estos contratos es de carácter privado, señala que en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden ajustar sus elementos dependiendo de las condiciones fácticas, técnicas y económicas que se presenten (Documento Conpes 3245, 2003). Esto nos permite afirmar que no solo es un contrato privado, sino que además no es un contrato con cláusulas pétreas, y si se quiere, los términos iniciales del mismo pueden modificarse.

Visto de este modo, y abordadas las principales formas contractuales que desarrolla Ecopetrol S.A, encontramos que en la práctica todas se someten a las reglas del derecho privado. Esto tiene sentido en cuanto a los contratos referidos a la actividad exploratoria y de explotación, y en general a las propias de su actividad comercial, no siendo tanto así frente a las demás, pues no hay un criterio establecido que permita determinar la relación de los bienes o servicios requeridos con el objeto social de la empresa. Frente a esto, quisimos proponer un racero más objetivo para establecer esa relación, sin embargo, no deja de ser un ejercicio netamente académico, pues en la práctica, Ecopetrol no distingue actividades, y todas sus formas contractuales se desarrollan en el marco de su Manual de Contratación y de las disposiciones civiles y comerciales para cada tipología.

Consideramos que, en principio, bienes y servicios requeridos, por ejemplo, para el funcionamiento administrativo de la empresa (v.gr. papelería, vigilancia, aseo y cafetería,

mantenimientos o reparaciones locativas, etc.) están lejos de tener una relación de necesidad o dependencia con alguna de las actividades enmarcadas en el objeto social, y frente a estas debería aplicarse un régimen de derecho público.

Siendo esta nuestra posición, no podemos obviar que la intención del legislador no fue la de someter a un doble régimen a la empresa, todo lo contrario, buscaba la unificación de las disposiciones en materia de sus actos y contratos para hacer más eficientes y expeditos sus procedimientos, la satisfacción de sus necesidades y la celebración de sus negocios, sin embargo, insistimos sobre el hecho que la relación entre la actividad objeto del contrato y como esta está ligada al desarrollo o administración del objeto social de la empresa, debe estar claramente dilucidada, pues la correspondencia entre esta dos es requisito *sine qua non* para la aplicación del régimen exceptuado.

Capítulo II

Pacto de cláusulas excepcionales en los contratos de Ecopetrol S.A

Contando con los elementos necesarios para poder resolver nuestro problema jurídico, llegó el momento de referirnos específicamente a la procedencia o no de la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos de Ecopetrol S.A. Ya pasamos por el estudio general de las cláusulas como figura jurídica, establecimos su clasificación, requisitos, efectos y condiciones particulares. También conocemos el régimen de derecho de Ecopetrol, la forma como contrata sus bienes y servicios y lo relacionado con los contratos de asociación, directamente ligados a la actividad petrolera. Veremos entonces en este capítulo si efectivamente Ecopetrol S.A. tiene facultades excepcionales frente a sus contratistas por el hecho de ser una Entidad Estatal, o si por

el contrario, no puede ejercer este tipo de potestades y sus relaciones contractuales se manejan en condiciones de igualdad plena, por el hecho de estar sometido a un régimen de derecho privado.

4. Presupuesto de habilitación legal y finalidad de pactar cláusulas excepcionales

La incorporación de cláusulas excepcionales en los contratos, como ya vimos, debe estar antecedida de una habilitación expresa que en ese sentido brinde la ley. No pueden existir disposiciones de este tipo en un contrato, donde solo se justifique en la autonomía de la voluntad de las partes, pues también ya quedó claro que esta no es una facultad que surja por la intencionalidad de los sujeto contractuales, sino que está directamente relacionada con las potestades de poder público que se predicen del Estado, por su papel de garante del orden público o social y de los derechos de la colectividad.

También vimos que el pacto de este tipo de cláusulas es común en los contratos de derecho público, pero no en los de derecho privado, incluso, algunos doctrinantes llegan a considerar ilegal la presencia de aquellas en estos últimos.

Si Ecopetrol S.A es una sociedad de economía mixta, con participación mayoritaria del Estado, es correcto afirmar que por ser una Entidad de naturaleza pública, podría poseer facultades excepcionales de cara a los contratos que celebre, sin embargo, la misma ley le asigna un régimen de derecho privado, luego, sus contratos ya no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que se rigen por disposiciones particulares. Al pertenecer a un régimen de derecho privado, es vital entonces preguntarnos, ¿existe habilitación legal para que Ecopetrol S.A incorpore en sus contratos cláusulas excepcionales? A continuación lo estudiaremos.

4.1 Las disposiciones de la Ley 80 de 1993

No existe norma alguna que introduzca directa y expresamente una autorización a Ecopetrol S.A de pactar en sus contratos cláusulas excepcionales, sin embargo, la Ley 80 de 1993 sí incorporó un artículo relativo a los contratos de exploración y explotación de recursos naturales; señala lo siguiente:

Artículo 76°.- De los Contratos de Exploración y Explotación de los Recursos Naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos (Resaltado por fuera del texto original).

Ese artículo claramente brinda la posibilidad a Entidades que celebren contratos para la exploración y explotación de recursos naturales, que lleven a cabo las actividades para su comercialización, y/o que desarrollen labores industriales y comerciales propias de sus funciones, de introducir en sus manuales de contratación las disposiciones relativas a sus contratos, entre estas, las cláusulas excepcionales que podrán aplicarse.

