



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente (E): JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783)

Actor: Ecopetrol.

Demandado: Caribbean Oil and Services Inc.

Asunto: Acción de controversias contractuales

Contenido: Descriptor: se revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar se declara el incumplimiento del contrato de asociación suscrito entre Ecopetrol E.I.C.E. y Caribbean Oil and Services Inc., y se condena a esta última al pago de perjuicios. **Restrictores:** Competencia, Régimen Jurídico en materia petrolera, Naturaleza Jurídica de Ecopetrol, Modalidades del contrato de petróleo en Colombia, Típico contrato de concesión en el Código de Petróleos de 1953, Los llamados contratos de asociación, Especificaciones básicas de los contratos de asociación (1974), Sistema de contratación de la ANH (2003), Contratación Misional, Contratos de asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos propiedad de la Nación, Contratación administrativa - Resolución 046 del 25 de enero de 2013, Contratos celebrados por Ecopetrol S.A., al amparo de la Ley 1118 de 2006, Libertad de empresa y libre competencia., El principio de buena fe contractual, Interpretación, calificación e integración de los contratos, El incumplimiento contractual; Consecuencias del incumplimiento contractual en los contratos estatales y en contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el Derecho privado; Son absolutamente viables las cláusulas de terminación unilateral pactadas en desarrollo de la autonomía dispositiva, por incumplimiento de los contratos celebrados al amparo del Derecho privado, Caducidad de la acción de controversias contractuales, Valor probatorio de las copias simples; Análisis del caso concreto; Aspecto preliminar – valoración de la copia simple y planteamiento del problema jurídico, Caducidad de la acción de controversias contractuales en el caso concreto; Calificación, integración e interpretación del contrato de asociación; Incumplimiento contractual de la Asociada, Reconocimiento y liquidación de perjuicios mediante criterios de equidad.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Lo pretendido.

El 3 de julio de 1998¹ la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol E.I.C.E., a través de apoderado judicial, presentó demanda contra Caribbean Oil and Services Inc, con el fin de

¹ Fls. 86 a 99 cuaderno 1.



obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare por Sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, responsable civilmente, a la empresa CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC. Representada legalmente por el señor AGUSTIN ARANGO FONNEGRA por el incumplimiento del contrato de Asociación suscrito con la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, el treinta y uno (31) de Agosto de mil novecientos noventa y tres (1993) y cuya fecha efectiva es el treinta (30) de Octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), cuyo objeto era la exploración del área y la explotación de petróleo dentro del área denominada CONDORES la cual consta de una extensión de trescientos diecisiete mil novecientas setenta y nueve hectáreas (317.979 Hect.) con seis mil ochocientos cinco metros cuadrados (6.805 mts. 2) y está ubicada dentro de las jurisdicciones municipales de Bolívar, Mercaderes y Almaguer en el Departamento del Cauca y El Rosario en el Departamento de Nariño.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la empresa CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC. Representada legalmente por el señor AGUSTIN ARANGO FONNEGRA, al pago de los perjuicios que como consecuencia de su incumplimiento al contrato de Asociación, sufrió la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, los cuales a la fecha ascienden a la suma de un millón setecientos mil dólares (US\$1`700.000.oo)

TERCERA.-Que se condene a la empresa demandada CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC. Representada legalmente por el señor AGUSTIN ARANGO FONNEGRA, al pago de intereses una vez ejecutoriada la sentencia.

CUARTA.- Que se condene a la empresa CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC. Representada legalmente por el señor AGUSTIN ARANGO FONNEGRA al pago de las costas del proceso”.

2. Hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación la Sala sintetiza:

2.1. El 31 de agosto de 1993, Ecopetrol celebró con Caribbean Oil and Services Inc. contrato de asociación cuyo objeto era la exploración y explotación de petróleo en el área denominada CONDORES, la cual está ubicada dentro de las jurisdicciones municipales de Bolívar, Mercaderes y Almaguer en el Departamento del Cauca y Rosario en el Departamento de Nariño.

2.2. En virtud del contrato de asociación la empresa Caribbean Oil and Services Inc., durante el primer año debía ejecutar el reprocesamiento de la información sísmica disponible y la reinterpretación de la información geológica y geofísica existente. Durante el segundo año, la compañía debía llevar a cabo la adquisición de un programa mínimo de cien kilómetros (100 km)



de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio de tipo MOST.

2.3. Durante el periodo de exploración, la empresa Caribbean Oil and Services Inc. se obligó a entregar a Ecopetrol toda la información geológica y geofísica, cintas magnéticas editadas, secciones sísmicas procesadas, resultados de pruebas de producción y cualquiera otra información relativa a la perforación, al igual que las evaluaciones relacionadas con la actividad exploratoria de acuerdo al anexo B del contrato.

2.4. Caribbean Oil and Services Inc. debía garantizar el cumplimiento de los trabajos exploratorios, correspondientes a los 2 primeros años, a través de una carta de crédito irrevocable a favor de Ecopetrol dentro de los 60 días siguientes a la firma del contrato por valor de quinientos mil dólares (US\$500.000.00). En virtud de lo anterior, Caribbean Oil and Services Inc. presentó carta de crédito expedida por el Banco Comercial Antioqueño S.A. de Panamá por el valor mencionado.

2.5. El 30 de diciembre de 1994, Caribbean Oil and Services Inc. remitió a Ecopetrol información relacionada con las labores de exploración desarrolladas durante 1994 y los programas a desarrollar en 1995.

2.6. El 8 de noviembre de 1995, Ecopetrol comunicó a Caribbean Oil and Services Inc. a través del oficio VOP –No.0410 que no había recibido información sobre el desarrollo y cumplimiento del contrato en el segundo año contractual (1995), al igual solicitó la prórroga de la carta de crédito por tres meses más e informó el incumplimiento de la obligación exploratoria consistente en la adquisición de un programa mínimo de cien kilómetros (100 km) de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio de tipo MOST.

2.7. El 10 de noviembre de 1995 Caribbean Oil and Services Inc., en respuesta al oficio del numeral anterior, manifestó que habían radicado una solicitud ante Ecopetrol, por lo que esperan respuesta a la misma o una cita para discutir los puntos de la controversia.

2.8. El 21 de noviembre de 1995, en comunicación interna de Ecopetrol a través de oficio DTE-No. 0592 se estipula la terminación unilateral del contrato de asociación Cóndores y en consecuencia se recomienda hacer efectiva la carta de crédito que garantiza el cumplimiento de las obligaciones durante los 2 primeros años.



2.9. El mismo 21 de noviembre de 1995, el Jefe de la División Técnica Asociados de Ecopetrol certificó el incumplimiento de Caribbean Oil and Services Inc. de las obligaciones del segundo año del contrato de asociación.

2.10. El 24 de noviembre de 1995, mediante comunicado DOF-24/95, Ecopetrol solicitó al Banco Comercial Antioqueño S.A. de Panamá de revisar la documentación con el fin de hacer el cobro de la carta de crédito.

2.11. El 28 de noviembre de 1995 el Banco Comercial Antioqueño S.A. de Panamá informó a Ecopetrol que el pago no se puede efectuar por cuanto la certificación exigida no concuerda con la exigida con la carta de crédito stand by.

2.12. El 29 de noviembre de 1995, se presentaron comunicaciones entre Caribbean Oil and Services Inc., Ecopetrol y el Banco Comercial Antioqueño S.A. de Panamá con el fin de prorrogar la carta de crédito.

2.13. El 7 de diciembre de 1995, Caribbean Oil and Services Inc. solicitó la suspensión de los trámites para hacer efectiva la carta de crédito hasta el 22 de diciembre de 1995, pues la junta directiva del Banco Comercial Antioqueño S.A. de Panamá se reunirá el 20 de diciembre de dicha anualidad.