Esto quiere decir que Ecopetrol S.A, quien, como ya vimos, tiene dentro de sus competencias estas funciones, podría atribuirse, a través de su manual de contratación, la facultad de pactar estas cláusulas en sus contratos, con la finalidad de ejercer el adecuado control a sus contratos y contar con herramientas jurídicas que le permitan velar por el cumplimiento de los mismos.

Esta disposición particular ha sido objeto de pronunciamientos por parte de las altas cortes. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-949 del 2001 se pronunció sobre su exequibilidad, señalando:

Tampoco se encuentra reparo alguno de constitucionalidad a la facultad de las entidades dedicadas a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales y demás actividades enunciadas en la norma bajo análisis, de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, puesto que simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la Ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que

les ha sido encomendada por la ley (Colombia, Corte Constitucional, 2001, 5 de septiembre).

Como vemos, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 aprobó el examen de constitucionalidad, encontrándose ajustado a nuestra Carta Magna. Por ende, podríamos afirmar que las entidades públicas que en su objeto social señalen las actividades que enuncia el citado artículo, tienen la facultad de incorporar en sus contratos cláusulas excepcionales, lo cual no riñe con ningún principio de orden superior.

Esto nos permite aseverar que efectivamente existe una habilitación legal por virtud de la norma comentada, para que Ecopetrol S.A incorpore en sus contratos cláusulas excepcionales, a pesar de encontrarse sometido a un régimen de derecho privado.

Sin embargo, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa no ha sido tan claro al momento de referirse a las facultades excepcionales que podría tener Ecopetrol S.A, pues ha manifestado posturas contrarias, como a continuación veremos.

4.2 La posición contradictoria del Consejo de Estado

Como lo manifestamos, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diferentes ocasiones frente al particular. Una de ellas, a través de concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 8 de septiembre de 2005, en el que indicó:

Los procedimientos que se adopten por las entidades estatales competentes, en los términos del artículo 76 de la ley 80, deben desarrollar, como lo afirma la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001, el deber de selección objetiva y los principios consignados en la ley 80 de 1993 con el fin de que le permita contar

con mecanismos adecuados para competir en el mercado en igualdad de oportunidades frente a los demás agentes económicos, se insiste, dando cumplimiento a los principios sin sacrificar su eficiencia.

Hace notar la Sala que la facultad del artículo 76 que se analiza no consiste en reglamentar los artículos 24 a 30 de la ley 80 de 1993. Se está en presencia de una atribución especial derivada de la “autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada” según lo expuso con toda claridad la Corte Constitucional en la sentencia citada, que le permite dictar sus propios procedimientos de selección de contratistas, los trámites, las cuantías y las cláusulas excepcionales que se puedan aplicar, cumpliendo los principios, para obtener los resultados económicos queridos por el legislador. (Resaltado fuera de texto)

... Bajo estos presupuestos, en concepto de la Sala, el procedimiento de contratación que tenga por objeto la prestación de servicios y de consultoría para apoyar la gestión comercial de ECOPETROL, entre los cuales, se incluyen los que tienen por objeto la identificación de estrategias comerciales, el desarrollo de la logística de compras, estrategias de mercado, consolidación de economías de escala, el soporte en la realización de análisis de mercado, preselección de proveedores, inteligencia en abastecimiento, se rigen por el estatuto interno de contratación de la sociedad y en la parte sustancial por las disposiciones comerciales que ordenan la materia... (Colombia, Consejo de Estado, 2005, 8 de septiembre).

Ese pronunciamiento deja claro que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 permite a las Entidades que se enmarquen en las condiciones del mismo, señalar en sus manuales de contratación, entre otros aspectos, las cláusulas excepcionales que se pueden aplicar.

Sin embargo, en sus más recientes pronunciamientos acerca de la posibilidad de incorporar estas cláusulas en los contratos que celebre Ecopetrol S.A., encontramos una posición del Consejo de Estado diametralmente opuesta. Es así como en decisión preliminar adoptada (auto interlocutorio), esa Corporación, manifestó:

Teniendo en cuenta que las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato establecían que Ecopetrol S.A. se sometería a las reglas del derecho privado en los contratos y actuaciones que administraran o desarrollaran su objeto social, sin que la ley u otras normas de igual o superior jerarquía establecieran excepciones a esta regla distintas a la aplicación de los principios propios de la función pública y al sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y que en el presente caso el objeto del contrato N.º 401862 tenía relación con la administración del objeto social de la entidad contratante toda vez que consistió en realizar obras de recubrimiento en la refinería de Barrancabermeja, resulta claro para la Sala que en el contrato objeto de discusión no podían ser pactadas las cláusulas excepcionales al derecho común consagradas en el Estatuto General de Contratación Estatal por inexistencia de habilitación legal expresa, pues aunque se hicieron extensibles los principios propios de la función pública a las actuaciones de las entidades sometidas a regímenes exceptuados o especiales, estos principios no pueden dar lugar a la aplicación de las cláusulas excepcionales o exorbitantes del régimen público

porque su consagración escrita no establece esa facultad, requisito indispensable para el ejercicio de las potestades excepcionales o exorbitantes.

Si bien es cierto Ecopetrol S.A. es una entidad de naturaleza pública en los términos del artículo 30 de la Ley 489 de 1998, no se puede pasar por alto que fue deseo del legislador que el desarrollo de su objeto social se efectuara en igualdad de condiciones con los particulares sujetándose a las reglas del derecho común, en las que, por regla general, no existe la prerrogativa o poder excepcional de hacer cumplir de manera unilateral las disposiciones pactadas en el contrato, de ahí que también pueda considerarse que el ejercicio del poder exorbitante de hacer cumplir las cláusulas de manera unilateral supone la vulneración al principio de legalidad cuando es ejercida por una entidad pública sometida al derecho común. (Resaltado por fuera del texto original) (Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, 2014, 20 de febrero).

Como vemos, el Consejo de Estado determinó que Ecopetrol S.A. no contaba con habilitación legal para incluir cláusulas excepcionales en sus contratos, y que, por encontrarse sometida al derecho privado, su pacto y efectividad vulnera el principio de legalidad.

Lo particular en este último análisis es que la Corporación no tuvo en cuenta las disposiciones del artículo 76 de la Ley 80 de 1993. Esto, en nuestra opinión, incidió de manera directa en la conclusión a la que arribó, pues se partió de la base que por encontrarse Ecopetrol S.A. sometido en sus actos y contratos a las disposiciones del derecho privado, no había lugar al ejercicio de una cláusula excepcional, afirmando categóricamente que la empresa no contaba con

habilitación legal para hacerlo. Esta posición del Consejo de Estado, en nuestro sentir, es errónea, pues para fijarla no valoró todos los elementos que permitieran un juicio jurídicamente más sustentado. Consideramos que, la solución al planteamiento que resolvía el alto tribunal en ese momento pudo ser diferente, pues debió sopesar en su análisis la facultad contenida en el artículo 76 y, en lugar de examinar el régimen de derecho privado que regía a la empresa por virtud de la Ley 1118 de 2006, el estudio debió centrarse en la naturaleza del contrato versus las condiciones establecidas en el mencionado artículo para su aplicación.

Vale señalar en este punto que, los dos pronunciamientos mencionados no son definitivos, razón de más para atrevernos a cuestionar su contenido y analizar la temática desde la academia.

Ahora bien, si de acuerdo con nuestra hipótesis, el pacto de cláusulas excepcionales es posible en los contratos de Ecopetrol S.A, es necesario ahora preguntarnos, ¿en todos los contratos que esta empresa celebre pueden incorporarse? Pasamos a desarrollar los elementos que permitan resolver este interrogante.

5. ¿Es el objeto que se satisface con la ejecución contractual determinante en la incorporación o no de cláusulas excepcionales?

Si bien ya establecimos que la habilitación legal que requiere Ecopetrol S.A para incorporar en sus contratos cláusulas excepcionales está dada en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, es preciso ahora hacer un análisis de los presupuestos que señala el mismo para que esa incorporación sea procedente.

A la luz de las disposiciones señaladas, el elemento determinante para saber si un contrato puede contener cláusulas excepcionales, es la identificación de la competencia de la

Entidad que lo celebra para, primero, llevar a cabo actividades relativas a la exploración o explotación de recursos naturales, segundo, ejecutar actividades relacionadas con su comercialización, o tercero, llevar a cabo otro tipo de actividades comerciales e industriales relacionadas con las anteriores.

Respecto al primer punto, ya analizamos anteriormente los tipos de contratos que celebra Ecopetrol S.A. relativos a la exploración y explotación de recursos, luego sabemos que sí tiene la competencia requerida; ahora, sobre el segundo supuesto para la aplicación del artículo 76 de la Ley 80, es necesario establecer cuáles actividades pueden estar ligadas a la comercialización. De acuerdo con el portal Empresa y Actualidad, las funciones universales de la comercialización principalmente son la compra, venta, transporte y financiamiento (Rivadeneira, 2012). Esto supone un amplio espectro dentro de la actividad de comercialización, lo que amplía a su vez las actividades asociadas a cada una de las funciones señaladas, y por ende, la competencia para el desarrollo de estos asuntos. Efectivamente, Ecopetrol S.A tiene expresamente detalladas dentro de su objeto social, las actividades relativas a la comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos. Frente al tercer supuesto que señala la norma, este resulta aún más diverso, puesto que la expresión “las demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales con competencia para estos asuntos” puede interpretarse de dos maneras diferentes. La primera, que se refiere a todas las demás actividades comerciales e industriales que desarrollen las entidades del Estado, con competencia para suscribir contratos de exploración y explotación o llevar a cabo actividades de comercialización sobre los mismos, y que no están mencionadas en el artículo en cita o, la segunda, que se refiere a las actividades desarrolladas por todas las Entidades del Estado creadas con fines industriales y comerciales.

Si bien la redacción de esa parte del artículo no es clara, creemos que el legislador se refería a la primera interpretación expuesta, teniendo en cuenta que el artículo se denomina “De los Contratos de Exploración y Explotación de los Recursos Naturales”, luego, no tendría sentido incluir en un aparte diseñado para tratar ese tema específicamente, disposiciones aplicables para todas las entidades de esa naturaleza.

Teniendo en cuenta nuestra interpretación, quedarían por dentro de la aplicación del artículo 76 todas las actividades comerciales e industriales que se desarrollen con ocasión de la celebración de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales que celebre Ecopetrol S.A. Sin embargo, es posible incluir además de estas, toda las demás actividades industriales y comerciales de Ecopetrol, pues la norma no circunscribe su ámbito de aplicación a aquellas relacionadas con los mencionados contratos, sino que su referencia se hace, de manera general, a la totalidad de actividades de esa naturaleza que desarrollen las Entidades con competencia para esos asuntos.