2.14. El 18 de diciembre de 1995, Caribbean Oil and Services Inc. solicitó a Ecopetrol prorrogar la suspensión del procedimiento para el cobro de la carta de crédito.

2.15. El 19 de febrero de 1996, Caribbean Oil and Services Inc. informó a Ecopetrol la falta de respuesta sobre la solicitud de prórroga de la carta de crédito y el 28 del mismo mes solicitó audiencia para llegar a un arreglo por el incumplimiento de los trabajos del segundo año del contrato de asociación.

3. Actuación procesal.

3.1. La demanda fue presentada ante los Juzgados Civiles de Circuito de Bogotá (reparto) y el conocimiento correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito el cual admitió la misma a través de auto del 30 de septiembre de 1998².

3.2. Mediante providencia del 13 de junio de 2005³ el Juzgado Séptimo Civil del Circuito profirió sentencia en este asunto, la cual fue objeto de recurso de apelación ante el Tribunal

² Folio 151 *Ibídem*.

³ Folios 246 a 223 *Ibídem*.



Superior de Distrito Judicial quien en decisión del 27 de marzo de 2006⁴ declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda al encontrar configurada la causal de nulidad insaneable de falta de jurisdicción, pues de acuerdo a lo señalado en el artículo 75 de la ley 80 de 1993 el juez competente para conocer las controversias derivadas de los contratos estatales es la jurisdicción contencioso administrativa por lo que ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera.

3.3. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de súplica, el cual fue desatado a través de auto del 14 de febrero de 2007⁵ en el cual además de confirmar la decisión recurrida se señaló que “las pruebas practicadas conservaran su validez y tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”.

3.4. Una vez remitido el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sección Tercera Subsección B mediante auto del 11 de abril de 2007⁶ declaró su falta de competencia territorial y en consecuencia ordenó su remisión al Tribunal Administrativo del Cauca.

3.5. Por su parte el Tribunal Administrativo del Cauca en proveído del 14 de agosto de 2007⁷ declaró su falta de competencia funcional para tramitar el asunto por lo que remitió el expediente al Consejo de Estado.

3.6. Mediante decisión del 12 de octubre de 2007⁸ la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió la demanda de la referencia, sin embargo dicha providencia se dejó sin efectos a través del auto del 17 de abril de 2008⁹, en la cual se señaló que la competencia corresponde en primera instancia a los Tribunales Administrativos por lo que se ordenó la devolución del expediente al Tribunal Administrativo del Cauca.

3.7. Finalmente por auto del 19 de junio de 2008¹⁰ el Tribunal Administrativo del Cauca, admitió la demanda y dispuso la notificación personal al representante legal de la parte demandada.

3.8. Debido a que no fue posible notificar a la empresa demandada Caribbean Oil and Services Inc., a través de providencia del 28 de julio de 2009¹¹ le fue designado Curador Ad-

⁴ Folios 12 a 20 cuaderno 2.

⁵ Folios 23 a 29 *Ibídem*.

⁶ Folios 39 a 42 *Ibídem*.

⁷ Folios 46 y 47 *Ibídem*.

⁸ Folio 53 *Ibídem*.

⁹ Folios 58 y 59 *Ibídem*.

¹⁰ Folios 61 y 62 *Ibídem*.

¹¹ Folio 80 *Ibídem*.



litem, el cual en la contestación de la demanda señaló que la responsabilidad debe ser probada en el proceso¹².

3.9. A través de proveído del 19 de enero de 2010¹³, el a quo prescindió de la etapa probatoria al darle valor a las pruebas practicadas por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito y procedió a correr traslado para alegar de conclusión.

3.10. El término de traslado de conclusión, fue aprovechado por la parte demandante quien señaló que lo pretendido es la indemnización por incumplimiento del contrato en su etapa exploratoria, indemnización que ya estaba predeterminada por US\$500.000 de acuerdo a la garantía contenida en la cláusula 39 del contrato¹⁴.

3.11. Mediante memorial radicado el 10 de marzo de 2010¹⁵ el apoderado de Ecopetrol allegó en copia autentica del contrato de asociación y de varios oficios remitidos entre Ecopetrol y la empresa demandada.

4. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia proferida el 17 de mayo de 2011¹⁶, negó las pretensiones de la demanda. Consideró que la parte demandante incumplió la carga procesal de probar la existencia del contrato, toda vez que el mismo fue allegado en copia simple las cuales carecen de valor probatorio, lo que impide un estudio sobre las obligaciones de las partes.

En relación con los documentos allegados por la parte demandante cuando el proceso se encontraba para fallo señaló que los mismos fueron allegados extemporáneamente.

5. El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la anterior providencia. Manifestó el recurrente que la decisión del Tribunal viola los principios de prevalencia del derecho sustancial y de confianza legítima pues durante el trámite del proceso ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito este despacho judicial en principio inadmitió la demanda solicitando la copia del contrato en original o copia autentica, lo que conllevó a que se allegara copia autentica del contrato de asociación y que se admitiera la demanda.

¹² Folios 86 y 87 *Ibídem*.

¹³ Folios 98 y 99 *Ibídem*.

¹⁴ Folios 195 a 208 *Ibídem*.

¹⁵ Folios 125 a 188 *Ibídem*.

¹⁶ Folios 353 a 360 del cuaderno principal.



6. Actuación en segunda instancia.

El recurso fue admitido el 14 de septiembre de 2011¹⁷, posteriormente por auto del 5 de octubre de 2011 se corrió traslado para alegar de conclusión¹⁸, sin embargo las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por las partes, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión:

1. Competencia
2. Régimen Jurídico en materia petrolera
 - 2.1 Naturaleza Jurídica de Ecopetrol
 - 2.2 Modalidades del contrato de petróleo en Colombia
 - 2.2.1 Típico contrato de concesión en el Código de Petróleos de 1953
 - 2.2.2 Los llamados contratos de asociación
 - 2.2.2.1 Especificaciones básicas de los contratos de asociación (1974)
 - 2.2.2.3 Sistema de contratación de la ANH (2003)
 - 2.2.2.3.1 Contratación Misional
 - 2.2.2.3.2 Contratos de asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos propiedad de la Nación.
 - 2.2.2.3.3 Contratación administrativa - Resolución 046 del 25 de enero de 2013
 - 2.2.2.4 Contratos celebrados por Ecopetrol S.A., al amparo de la Ley 1118 de 2006
3. Libertad de empresa y libre competencia.
4. El principio de buena fe contractual
5. Interpretación, calificación e integración de los contratos
6. El incumplimiento contractual;
 - 6.1. Consecuencias del incumplimiento contractual en los contratos estatales y en contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el Derecho privado;
 - 6.2 Son absolutamente viables las cláusulas de terminación unilateral pactadas en desarrollo de la autonomía dispositiva, por incumplimiento de los contratos celebrados al amparo del Derecho privado.
7. Caducidad de la acción de controversias contractuales
8. Valor probatorio de las copias simples.

¹⁷ Folio 239 *Ibídem*.

¹⁸ Folio 381 *Ibídem*.



9. Análisis del caso concreto.

9.1 Aspecto preliminar – valoración de la copia simple y planteamiento del problema jurídico

9.2 Caducidad de la acción de controversias contractuales en el caso concreto;

9.3 Calificación, integración e interpretación del contrato de asociación;

9.4 Incumplimiento contractual de la Asociada

9.5 Reconocimiento y liquidación de perjuicios.

1. Competencia

1.1 La Sala es competente para conocer el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor asciende a la suma de US\$1.700.000, y el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación¹⁹ era 500 SMLMV, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda²⁰, ascendía a ciento un millones novecientos trece mil pesos (\$101'913.000).