Así lo entendió en algún momento el Consejo de Estado, quien al respecto conceptuó:

... se debe hacer una interpretación finalista de la norma. Uno de los temas centrales de la ley 80 de 1993 es el de la unidad de la regulación de los contratos, por lo que la solución adoptada, esto es un reglamento que desarrollara esta ley en sus principios, haciendo flexible su aplicación...

Igualmente, ... puede darse una interpretación gramatical, pues la locución final del primer párrafo del multicitado artículo 76 que dice *a que deben sujetarse*, se refiere a *las entidades estatales dedicadas a dichas actividades* que es el sujeto de esa oración y no a los “contratos de exploración ...” que es el sujeto de la anterior.

Además, en la segunda frase de esta primera parte del artículo que se comenta, no se hace distinción sobre el objeto o el tipo de contrato que se vaya a celebrar, por lo que obviamente incluye todos los contratos, dentro de ellos los que son materia de la consulta (Colombia, Consejo de Estado, 2005, 8 de septiembre).

Como vemos, la atribución que brinda la norma está dada en función de la Entidad, y no del objeto del contrato que esta celebre. Puede decirse entonces que para definir la aplicabilidad de la norma basta con determinar si la Entidad tiene la competencia para ejecutar las actividades allí señaladas, pero su alcance no se limita solo a aquellas.

De lo anterior, podemos afirmar que el objeto que se satisface con la ejecución contractual no resulta determinante al momento de definir la incorporación o no de cláusulas excepcionales en los contratos que celebre Ecopetrol S.A. Como ya lo estudiamos, de acuerdo con su objeto social, Ecopetrol, sí tiene la competencia para ejecutar cada uno de los tres supuestos que indica la norma, luego, podemos afirmar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, la incorporación de las cláusulas excepcionales no depende del objeto del contrato que se celebre.

Creemos que, en este aspecto, la redacción del artículo es bastante desafortunada, pues atendiendo al criterio particular que quería regular allí el legislador, no debió generalizar una facultad de esta magnitud, ni circunscribirla a un tema de mera competencia. Si lo que se quería era dotar de autonomía a las entidades que tuvieran en cabeza suya la celebración de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales, debió hacerlo solo para efectos precisamente de esos contratos, y los que de este pudieran derivarse, y no, so pretexto de esa

función, dejar todo un régimen de contratación sometido a lo que la misma entidad señale en su manual de contratación.

Teniendo claro entonces que el objeto del contrato no resulta determinante para definir la facultad de incorporación de las cláusulas excepcionales, es importante decir que aquel, o más bien su tipología, sí es fundamental para realizar la incorporación efectiva de las mismas, por las razones que a continuación expondremos.

6. Límites a la facultad de incorporación de cláusulas excepcionales

Como ya establecimos claramente, la incorporación de cláusulas excepcionales en los contratos de Ecopetrol S.A sí resulta posible, en la medida que la empresa está legamente habilitada para hacerlo (artículo 76, Ley 80, 1993). Ahora bien, resulta necesario determinar cómo debe darse la aplicación de las cláusulas excepcionales y cuáles son los límites a su facultad.

6.1 La incorporación de cláusulas excepcionales debe seguir los mismos lineamientos de la Ley 80 de 1993

Frente a este punto, es necesario resaltar que la facultad otorgada por la norma solo se da en términos de definir cuáles facultades excepcionales puede incluir en sus contratos, pero no es posible entrar a establecer una regulación diferente a la señalada originalmente por la Ley 80 (1993). Tengamos en cuenta que aquella señala cuáles contratos son susceptibles de inclusión de estas cláusulas, discriminando por tipología su obligatoriedad o no, luego, no en todos los contratos que celebre Ecopetrol S.A sería procedente su incorporación, solamente en los que de acuerdo con la norma en comento sea posible. Así mismo, como indicamos en el artículo

anterior, en los contratos que no se señalan taxativamente en el artículo 14 de la Ley 80 (1993) no será viable la inclusión de estas cláusulas.

No podría pensarse tampoco que la habilitación legal le permite a Ecopetrol señalar condiciones para la aplicación de estas cláusulas, o consecuencias jurídicas diferentes a las que indica el Estatuto General de Contratación, por ende, las cláusulas conservan su autonomía, pero la empresa define si para sus contratos aplican o no.

Así pues, podemos concluir que la facultad de Ecopetrol S.A. no es ajena a las disposiciones especiales que en materia de cláusulas excepcionales trae la Ley 80 (1993) y, en esa medida, debe observarlas si, en ejercicio de la habilitación legal que le brinda la norma, decide incorporarlas en los contratos que celebre.

6.2 La facultad de incorporar cláusulas excepcionales debe estar previamente contenida en el Manual de Contratación de Ecopetrol S.A.

Siguiendo con nuestro estudio, y, a la luz de la normativa anteriormente analizada, encontramos que la facultad contenida en la norma debe, necesariamente, preverse en el manual de contratación de Ecopetrol S.A para su materialización. Esta disposición está expresamente comprendida en el mismo artículo que habilita a la Entidad para incluir las cláusulas excepcionales, luego, puede entenderse que la posibilidad legal que trae la norma está sujeta a una condición para su real incorporación.

Haciendo esta afirmación podemos entender que, si la facultad dada por la norma no es acogida por la Entidad en su manual de contratación, no sería posible incluir cláusulas excepcionales en los contratos que la misma celebre, a pesar de contar con la habilitación legal

(artículo 76, Ley 80, 1993). En este mismo orden de ideas, si acoge la facultad y señala en su manual la procedencia de cláusulas excepcionales, la aplicación de las mismas ya no será facultativa, sino que se deberá sujetar a las condiciones que para el efecto señala la Ley 80 (1993).