1.2 Adicionalmente, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 señala que “el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”, siendo contratos estatales de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 32 de la misma normatividad los que celebren las entidades estatales – criterio orgánico.

Por su parte la empresa Colombiana de Petróleos, fue creada mediante el Decreto 0030 de 1951 como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, pero posteriormente a través del Decreto 1760 de 2003 fue transformada en una sociedad pública por acciones, cambiando su denominación a ECOPETROL S.A y finalmente a través de la ley 1118 de 2006 se autorizó la emisión de acciones por lo que quedaría organizada como una sociedad de economía mixta.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que la empresa Colombiana de Petróleos – actualmente ECOPETROL S.A.- es una entidad estatal conforme al artículo 2º de la ley 80 de 1993²¹ por lo

¹⁹ 8 de junio de 2011.

²⁰ 3 de julio de 1998.

²¹ Artículo 2º.- *De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.* Para los solos efectos de esta Ley:1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, 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%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...)



que el conocimiento de las controversias en las que resulte involucrada corresponden a esta jurisdicción debido a que las normas de competencia tienen efecto general inmediato y la demanda se interpuso en vigencia de la ley 80 de 1993, por lo que se considera correcta la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial al declarar la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción.

2. Régimen Jurídico en materia petrolera

En atención a que la propiedad del subsuelo y de todo lo que en él se halla pertenece al Estado, éste debe “planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizando su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución²² mediante la adopción de mecanismos y políticas que garanticen su eficiente intervención y “el derecho colectivo a un ambiente sano”²³; con la competencia de dirección general de la economía, de la cual se desprende la posibilidad de realizar, directamente o a través de los particulares la exploración y explotación de los minerales e hidrocarburos con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

2.1 Naturaleza Jurídica de Ecopetrol

Mediante la Ley 165 de 1948 se autorizó la creación de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual pese a preverse la participación de capital privado, mediante el Decreto 30 de 1951 fue constituida como una empresa netamente oficial, que en agosto de 1951 se hizo cargo de la concesión petrolera “De Mares”²⁴, con los respectivos oleoductos y demás instalaciones

²² Artículos 334 y 360 de la Constitución Política.

²³ Artículo 80 de la Constitución Política.

²⁴ Como desarrollo de la legislación vigente a principios de este siglo, en 1905 Don Roberto De Mares y el General Virgilio Barco obtuvieron del Gobierno Nacional las concesiones localizadas en Santander – Área de Barrancabermeja – y en Norte de Santander – Área de Tibú – en cercanías de Cúcuta. Por problemas tecnológicos y financieros, se efectuaron los traspasos de estas concesiones a empresas extranjeras, y comenzó efectivamente la explotación y refinación de petróleo de la concesión De Mares a partir del 25 de agosto de 1921, por parte del Tropical Oil Company, y para la concesión Barco, la explotación comercial se inició a partir del 20 de junio de 1931 por parte de la Colombian Petroleum Company (COLPET) y South American Gas Oil Company (SAGOC). En los contratos de concesión así negociados se determinó una política de precios de crudos con destino a la refinación interna referidos a los mercados de Nueva York, el primero, y de Puerto Arturo (Texas), el segundo, para crudos de características físico-químicas similares. Desde la suscripción de estos contratos hasta la reversión de De Mares, que condujo a la creación de la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL), se otorgaron otras varias concesiones de las cuales sólo resultaron comercialmente explotables la concesión dada a la Shell Cóndor S.A. en las áreas de Casabe y Yondó en Antioquia, y la concesión. El difícil en el Departamento del Magdalena, que inicialmente fue productora de crudo y hoy es solamente de gas natural. Los contratos de concesión antes relacionados revirtieron a la Nación y produjeron hasta el momento de la reversión un total de 852 millones de barriles de petróleo y 923 giga pies cúbicos de gas.



referentes a la explotación, refinación y transporte de petróleo y derivados que revertieron a la Nación. Así comenzó su intervención directa en la cadena de producción de petróleo, por cuanto, hasta ese entonces la exploración y explotación de crudo había estado a cargo de compañías extranjeras, debido a la política estatal y a los altos costos y complejidad técnica inherentes a esta actividad²⁵.

El funcionamiento de Ecopetrol fue reorganizado por el Decreto 3211 de 1959 como una empresa de carácter industrial y comercial, con personería jurídica propia, autonomía administrativa y patrimonial, con el objeto de a) administrar, explotar y manejar los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimientos, y en general todos aquellos bienes muebles e inmuebles que constituyen su patrimonio; b). Constituir y organizar, cuando la Junta de Directores lo estime conveniente, con la participación del capital privado, sociedades comerciales que tengan por objeto el transporte y distribución de combustibles en el país, o cualquier otra actividad que se relacione con el aprovechamiento de los hidrocarburos y sus derivados; sociedades estas que quedaban sometidas al derecho común sin que pudieran gozar de exención o privilegio alguno; y c). Ejecutar todas las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas y celebrar toda clase de negocios en conexión con tales actividades o todos los actos, operaciones y contratos que convengan a tales fines.

Es del caso resaltar que en cuanto al funcionamiento de Ecopetrol E.I.C.E., se determinó que en su organización interna y en sus relaciones con terceros, ésta actuaría como una sociedad de carácter comercial, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado, con autonomía para realizar todos los actos operaciones y contratos que convinieran al desarrollo de su objeto.

Posteriormente, la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol fue escindida mediante Decreto 1760 del 26 de junio de 2003, en cuyo efecto nacieron la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia. Aquí mismo, la empresa industrial y comercial del Estado – Ecopetrol quedó organizada como sociedad pública por acciones, denominada Ecopetrol S.A., con capital cien por ciento estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regida por sus propios estatutos.

²⁵ En 1948 fue expedida la Ley 165 mediante la cual se facultó al Gobierno para la creación de una empresa con la participación de la Nación y del capital privado, colombiano y extranjero. Dicha Ley previó, igualmente que la empresa fuese netamente oficial, en caso de no ser posible la cooperación del capital privado. A raíz de la reversión de la concesión De Mares, se expidió el Decreto 030 del 9 de enero de 1951, organizando la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol -, con capital totalmente estatal. Ecopetrol ha tenido y tiene objetivos muy claros: exploración y explotación de las reservas nacionales de hidrocarburos y suministro oportuno a la sociedad colombiana de la energía derivada del petróleo.



Finalmente, mediante la Ley 1118 de 2006 se modificó la naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., y quedó organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, también denominada Ecopetrol S. A. pero regida exclusivamente por las reglas del derecho privado en todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar su objeto social.

Para efectos del caso sub judice debe preverse que el contrato celebrado entre la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol y Caribbean Oil And Services Inc. fue suscrito el 31 de agosto de 1993, con fecha efectiva de 31 de octubre de 1993; de manera que para la fecha de celebración del contrato la naturaleza jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos era la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

2.2 - Modalidades del contrato de petróleo en Colombia

El esquema negocial adoptado por el Estado para adelantar la actividad petrolera fue siempre la de Concesión y así se presentó desde 1905 cuando mediante la Ley 6 se dio origen a las concesiones conocidas como De Mares y Barco.

Después se profirió la Ley 110 de 1912 que estableció que las minas de petróleo podían ser exploradas y explotadas por los particulares mediante el contrato de concesión sin la autorización previa de congreso, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos “a). Que la duración del contrato no exceda de treinta años. b). Que a su expiración queden de propiedad del Estado, a título gratuito, las carreteras, ferrocarriles, tranvías, cables aéreos, máquinas, aparatos y en general, todos los medios de transporte y elementos de explotación empleados por el empresario o empresarios; y c). Que el beneficio que el Estado reporte de la explotación no baje del 15 por 100 del producto bruto de la empresa.”