En tratándose de la inclusión material de las cláusulas excepcionales, el Consejo de Estado en Sentencia reciente manifestó:

Ahora bien, es evidente que en lo que respecta a la obligación de incluir cláusulas excepcionales la entidad ya no actúa como un simple contratante, sino que ejerce su poder administrativo, se insiste, en aras de garantizar el servicio público a su cargo. De manera que las actuaciones que ejerza con fundamento en esta potestad exorbitante configuran una verdadera actuación administrativa, ya no meramente contractual, y en consecuencia irá contenida en un acto de carácter administrativo, objeto de la pretensión de nulidad (Colombia, Consejo de Estado, 2017, 20 de febrero).

A través de este pronunciamiento, el alto tribunal abre la puerta para considerar que las cláusulas excepcionales son válidas no solamente si están incorporadas en el contrato, sino además por imposición unilateral a través de un acto administrativo (para el caso en estudio era el pliego de condiciones pero bien podría ser otro acto, v.gr. el manual de contratación de la entidad).

En este orden de ideas, para precisar si efectivamente Ecopetrol S.A puede pactar cláusulas excepcionales, debemos remitirnos a su Manual de Contratación, el cual definirá si la Entidad las considera posibles o no, en los contratos que celebre.

Actualmente, Ecopetrol S.A cuenta con el Manual de Contratación con Código GAB-M-001, en su versión 1, elaborado el 20 de Diciembre de 2016 y vigente a partir del 2 de enero de 2017. En este se detalla el marco normativo orientador de su actividad contractual, pero aplicable solamente a las actividades comprendidas dentro de lo que ellos denominan “proceso de abastecimiento de bienes y servicios”.

Del análisis del citado manual, se pudo establecer que este no contempla la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales. Tímidamente, se refiere al pacto y cobro de la cláusula penal pecuniaria y de las multas derivadas del incumplimiento contractual, señalando que para el cobro se utilizarán los mecanismos pactados por las partes, y acordes con el régimen jurídico aplicable a la empresa (numeral 4.6.3). Para la terminación, indica que podrán pactarse en el contrato aquellos hechos que la autoricen y que procederá siempre y cuando sea producto del libre consentimiento de la partes, acorde con el régimen jurídico de Ecopetrol, no constituya acto de abuso del derecho o se derive de conductas contrarias a la libre competencia (numeral 4.6.4). Finalmente, frente a las variaciones del contrato, estipula que deben preservarse las condiciones de objeto, plazo y valor, siendo posible su modificación solamente en los casos que sea razonablemente justificado (numeral 4.6.2) (Ecopetrol S.A, 2016).

Vemos entonces que ninguna de las disposiciones del Manual de Contratación consagra expresamente la posibilidad de ejercicio de facultades excepcionales, pues, las cláusulas que señala como posibles, son estrictamente consensuales y bilaterales. Esto nos permite inferir que

en la actualidad y mientras continúe vigente el Manual de Contratación arriba señalado, Ecopetrol S.A no podrá pactar este tipo de cláusulas en los contratos comprendidos dentro de las actividades que hagan parte del “proceso de abastecimiento de bienes y servicios”. Resulta pertinente mencionar también que, respecto a los demás contratos que celebra Ecopetrol y que no hacen parte del proceso de abastecimiento de bienes y servicios, por encontrarse estos excluidos de la aplicación de las disposiciones del Manual de Contratación, tal como se indica en el numeral 3.1 del mismo, no será posible la incorporación de cláusulas excepcionales, pues sobre estos puede predicarse una falta absoluta de habilitación legal, al no encontrarse sometidos a las reglamentaciones de aquel.

Sin embargo, causa curiosidad el hecho de que Ecopetrol S.A cuente con la habilitación legal para introducir en sus contratos cláusulas excepcionales, pero que en su Manual de Contratación se prive de darse esa facultad. ¿Cuáles pueden ser las posibles causas? Algunas de las que creemos fundamentales las detallaremos seguidamente.

6.2.1 No hay claridad sobre la facultad de incorporación de cláusulas excepcionales

Teniendo en cuenta que este no ha sido un tema explorado a fondo y dado que los altos tribunales no han sido consistentes en sus posiciones frente a la posibilidad que Ecopetrol S.A pacte cláusulas excepcionales en sus contratos, creemos que la empresa ha optado por abstenerse frente a la duda. La falta de consistencia en los pronunciamientos judiciales es un factor que puede influir directamente en la estrategia jurídica que Ecopetrol S.A. diseñe en el marco de sus negocios, y si bien no se conoce un pronunciamiento definitivo de las altas cortes frente al tema, y hasta el momento solo existen decisiones transitorias – auto interlocutorio proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 20 de febrero de 2014 –, o conceptos sin fuerza

vinculante – en particular, el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 8 de septiembre de 2005 –, estas ponen de presente un panorama inestable, que hace pensar que la mejor posibilidad es no arriesgarse a eventualmente obtener un pronunciamiento desfavorable que cause perjuicios económicos.

Frente a este punto, nos genera inquietud el hecho que se tenga tan claro que Ecopetrol puede darse sus propios procedimientos de selección en su Manual de Contratación, pero no exista la misma certeza frente a la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales en sus contratos, estando estas dos potestades consagradas en la misma norma.