La normatividad en torno al contrato de concesión para la exploración y explotación de petróleo tuvo desarrollo posterior mediante las leyes 120 de 1919; 37 de 1931; 160 de 1936; 18 de 1952 y, finalmente, a través del Decreto 1056 de 1953 – por medio del cual se expidió el Código de Petróleos que fue modificado por la Ley 10 de 1961 y La Ley 20 de 1969.

Ahora bien, en lo que atañe a la modalidad contractual adoptada en materia de petróleo, el primer esquema negocial acogido por el ordenamiento colombiano para adelantar la actividad petrolera del país fue el sistema de concesión que coexistió bajo la Ley 20 de 1969 y el Decreto 797 de 1971 hasta el Decreto 2310 de 1974, el cual prohibió la contratación petrolera por medio de la concesión. Esta última norma fue derogada por el Decreto 1760 de 2003, que escindió a ECOPETROL y creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos.



Se enmarcan así las tres etapas de desarrollo contractual acogido por la Nación, las cuales se pasan a desarrollar:

2.2.1 Típico contrato de concesión en el Código de Petróleos de 1953

El Estado colombiano ante las dificultades financieras y el alto riesgo que representa la búsqueda de hidrocarburos, realizaba la explotación y exploración de hidrocarburos mediante la celebración de contratos de concesión, pero siempre ejerciendo la autoridad e imponiendo las condiciones según las normas legales, dentro de los siguientes parámetros: (i) pago de un canon o bono superficiario en proporción a la extensión del terreno; (ii) suministro de la información de carácter técnico, científico y estadístico que el Gobierno solicite; (iii) un mínimo de perforaciones; (iv) plazos de exploración de 3 o 4 años según la localización del área, prorrogables año por año en otro tanto; (v) exploración de 30 a 40 años dependiendo de la ubicación de la zona, sea occidental u oriental; (vi) pago de regalías que fluctuaba entre 7.5% y 14.5%; (vii) devolución de áreas y destino del crudo para refinación interna.

Cabe recordar aquí que el sistema de concesiones no era exclusivo para el campo de los hidrocarburos, sino que también se usaba para el desarrollo de otras muy importantes actividades, como por ejemplo la construcción y explotación de los ferrocarriles o la explotación de las comunicaciones.

El sistema de contratación por concesión fue estudiado en Colombia entre 1927 y 1931 con la colaboración de un grupo técnico integrado por cuatro expertos (de México, Inglaterra, Rumania y Estados Unidos) y fue formalmente consagrado y reglamentado mediante la Ley 37 de 1931, que en la práctica vino a ser el primer Código de Petróleos diseñado en Colombia con el objetivo de regir la industria de los hidrocarburos, y el cual gobernó la celebración de los contratos de concesión en materia petrolera como un contrato estandarizado con cláusulas inmodificables.

Mientras en Colombia se desplegaba este desarrollo, el sistema de concesiones era usado también en Rumania, en Rusia, en Turquía, en Venezuela, en México, en Irán e inclusive en Irak. Por su parte, los países anglosajones reconocían a los particulares como propietarios del subsuelo con la plena libertad de contratación para la exploración y explotación de los hidrocarburos (así pasaba, por ejemplo, en los Estados Unidos).

Posteriormente se dio el Decreto 1056 de 1953 – Código de Petróleos, que también reguló los contratos de concesión para la exploración y explotación de petróleo, de manera exclusiva. Código este que fue modificado mediante la Ley 10 de 1961 que buscaba reducir el periodo de



la fase exploratoria, acelerar la devolución de áreas y aumentar las regalías. Ley que, finalmente, fue reglamentada mediante el Decreto 1348 de 1961.

En cuanto a la definición de los contratos de concesión, se sabe que “Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”²⁶.

Específicamente, en lo que concierne a la concesión petrolera, es claro que el objeto del contrato es que el Estado conceda al contratista el derecho de explorar y explotar el petróleo nacional ubicado en una zona particular, teniendo en cuenta que esta actividad implica un riesgo y un costo muy alto que el Estado no está en la capacidad de asumir.

Asimismo, son partes dentro del contrato: el Estado en condición de concedente como propietario del petróleo y del subsuelo colombiano y el particular (persona natural o jurídica) en condición de concesionario, dentro de cuyas obligaciones se encontraba, principalmente, pagar el canon superficiario establecido en el Decreto 1056 de 1953, suministrar los datos científicos, técnicos, estadísticos y económicos que el Gobierno le solicitara, efectuar las perforaciones pactadas en el contrato con el equipo adecuado y sin dilación y, por supuesto, revertir los bienes a favor de la Nación.

Al respecto, la premisa inicial es que el “modelo democrático del ejercicio del poder, conforme lo anterior, determina una especial dirección a la actividad prestacional de servicios a cargo del Estado, esto es, le introduce al mecanismo de la concesión administrativa, en cuanto forma constitucional adecuada y posible para la prestación de servicios públicos en actividades de titularidad pública, por fuera de los marcos de la autocracia, la arbitrariedad, el favoritismo, la exclusión, etc., en fin por fuera de senderos, discriminatorios en todos los aspectos”²⁷.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 250 de 6 de junio de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, *El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral*, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, p.238.



De esta manera, la “actuación y actividad democrática estructuradora de la concesión administrativa, así caracterizada, determina el contenido mismo del contrato correspondiente, y de igual manera, todos aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios, y en especial, a la demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones”²⁸.

La concesión administrativa²⁹ es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –dominio público–, servicios –servicios públicos– y obras –infraestructura pública³⁰, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –concesiones administrativas– o contratos –negocios jurídicos públicos–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas³¹ –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas³²⁻³³– para explotarlos económicamente³⁴ con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador³⁵.

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, pp.239 y 240.

²⁹ JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. Concesiones administrativas, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, Barcelona, Seix, 1981, pp. 687 y 696.

³⁰ JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti), No. 10, 2001, p. 79.

³¹ LUIS ARROYO JIMÉNEZ. Libre empresa y títulos habilitantes, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 307 y ss.

³² VILLAR PALASÍ. Concesiones administrativas, cit., p. 699. Véase el interesante enfoque del autor en relación con las concesiones constitutivas y las traslaticias de funciones y poderes a los concesionarios. Puede consultarse así mismo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. Fundamentos de derecho administrativo I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 954 y 955.

³³ Constitución Política de Colombia, art. 210.

³⁴ FERNANDO GARRIDO FALLA. Tratado de derecho administrativo, tomo II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 358.

³⁵ LUCIANO PAREJO ALFONSO. Derecho administrativo. Instituciones generales, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 1053 y ss.



En cuanto técnica interventora del Estado en la esfera de la libertad de actuación de los asociados, la concesión administrativa es ante todo un instrumento excepcional, con profundas raíces en la evolución de las instituciones administrativas³⁶, que opera de manera exclusiva y restrictiva respecto de bienes, servicios y obras de titularidad o monopolio público y de claro contenido económico, en los eventos en que la administración decide bajo parámetros discrecionales³⁷ y de conformidad con los marcos materiales definidos en el artículo 365 constitucional³⁸, no asumir directamente su explotación económica, la prestación del servicio o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión

³⁶ Es necesario tener en cuenta que el concepto moderno del contrato de concesión, en cuanto fenómeno negocial vinculado a la actividad de la administración pública y de la colaboración de los privados en la gestión de grandes proyectos de interés público, como la mayoría de las instituciones desarrolladas por el derecho administrativo, después de la institucionalización del poder (PAREJO ALFONSO. El concepto del derecho administrativo, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 27 y ss.; ÍD. Derecho administrativo, cit., p. 1053), obtiene sus raíces y sustentos remotos en las experiencias administrativas romanas, que dieron lugar al desarrollo de instituciones que guardan armonía con muchas de las figuras implementadas por las instituciones actuales de nuestra disciplina (SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano, Madrid, Dykinson, 1996). Si bien es cierto que no pretendemos sostener la presencia propiamente de un derecho administrativo romano, ante la inexistencia, en la época, del concepto de división de poderes, propio del modelo del Estado constitucional (MASSIMO SEVERO GIANNINI. Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo, Madrid, INAP, 1987, pp. 9 a 12. Del mismo autor puede consultarse Derecho administrativo, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 37 a 40; “L’amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo”, en Trattato di diritto amministrativo, vol. I, Padova, CEDAM, 1988), de todas maneras las investigaciones sobre las instituciones públicas romanas nos demuestran que esta cultura desarrolló, para enfrentar la creciente problemática de lo público, una compleja sistemática que podríamos catalogar de administrativa, a través de la cual se plantearon y resolvieron satisfactoriamente grandes cuestiones teóricas y prácticas que aún hoy se plantean en nuestras instituciones administrativas y son objeto de profundos debates, dentro del que denominamos derecho administrativo (ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Derecho público romano, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, pp. 213 a 336).

³⁷ VILLAR PALASÍ. Concesiones administrativas, cit., p. 695. La elección de la concesión administrativa en relación con la ejecución directa es una de las decisiones más importantes y trascendentes para la administración pública. “(...) En definitiva, la elección entre el sistema concesional y la gestión directa, entre el quantum de individualismo y el quantum de colectivismo, depende en primer término de la afirmación que el Estado haga en cuanto a entrar en el campo de sus responsabilidades esa concreta función, y una vez sentado este punto, de criterios continentales, de índole técnica (mejor prestación en este sentido por el Estado), económica (ahorro estatal), política (fuerza de cohesión y persistencia del grupo político, grado de participación de los asociados y concreta eficiencia de tal participación) y educativos (...)”.

³⁸ El asunto en nuestro derecho es de carácter constitucional. Con fundamento en el artículo 365 de la Carta Política, los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, al igual que por las comunidades organizadas para estos efectos, o por particulares en los términos y condiciones que establezca la ley. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Al ocuparse la Constitución Política en definir de la formas de prestación de los servicios públicos por parte del Estado, incorporando la modalidad de indirecta le abrió de manera clara e indiscutible las puertas a la figura de la concesión administrativa, por lo menos en cuanto a las actividades de obras, servicios públicos o la mixtura de estas dos, destacando, para estos efectos, la imposibilidad de pérdida de la titularidad pública de estas actividades, por el solo hecho de la prestación indirecta, debiendo en todos los casos el Estado preservar en relación con el concesionario la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios públicos.



económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia³⁹⁻⁴⁰.

La concesión administrativa se torna entonces dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho en una adecuada fórmula de explotación de los bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables⁴¹, y que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado, mediante la retribución de su actividad⁴² de conformidad con los modelos y fórmulas económicos previamente definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada⁴³.

Esta Corporación ha manifestado con relación al contrato de concesión:

“La concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual⁴⁴”.

De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que son características propias del contrato de concesión⁴⁵: i) dentro de la celebración del contrato, interviene una entidad estatal

³⁹ GARRIDO FALLA. Tratado de derecho administrativo, tomo II, cit., p. 359.

⁴⁰ MIRIAM MABEL IVANEGA. Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos, Caracas, Sherwood, 2006, pp. 49 y ss.

⁴¹ CHAPMAN. “La devolution de pouvoirs aux institutions autonomes”, ponencia general presentada al XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Wiesbaden, 1959, p. 11, citado por GARRIDO FALLA. Tratado de derecho administrativo, tomo II, cit., p. 359. “[...] Si el servicio necesita ser subvencionado, es preferible que esté en manos públicas [...]”.

⁴² *Ibidem*

⁴³ ARROYO JIMÉNEZ. Libre empresa y títulos habilitantes, cit., pp. 26 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra puede consultarse los trabajos compilados en LUIS ORTEGA y SUSANA DE LA SIERRA. Ponderación y derecho administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2009; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2000; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA. Legalidad de e autonomía contractual nos contratos administrativos, Lisboa, Almedina, 2003, pp. 705 y ss.; PAREJO ALFONSO. Administrar y juzgar:

dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 98 y ss.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Exp.: 26.939

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp.: 14390.



que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

“En el caso de los contratos de explotación y concesión minera, la obligación de reversión en favor del Estado no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre el Gobierno Nacional y el contratista, sino que surge de la ley que rige el contrato, la cual dispone la reversión -a título gratuito- del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista -una vez extinguida la concesión-. Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales. El valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato, situación que no sucede con la expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previo el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna”⁴⁶.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 250 de 6 de junio de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.



Entonces, una vez terminado el contrato de concesión operaba la reversión de los bienes a favor del Estado, de conformidad con los artículos 33⁴⁷, 171⁴⁸ y 172⁴⁹ del Código de Petróleos, artículo 12⁵⁰ de la Ley 10 de 1961 y artículos 9⁵¹ y 26⁵² del Decreto 1348 de 1961.

2.2.2 Los llamados contratos de Asociación

“técnicamente puede definirse la asociación, como un contrato de riesgo en la fase exploratoria y una operación conjunta en su etapa de desarrollo”⁵³.

El contrato de asociación nació como un instrumento dirigido a vincular capital y tecnología nacional y extranjera en el proyecto de búsqueda y explotación del petróleo, que permite con

⁴⁷ **ARTICULO 33.** Terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado la producción de los pozos que en tal época sean productivos y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa.

Respecto, de la propiedad mueble, su precio se fijará por peritos, y el contratista tendrá la obligación de vendérselas al Gobierno, si así se lo exigiere dentro de los noventa (90) días siguientes a la terminación del contrato.

La determinación del carácter de mueble o inmueble, en caso de desacuerdo, lo harán los peritos, teniendo en cuenta la naturaleza y destinación de tales bienes, según lo dispone el Código Civil. Los peritos serán nombrados y procederán como se indica en el Artículo 11.

Es entendido que en caso de prórroga del contrato, la reversión de las mejoras a favor de la Nación no se producirá sino al vencimiento de dicha prórroga.

La Nación podrá, en cualquier tiempo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan para impedir que se perjudiquen o inutilicen, por culpa del contratista, el campo petrolífero o sus instalaciones y, dependencias.

⁴⁸ **Artículo 171.** Dentro de los noventa (90) días siguientes a la terminación del contrato, el Gobierno declarará al contratista su voluntad de comprarle la propiedad mueble o parte de ella, la que debe determinarse con precisión, y se procederá previamente al avalúo pericial de los objetos de la compraventa.

⁴⁹ **Artículo 172.** En todos los contratos se estipulará que todos los elementos muebles que no comprare el Gobierno y que durante el año siguiente a la terminación del contrato no fueren retirados por el contratista, de las zonas o inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso facto a propiedad de la Nación como accesorios de la dicha empresa y al mismo título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista.

⁵⁰ Artículo 12. Cuando se renuncie o declare caducado un contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional antes de vencerse los primeros veinte años del período de explotación, los estudios y documentos correspondientes pasarán a ser propiedad del Gobierno Nacional, y las zonas respectivas serán contratadas en las condiciones del artículo anterior. (Decreto 1348 de 1961, artículo 26).