6.2.2 La incorporación de cláusulas excepcionales puede resultar inconveniente para sus negocios

Es menester tener en cuenta que la finalidad de Ecopetrol S.A es desarrollar actividades industriales y comerciales, realizar negocios y obtener ganancias. Como ya se precisó en algún momento, la actividad a la cual se dedica Ecopetrol, se desarrolla en competencia con el sector privado. Una de las principales talanqueras que tienen las empresas del Estado al momento de disputarse un negocio con un privado, puede ser precisamente su régimen de contratación. No es desconocido que el Estado se caracteriza por ser excesivamente ritualista para celebrar sus contratos, lo que puede desincentivar la inversión y disminuir la oportunidad de negocio. Es por esto precisamente que el legislador previó la posibilidad de que el régimen de estas empresas, entre ellas Ecopetrol, fuera distinto, y se rigiera por el derecho privado.

Como ya dejamos claro, a pesar del régimen de derecho privado, es posible el pacto de cláusulas excepcionales en los contratos de Ecopetrol S.A porque cuenta con la habilitación legal para hacerlo, sin embargo, teniendo en cuenta el panorama del mercado dentro del cual se

desempeña la empresa, hay que validar también la conveniencia de apropiarse de estas facultades y plasmarlas en sus contratos.

Frente al tema de contratación en el sector petrolero, y refiriéndose a los problemas que presentaban los contratos de Ecopetrol S.A, Rendón G, (1995), señaló lo siguiente:

... cada año salen mas países a buscar inversionistas, cada uno ofreciendo condiciones mas amplias y novedosas y, en especial, mejorando la rentabilidad. Vivimos así en un mundo en el que la problemática es de competencia y no de contractualidad. El contrato empieza entonces a convertirse en una camisa de fuerza que nos hace perder competitividad (p. 21).

Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que la empresa ha focalizado su atención en la generación de negocios atractivos, que sobresalgan frente a la oferta de otros países, para así convertirse en un competidor fuerte en el sector. Es por ello que, otra de las posibles causas de la no inclusión en el Manual de Contratación de la facultad de pacto de cláusulas excepcionales, puede ser la generación de condiciones favorables en sus contratos, ya que, siendo Ecopetrol S.A consciente que las previsiones de unilateralidad pueden convertirse en un impedimento para sus fines, pudo concluir que resulta más efectivo despojarse de atribuciones que pueden resultar desestimulantes para sus co-contratantes, que conservarlas y arriesgarse a que por la rigurosidad contractual en sus negocios se prefiera la oferta de una empresa con mayor laxitud en ese aspecto.

Conclusiones

1. Ecopetrol S.A es una Entidad Estatal que por ejercer su actividad en un ambiente de competencia, está sometida a las disposiciones del Derecho Privado, sin embargo, para la cabal aplicación de ese régimen, es de vital importancia que el objeto del contrato a celebrar tenga directa relación con la administración o desarrollo del objeto social de la empresa.
2. El hecho de que Ecopetrol S.A someta sus actos y contratos a las reglas del derecho privado no interfiere para que puede pactar en los mismos las cláusulas excepcionales que reglamenta la Ley 80 de 1993. Esto es posible porque el artículo 76 de la citada norma trae consigo la habilitación requerida para el efecto, lo cual está en consonancia con las condiciones que ha señalado la doctrina y la jurisprudencia para la aplicabilidad de facultades excepcionales en contratos no sometidos a derecho público.
3. Para poder efectivamente incorporar al régimen de contratación de la empresa las cláusulas excepcionales, la facultad debe haber sido consagrada en el Manual de Contratación. Si allí no se señala la posibilidad de pacto de estas, a pesar de contar con la autorización legal, no será procedente su aplicación, pues se entiende que la empresa se sustrajo de materializarla.
4. La aplicación de cláusulas excepcionales debe seguir los mismos lineamientos de la Ley 80 de 1993. Si la Entidad decide acoger la facultad que le da la norma, no puede regular su aplicación o señalar condiciones o consecuencias diferentes a las que aquella indica. Tampoco podrá incorporarlas en los contratos que no están taxativamente mencionados

en el artículo 14 de la mencionada Ley, o abstenerse de pactarlas en los que señala como obligatorios.

5. El objeto del contrato que celebre Ecopetrol S.A. no resulta determinante para establecer la procedencia de la incorporación de cláusulas excepcionales, pues la norma solo tiene en cuenta como criterio diferenciador la competencia para desarrollar las actividades de exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos. Si la Entidad tiene a su cargo estas funciones, podrá atribuirse vía manual de contratación la facultad para pactarlas en sus contratos.

6. Actualmente no le resulta posible a Ecopetrol S.A incorporar ninguna facultad excepcional, ni en los contratos que hacen parte del proceso de abastecimiento de bienes y servicios, ni en aquellos que no se consagran allí. Lo anterior en razón a que, para los primeros, a pesar de estar otorgada la facultad en la norma, no se contempla la posibilidad en el manual, y para lo segundos, porque no existe habilitación legal alguna por encontrarse excluidos de la aplicación de las disposiciones del mismo.

7. Si a pesar de no encontrarse facultada la empresa para pactar las cláusulas excepcionales de la Ley 80 de 1993, esta las llegare a incorporar en sus contratos y pretendiera su aplicación, la consecuencia jurídica que de ello se derivaría sería necesariamente la nulidad del acto que las hiciere efectivas.