⁵¹ Artículo 9º. A partir de los 20 años del período de explotación el concesionario deberá incluir, dentro de las inversiones previstas por el Código de Petróleos, las partidas necesarias para el mantenimiento de las instalaciones, equipos, bienes muebles e inmuebles, etc., objeto de reversión al Estado.

⁵² Artículo 26. Las concesiones de petróleo que terminen por cualquier causa, durante los primeros veinte (20) años del período de explotación, revertirán al Estado en la forma prevista en los artículos 32 y 33 del Código de Petróleos, y su administración podrá ser contratada por el Estado con la Empresa Colombiana de Petróleos como lo previene el artículo 5º de la Ley 165 de 1948, o sacadas a licitación en los términos del artículo 12 de la Ley 10 de 1961 y disposiciones de este Decreto que lo reglamentan.

⁵³ José Fernando Isaza, presidente de [Ecopetrol](#) entre 1980 y 1982, tomado de - La Política Petrolera Colombiana – Intervención de la Ministra de Minas y Energía de Colombia, Doctora Margarita Mena de Quevedo en el Foro Petrolero realizado en el Congreso Nacional. Bogotá D.E. 7 y 8 de septiembre de 1989. Pág. 10-11 y 18-21



cierta efectividad captar la atención de los inversionistas, al compensar el riesgo asumido por el asociado y ofrecer condiciones favorables de negociación.

Del contrato de asociación también puede decirse que dentro del ordenamiento colombiano encuentra su antecedente más próximo en la Ley 20 de 1969 que en su artículo 12 facultaba a ECOPEPETROL para que explorara, explotara y administrara los recursos petroleros de la nación, de forma directa o a través de la asociación con el capital público o privado, nacional o extranjero.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que esta modalidad contractual encuentra su origen en el “joint venture” con el objeto de ejecutar conjuntamente actividades propias de la industria petrolera, bajo la consecuente repartición de costes y riesgos de los mismos en la proporción pactada por las partes contratantes. Así mismo, en virtud de este contrato las partes pueden convenir que los hidrocarburos producidos pertenecerán a cada parte contratante en las proporciones estipuladas en el mismo.

El Decreto Legislativo 2310 de 1974 determinó en su artículo 1o que, con la única excepción de los contratos de concesión que estuvieran vigentes en el momento de la expedición de aquél, la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional estarían a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podría llevar a efecto tales actividades directamente o a través de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Para su validez, tales contratos requerían la aprobación del Ministerio de Minas y Energía.

Decreto legislativo N° 2310 de 1.974 - Código de Petróleos:

“Artículo 1º: Con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente decreto, la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Los contratos que celebre la empresa en virtud de lo dispuesto en este artículo, requerirán para su validez ser aprobados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía”.

Decreto reglamentario N° 0743 de 1.975 del Código de Petróleos:

“Artículo 3º: Cuando la Empresa Colombiana de Petróleos resolviera llevar a cabo los trabajos de exploración o explotación por medio de contratos que en ningún caso serán de concesión, adoptará previamente las condiciones y términos de dichos contratos así como los medios de citación o convocatoria de los posibles interesados. En consecuencia podrá determinar la vía de inscripción de contratistas, la de negociación directa, la de licitación pública, la de licitación privada, la de concurso o cualquier otra que juzgue



conveniente en cada caso. La Junta Directiva de la empresa reglamentará los referidos medios.”

Artículo 4º: Los contratos a que se refiere el artículo anterior quedarán sujetos al derecho privado, salvo que tuvieren cláusula sobre caducidad, y en uno y otro caso requerirán, para su validez, la aprobación del Ministerio de Minas y Energía. (...)”

Entonces, el Decreto 2310 de 1.974, cuyo objetivo era proferir “normas [para la] abolición del régimen de concesiones en materia de hidrocarburos, en su artículo 1º trasladó a la Empresa Colombiana de Petróleos la función de realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional directamente o, entre otros, a través de los contratos de asociación celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

De esta manera se pre-diseñó un régimen contractual flexible, autónomo y adecuado para la exploración y explotación de los recursos petrolíferos de la nación, sin las rigideces y limitaciones propias de los sistemas reglados vigentes antes de la expedición del Decreto Ley mencionado, esto es, el establecido para los contratos de concesión.

Para el efecto, el Decreto reglamentario 743 de 1975 radicó en la Empresa Colombiana de Petróleos a través de su Junta Directiva la facultad de adoptar las condiciones y términos de los referidos contratos, cuando la entidad resolviera llevar a cabo por medio de ellos las actividades de exploración y explotación (art. 3º). Asimismo, el artículo 4º del citado Decreto estableció que los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos quedaban sujetos al derecho privado, aunque se determinó como único requisito de validez de los contratos de asociación, la aprobación del Ministerio de Minas y Energía.

Y es que en últimas, del espíritu del artículo 1º del Decreto 2310 de 1.974 consistía en hacer más flexible la contratación en materia de exploración y explotación de petróleo, en forma tal que su clausurado reflejara mejores condiciones contractuales para, a su vez, incentivar la inversión en materia de hidrocarburos.

Por lo mismo, la Ley 80 de 1993 pese a incluir a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado dentro de las entidades a las que se aplica el Estatuto General de Contratación, estableció en el artículo 76 que “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 sobre estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable”⁵⁴.

⁵⁴ Artículo declarado exequible mediante sentencia C-949 de 2001, donde la Corte Constitucional consideró “No ve la Corte como pueda prosperar el cargo relativo a la supuesta inconstitucionalidad del



Asimismo, el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983 (Régimen contractual anterior) clasificaba los contratos de explotación de bienes del Estado como contratos administrativos, aunque ellos se regían por “las normas especiales de la materia”, es decir, la normatividad contemplada en las leyes y Códigos de Petróleos, de Minas y de Recursos Naturales, antes mencionados.

Al respecto es importante resaltar la objeción presentada por el Presidente de la República al artículo 68 del Proyecto de Ley 149 de 1992, hoy Ley 80 de 1993, según el cual:

“Artículo 68.- Las normas especiales que regulan los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, se entenderán vigentes en todo aquello que no contravengan lo dispuesto en la presente ley”⁵⁵.

La objeción presidencial consideró:

“Esta norma es inconveniente, en cuando modifica las disposiciones en materia de recursos naturales no renovables que contiene el Código de Minas y el Código de Petróleos y sus disposiciones complementarias, las cuales fueron diseñadas tomando en consideración la naturaleza particular de tales actividades.

En efecto, el estatuto es aplicable a los contratos de asociación que no dan lugar a la creación de una persona jurídica. Desde este punto de vista, en materia de hidrocarburos las disposiciones vigentes facultan a ECOPETROL para celebrar contratos, dentro de los que se encuentran los de asociación, sin que para el efecto tenga que recurrir previamente a una licitación o concurso.

La importancia de las actividades de explotación de hidrocarburos exige que el Estado, a través de ECOPETROL pueda seleccionar con libertad la entidad con quien desea celebrar el contrato de asociación para así poder verificar las condiciones técnicas, económicas y profesionales del contratista. De esta manera se brindan adecuadas

artículo 76 de la ley 80 de 1993, por violación de la unidad del Estatuto Contractual cuando está claramente establecido que el propósito del constituyente al autorizar la expedición de un estatuto general de contratación estatal en los términos del artículo 150 de la Carta, no acarrea el deber para el legislador de adoptar en un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.” Tampoco 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.(...)”

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado compartió la posición de la Corte y al respecto encontró “que el artículo 76 de la misma, más allá de consagrar el régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades encargadas de la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales renovables y no renovables, las autoriza a expedir un reglamento interno que regule el procedimiento de selección, cláusulas excepcionales, cuantías y trámites, que deba adelantar la empresa o entidad en desarrollo de su objeto social”. (Concepto del 8 de septiembre de 2005, Rad. 1667, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo)

⁵⁵ Gaceta Congreso No. 145 de 1992.



garantías de que dichos contratos se desarrollarán en condiciones acordes con el interés nacional.

Es claro que los contratos de asociación, por las características especiales de los mismos no deben estar sujetos al régimen general de contratación, razón por la cual el honorable Congreso de la República, en el parágrafo 33 del proyecto mantuvo la vigencia del régimen de asociación consagrado por la ley 37 de 1993 para el sector de telecomunicaciones.

De otra parte, los demás contratos que se celebran en relación con minas e hidrocarburos actualmente se someten también a reglas especiales en razón de las características peculiares que revisten este tipo de actividades, las cuales no es conveniente modificar por este estatuto.

Así por ejemplo, la estructura del proceso de selección previsto en el artículo 30 de la ley no se ajusta a las condiciones de la explotación de minas e hidrocarburos, en las cuales los contratos se celebran normalmente con quien ha descubierto un yacimiento. Igualmente en otros eventos (como por ejemplo, concesión de gasoductos) las normas prevén un proceso de selección que comienza por iniciativa de un particular y que por ello tiene una estructura diferente a la prevista en el proyecto de ley.

En relación con este tema es pertinente señalar que el Código de Minas consagra a favor de quien es titular de una licencia de explotación de pequeña minería o del título de una licencia de explotación el derecho a suscribir el respectivo contrato de concesión, cuando haya cumplido con sus obligaciones. Este derecho busca permitir que pueda continuar explotando un yacimiento quien ha hecho la exploración o la explotación (en pequeña minería) en condiciones adecuadas. Dicha preferencia no podría operar en el nuevo estatuto de contratación”.

Igualmente, el Gobierno llamó la atención del legislador sobre la importancia de sustraer del régimen general previsto en el proyecto de ley, los contratos relacionados con la actividad comercial y con las demás actividades propias de ECOPETROL, como empresa industrial y comercial, en los siguientes términos:

“El artículo 24 del proyecto de ley establece que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, los cuales se adelantarán de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 30, salvo en los casos que el mismo estatuto establece, en los cuales se puede contratar directamente.

Este artículo es inconveniente en la medida en que por regla general somete a licitación o concurso los contratos que celebren en desarrollo del giro ordinario de sus actividades, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

El objeto de la actividad de dichas entidades, así como el hecho de que actúan en competencia con los particulares, determina la necesidad de dotarlas de mayor flexibilidad y autonomía en el campo de la gestión contractual frente a los otros entes estatales, con el propósito de facilitar la cabal realización de sus objetivos, dentro de un marco de acción que no implique desventaja en términos de eficiencia, competencia y agilidad, frente a las condiciones en que los particulares cumplen o desarrollan actividades similares. De igual manera no es conveniente someter a las reglas del estatuto los contratos que celebren las empresas y las sociedades y cuyo objeto sea prestar los servicios o suministrar los bienes que correspondan al desarrollo de su actividad industrial y comercial.



Esta situación ha sido tradicionalmente reconocida por el legislador que desde 1968 dotó a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta de un régimen especial.

La flexibilidad y autonomía que requieren dichas entidades de manera manifiesta en materia de contratación particularmente en la posibilidad de contar con normas y procedimientos de selección de contratistas que correspondan a la naturaleza propia de las actividades de cada uno de dichos organismos.

La inconveniencia de aplicar el artículo 24 de las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se manifiesta también cuando estas entidades deben adquirir o vender bienes en mercados internacionales, pues estas negociaciones no son compatibles con la estructura de los procesos de selección establecida por el proyecto de ley. Esta situación particularmente se manifiesta en relación con aquellas empresas que cumplen actividades en el sector de los recursos no renovables.”

En este sentido y en lo que tiene que ver con la comercialización de hidrocarburos y sus derivados, es innegable que se (sic) aplicarse el procedimiento de selección previsto en el artículo 30 del estatuto, se podrían entorpecer las negociaciones comerciales de dichos productos por parte de la Empresa Colombiana de Petróleos. Piénsese, por ejemplo, que dicha licitación pública para la adquisición de gasolina motor en el mercado internacional, que es un producto de inaplazable necesidad nacional y, por lo mismo, estratégico para la economía del país. La gasolina motor constituye un producto que se negocia en los mercados internacionales especializados, cuyos productores o comercializadores no estarían dispuestos a someterse a rigurosos procedimientos precontractuales, por cuanto en ese mercado las transacciones, por razón de la inusitada variación de los precios, son extremadamente ágiles. Lo mismo podría predicarse de la formalización de negocios relativos a la compraventa de similares productos, los cuales por costumbre mercantil internacional se perfeccionan con la comunicación de la aceptación de la oferta por fax, télex u otros medios igualmente expeditos.

De igual manera resultaría impracticable llevar a cabo negociaciones relacionadas con la venta de productos que ofrecen ECOPETROL o Carbocol en el mercado nacional e internacional, los cuales deben ser colocados aprovechando las condiciones favorables del mismo, lo que implica necesariamente concretar oportunidades económicas impostergables, que no podrían estar supeditadas a los rigurosos procedimientos de contratación”⁵⁶.

En conclusión, el contrato de asociación celebrado por la Empresa Colombiana de Petróleos configura una modalidad comercial flexible, cuyas condiciones y términos, al tenor de los artículos 3° y 4° del Decreto Reglamentario 0743 de 1.975 - Código de Petróleos, son previamente adoptados por ECOPETROL, se encuentran sujetos al derecho privado, salvo que tuvieren cláusula sobre caducidad, y en uno y otro caso requieren, para su validez, la aprobación del Ministerio de Minas y Energía.

Así ya lo ha reconocido esta Corporación, bajo el entendido que:

“Fue de tal alcance la decisión jurídica y política adoptada, que el artículo 1º del Decreto 2310 de 1.974 no estableció restricción a tal capacidad contractual, ni determinó

⁵⁶ Gaceta del Congreso No. 296 de 1993.



parámetro alguno para su ejercicio, diferentes de aquellos que podían emanar del mismo artículo del Decreto, de normas superiores de derecho, o de las disposiciones que regulaban en general el funcionamiento y régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del estado. Se reservó solamente el ejecutivo la facultad de aprobar los contratos celebrados, aprobación que constituye requisito de validez de los mismos, y cuyo ejercicio reglamentó posteriormente el Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución 2543 de 1.984

Al tomar la decisión mencionada, el gobierno se limitó a sí mismo en su capacidad de ejercer la potestad reglamentaria en aquellas materias relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional que hubiesen de desarrollarse mediante contratos celebrados por la Empresa Colombiana de Petróleos, o que esta realizara directamente, pues al expedir el Decreto 2310 de 1.974 optó por radicar en cabeza de una entidad descentralizada lo referente a tal actividad, desconcentración que implicó un traslado de competencias de origen legal, en las condiciones y con las limitaciones allí expresadas. Ello no fue una decisión caprichosa o arbitraria, sino, por el contrario, reflejó una clara decisión política para sustraer tales actividades de la gestión administrativa reglamentaria y llevarlas al campo de la gestión contractual del estado, a través de su empresa especializada para tal efecto. Y por ello, al tomar tal determinación el gobierno decidió, motu proprio, autolimitarse en su capacidad reglamentaria, conservando únicamente aquellas funciones que resultan de su facultad de revisión y aprobación de los contratos celebrados, las originadas en el control de tutela que el Ministerio de Minas y Energía ejerce sobre la Empresa Colombiana de Petróleos a que se refieren los artículos 7° del Decreto 1050 de 1.968 y 8° del Decreto 3130 del mismo año, así como aquellas derivadas de la competencia general de supervisión, inspección, control y vigilancia que la Ley 1 de 1.984 y demás disposiciones concordantes otorgan a dicho ministerio.”⁵⁷.