8. Dada la importancia que reviste la actividad petrolera e hidrocarburífera de Ecopetrol S.A para la economía colombiana, es necesario tener en cuenta que el pacto de cláusulas excepcionales trasciende el ámbito legal, y puede convertirse en un factor que

desincentive la inversión. Esto quiere decir que a pesar de ser jurídicamente viable su incorporación, en nuestro criterio no resulta del todo conveniente para el sector.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

Amaya R, C. F. (2016). De las Potestades Excepcionales en la Contratacion Estatal Colombiana:

¿ Instrumentos para la Defensa del Interés General o Superposición de la Administración? *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, VII(14).

Amazo P, D. C. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 9(2), 181-203.

Amorós G, M. (1983). La limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro. *Anuario de Derecho Civil*.

Benavides, J. L. (2004). *El Contrato Estatal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Bodenheimer, E. (1997). *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.

Bohórquez O, A. (2004). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano* (Vol. 2). Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley.

Boquera O, J. M. (1957). La Caracterización del Contrato Administrativo en la Reciente Jurisprudencia Francesa y Española. *Revista de Administración Pública*(023), 19.

Cassagne, J. C. (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (1 ed.). Argentina.

Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo I). Buenos Aires.

Dávila V, L. G. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Legis Editores S.A.

Del Saz Cordero, S. (1994). La huída del derecho administrativo: Últimas manifestaciones, aplausos y criticas. *Revista de Administración Pública*(113).

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2017).

Diez-Picazo, L. (1956). *Anuario de Derecho Civil*.

Documento Conpes 3245. (15 de Septiembre de 2003). Extensión de contratos de asociación.

Dromi, R. (1995). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Dromi, R. (1996). *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina.

Ecopetrol. (23 de Septiembre de 2014). *www.ecopetrol.com*.

Ecopetrol S.A. (24 de Marzo de 2011). Estatutos Sociales Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A. (20 de Diciembre de 2016). Manual de Contratación Ecopetrol S.A. Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A. (16 de Junio de 2017). Respuesta a derecho de petición CON -2017-018596. Bogotá D.C, Colombia.

Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol. (1998). *Sistemas de Contratación Petrolera en Colombia*. (V. A. Asociadas, Ed.) Santafé de Bogotá D.C.

Entrena C, R. (1957). Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración. *Revista de Adminstración Pública*.

Espin C, D. (1954). Los limites de la autonomía de la voluntad en el derecho privado. *Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia*.

Exposición de motivos Ley 80 de 1993. (1992).

Ferrada B, J. (2007). Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. *Revista de Derecho Vol XX No.2*.

Gallego A, A. (Enero de 1961). Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. *Revista de Administración Pública*(34), 43.

García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*.

García de Enterría, E., & Fernández, T. (1998). *Curso de Derecho Administrativo* (8 ed.). Madrid, España: Civitas.

Gil B, E. (2016). De las prerrogativas del estado en el marco de la contratación estatal. Herramientas para el correcto ejercicio de la función pública en la contratación estatal. Colombia: Auditoría General de la República.

Güechá M, C. N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Revista Opinión Jurídica*.

Güecha M, C. N. (2015). *Contratos Administrativos: Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación* (3 ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Hernández F, K., & Guerra C, D. (2012). EL principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*(6), 27-46.

Herrera B, B. (2005). *Contratos Públicos*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

- Hinestrosa, F. (2014). Funciones, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado*(26), 5-39.
- Jojoa B, A. (2014). *Los Regímenes Exceptuados en los Contratos Estatales*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez.
- Lafont P, P. (2005). *Manual de contratos* (2 ed.). Bogotá D.C: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Lamprea R, P. A. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Lecuyer, H. (2011). La modificación unilateral del contrato. *Revista de Derecho Privado*(21).
- López R, F. (1993). Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas. *Revista de administración pública*, 97-130.
- Matallana C, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993* (2 ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Mateluna S, C. (2016). De la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales: ¿Mito o realidad? Santiago de Chile, Chile.
- Meilán G, J. L. (2013). Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos Administrativos: Propuesta de Revisión. *Revista de Administración Pública*(191).
- Meilán, J. (2011). *Categorías jurídicas en el derecho administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Iustel.
- Molano L, M. R. (2005). *Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública*. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.

- Molina, R. (2006). La terminación unilateral del contrato ad nutum. *Revista de derecho privado*(10).
- Molina, R. (2009). la terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado*(17).
- Montaña P, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz M, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Vol. IV). Madrid: Iustel.
- Novoa M, E. (1976). *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*. México D.F: Dirección general de publicaciones Universidad Autónoma de México.
- Osorio M, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revista digital de Derecho Administrativo No. 10*, 101.
- Ospina F, G., & Ospina A, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (6 ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Palacio H, J. Á. (2014). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Palacio J, M. T. (2004). Cláusulas excepcionales. *Revista de Derecho Público No. 17*.
- Palacio J, M. T. (2011). Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales. En R. Araújo O, *La Ley 1150 de 2007*

- ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario.
- Palacios M, E. (2007). Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil. *Derecho PUC* - *Revista de la facultad de Derecho*(60).
- Parada, R. (1992). *Derecho Administrativo* (4 ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.
- Penagos, G. (2004). *Derecho Administrativo. Nuevas tendencias* (V ed.). Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Penco, Á. (1996). El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*(14), 323-392.
- Pino R, J. (1996). *Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Posada T, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*(29).
- Rendón G, J. M. (1995). La fortaleza del contrato, nuestra principal debilidad. En P. U. Javeriana, *Petóleo: Política de contratación y competitividad*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rengifo G, E. (2014). *Las facultades unilaterales en la contratación moderna* (1 ed.). Bogotá D.C.: Legis.
- Rengifo, E. (2012). La fijación unilateral del precio. *Revista de Derecho Privado*(22).

- Rivadeneira, D. (28 de Marzo de 2012). *Empresa & Actualidad*. Obtenido de <http://empresactualidad.blogspot.com.co/2012/03/comercializacion-definicion-y-conceptos.html>
- Rodriguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano* (14 ed.). Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Rodriguez-Arana, J. (Diciembre de 2008). Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas. *Anuario Da Facultade De Dereito da Universidad da Coruña*.
- Santamaría P, J. A. (2015). *Principios de Derecho Administrativo General* (Vol. 2). Madrid, España: Iustel.
- Suárez B, G. (2015). *Estudios de Derecho Contractual Público* (I ed.). Bogotá D.C: Legis.
- Tapias C, C. (1 de Febrero de 2012). De la concesión de mares y la tronco hasta Ecopetrol. *Credencial Historia No. 266*.
- Unidad de Planeación Minero Energética. (29 de Mayo de 2017). *Sistema de Información de Petróleo y Gas Colombiano*. Obtenido de www.sipg.gov.co: <http://www.sipg.gov.co/Inicio/SectorHidrocarburos/Contratacionpetrolera/tabid/60/Default.aspx>
- Urbina S, E., Acosta R, J., Durán V, R., & Palomares G, J. R. (2011). *Derecho de los Contratos en Colombia - Tendencias Globalizantes*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez.
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid, España: Aguilar .

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional (2001, 5 de septiembre) Sentencia C-949, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (2014, 11 de julio) Sentencia con radicado No. 760012331000200001764 01, C.P Hernán Andrade Rincón

Colombia, Corte Constitucional (1994, 20 de octubre) Sentencia C-454, M.P Fabio Morón Díaz

Colombia, Consejo de Estado, (2008, 20 de noviembre) Sentencia con radicado No.17031, C.P Ruth Stella Correa Palacio

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (2011, 24 de enero) Sentencia con radicado No. 52001233100019960818301, C.P Enrique Gil Botero

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (2014, 26 de junio) Sentencia con radicado No. 25000-23-26-000-2000-02151-01 (26705), C.P Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

Colombia, Corte Constitucional (2003, 23 de mayo) Sentencia T-423, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Colombia, Corte Constitucional, (2013, 11 de diciembre) Sentencia C-934/13, M.P Nilson Pinilla Pinilla,

Colombia, Corte Constitucional (1996, 6 de junio) Sentencia C-250 de 1996, M.P Hernando Herrera Vergara

Colombia, Consejo de Estado (1994, 16 de junio) Expediente 5729, C.P. Daniel Suarez Hernández

Colombia, Corte Constitucional, (2013, 22 de agosto) Sentencia C-555, M.P. Gabriel Eduardo
Mendoza Martelo

Colombia, Consejo de Estado, (2014, 12 de febrero) Sentencia con radicado N°
410012331000199709849 01, C.P Mauricio fajardo Gómez

Colombia, Corte Constitucional, (2000, 8 de noviembre), Sentencia C1514, M.P. Martha Victoria
Sáchica Méndez

Colombia, Consejo de Estado, (2010, 20 de febrero) Auto con radicación 68001-23-31-000-2010-
00262-01(45310) C.P Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

Colombia, Consejo de Estado, (2005, 8 de septiembre), Concepto de la Sala de Consulta y Servicio
Civil, C.P Enrique José Arboleda Perdomo

Colombia, Consejo de Estado, (2003, 29 de mayo) Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil,
C.P Susana Montes de Echeverri

Colombia, Consejo de Estado, (2017, 20 de febrero) Sentencia con radicado No.
050012331000200304466 02 (56.562) C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Colombia, Consejo de Estado, (2016, 24 de agosto) Sentencia con radicado No. 19001-23-31-000-
2007-00147-01 (41.783) C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Normatividad

- Ley 165 de 1948, Diario Oficial No. 26.904, 28 de diciembre, 1948
- Decreto 062 de 1970, Diario Oficial No. 32987, 20 de enero, 1970

- Decreto 150 de 1976, Diario Oficial No. 34492, 18 de febrero, 1976
- Decreto Ley 222 de 1983, Diario Oficial No. 36.189, 6 de febrero, 1983
- Ley 30 de 1992, Diario Oficial No. 40.700, 29 de diciembre, 1992
- Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094, 28 de octubre, 1993
- Decreto 1209 de 1994, Diario Oficial No. 41.395, 17 de junio, 1994
- Ley 489 de 1998, Diario Oficial No. 43.464, 30 de diciembre, 1998.
- Decreto Ley 1760 de 2003, Diario Oficial No. 45.230, 26 de junio, 2003
- Ley 1118 de 2006, Diario Oficial No. 46.494 , 27 de diciembre, 2006
- Ley 1150 de 2007, Diario Oficial No. 46.691, 16 de julio, 2007
- Ley 1437 de 2011, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero, 2011
- Ley 1474 de 2011, Diario Oficial No. 48.128, 12 de julio, 2011
- Ley 1480 de 2011, Diario Oficial No. 48.220, 12 de octubre, 2011