Ahora, pese al pre-diseño del texto contractual por parte de ECOPETROL, como el régimen contractual aplicable es el derecho privado, y especialmente al principio de la autonomía dispositiva, las partes están facultadas legalmente para: modificar o ajustar algunos términos o elementos del contrato, cuando en su criterio las condiciones fácticas, técnicas y económicas así lo aconsejan, y en todo caso con aprobación del Ministerio de Minas y Energía.

Pues bien, con el contrato de asociación Colombia quiso modernizar su modalidad de contratación, que evolucionara en los criterios de distribución de la producción y estableciera rendimientos atractivos para el inversionista, al tiempo que generara altos márgenes de ganancia para el país.

Así se adoptó un contrato de asociación que a su vez, fue sufriendo diferentes cambios que se justifican en la búsqueda de una mayor inversión privada y mayores resultados en la exploración y explotación del recurso no renovable y que, a la final, se proyectan en mayores ingresos para la Nación.

⁵⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 8 de noviembre de 1990, Exp. 6326, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.



ECOPETROL que como se dijo fue facultado por el Decreto 743 de 1975 para adoptar el texto contractual, ha presentado diferentes modelos, entre estos el del año 1974 que sufrió reformas en 1989, 1994 y 1995, entre otras.

Entre las reformas se observa, por ejemplo, que en 1995 se incluyó dentro de los costos directos, la adquisición de sísmica, la perforación de pozos estratigráficos y la perforación de pozos de exploración, de manera que ECOPETROL asumió costos que antes asumía la Asociada.

Asimismo, en 1995 Ecopetrol asumió el reembolso dentro de la etapa de explotación del 50% de los costos directos de exploración en que ha incurrido la Asociada durante esta etapa, de manera que Ecopetrol sólo asumía costos de exploración cuando los pozos resultaran productores o comercializables.

Esto quiere decir que la participación de Ecopetrol en el capital de riesgo de exploración se encontraba condicionada a la comercialidad del yacimiento.

El concepto de capital de riesgo se reembolsa cuando el pozo resulta comercializable, en razón a lo cual en la etapa de explotación se pacta el reembolso a cargo de Ecopetrol de hasta el 50% de los costos directos.

Entonces, es conclusión obligada que el capital de riesgo en la etapa de exploración es aportado por la Asociada, quien tiene derecho a su recuperación en un porcentaje de hasta el 30% dentro de la misma etapa de exploración.

Por el contrario, teniendo en cuenta que una vez declarada la comercialidad del yacimiento la operación se vuelve conjunta, Ecopetrol debe participar en el 50% del capital de riesgo o en el porcentaje contractualmente pactado.

2.2.2.1 Especificaciones básicas de los contratos de asociación:

Dentro de las características específicas del contrato de asociación debe preverse que se trata de un contrato que, como ya se dijo que rige por el régimen de Derecho privado y en particular por el Decreto 743 de 1975, es de carácter bilateral, donde son partes ECOPETROL, como empresa que administra los recursos petroleros del Estado, y el asociado, quien representa el capital de inversión privada, el cual puede ser una persona natural o jurídica, nacional o extranjera.



También es un contrato oneroso, conmutativo, aleatorio en tanto no hay certeza sobre la comercialidad del yacimiento a explorar, de ejecución sucesiva y atípico, entre otros.

Goza de una suerte de semejanza con los contratos de participación, en tanto que se trata de una modalidad asociativa en la que no surge una persona jurídica distinta de las partes y por lo tanto no adquiere un nombre o razón social ni un patrimonio social. Pero se diferencia de las cuentas en participación porque en el contrato de asociación el asociado no se reputa dueño del negocio.

Al igual que en el contrato de concesión el objeto principal es la exploración de un área determinada y la explotación de los hidrocarburos propiedad de la nación que allí se encuentren; lo cual marca la existencia de dos etapas contractuales diferentes, la primera, es la etapa de exploración, la cual se realiza por cuenta y riesgo del asociado, y la segunda es la etapa de explotación que comienza cuando el yacimiento es declarado comercializable y se ejecuta bajo el manejo conjunto de la operación.

El contrato empieza a regir desde la fecha efectiva que allí se estipule y fue previsto inicialmente para una duración máxima de 28 años distribuidos así: un periodo inicial de exploración de 3 años que puede ser prorrogado hasta 6 años, y 22 años como periodo de explotación, contados a partir de la fecha de terminación del periodo de exploración. Sin embargo estos términos han sido contractualmente ampliados.

Durante el periodo de exploración, el riesgo de las inversiones es asumido en su totalidad por la Asociada de conformidad con un programa de actividades acordadas previamente con Ecopetrol y que contempla generalmente trabajos de exploración superficial y la perforación de pozos exploratorios.

La magnitud del programa de exploración realizado por la compañía asociada es proporcional al área contratada y depende también del grado de conocimiento y del riesgo geológico de la cuenca sedimentaria en la que esté ubicada el contrato.

Ecopetrol suministra a la Asociada toda la información que tenga sobre el área contratada y a su vez, la Asociada hace lo propio con Ecopetrol, es decir, le debe entregar a la empresa estatal a medida que la vaya obteniendo, toda la información geológica y geofísica y la relativa a la perforación, al igual que todos los estudios o interpretaciones técnicas que realice.

Una vez la Asociada termina los trabajos del periodo de exploración debe devolver la totalidad del área contratada a menos que haya logrado el descubrimiento de un campo reconocido por



Ecopetrol como comercial. En este caso devuelve la mitad del área por su cuenta y riesgo. Dos años más tarde el área del contrato se reduce al 25% del área inicial, y dos años después, el área queda limitada a la de los campos de explotación más una franja de protección de 5 kilómetros de ancho.

Con la puesta en producción del campo comercial se inicia el periodo de explotación del contrato cuyas principales características son las siguientes:

Para que Ecopetrol reconozca la existencia de un campo comercial es necesario que la Asociada haya perforado un número suficiente de pozos dentro del campo comercial propuesto que permita definir razonablemente la comercialidad del mismo.

Si con la información obtenida de la perforación y prueba de los pozos Ecopetrol considera que no existe un campo comercial, puede permitirle a la Asociada explotar el campo bajo la modalidad de sólo riesgo, con lo cual ésta tiene derecho a reembolsarse el 200% de los costos de perforación de los pozos productores y de los costos e inversiones que realice para operar el campo. Una vez la Asociada se haya reembolsado lo anterior, todos los pozos perforados junto con las instalaciones y toda clase de bienes adquiridos por ella pasarán a ser propiedad de la cuenta conjunta sin costo alguno.

Por regla general, si Ecopetrol acepta la existencia del campo comercial entra a reembolsar los costos de los pozos exploratorios productores y a participar en el desarrollo y producción del campo, Ecopetrol reembolsa a la Asociada el 50% de los costos de perforación y terminación de los pozos comerciales perforados por la Asociada, o el porcentaje contractualmente pactado. Este pago lo efectúa Ecopetrol a la Asociada con el monto total de su participación en la producción de dichos pozos, deduciendo las regalías.

Ecopetrol participa con el 50% de las inversiones y gastos de producción y con el 60% de los gastos de transporte de petróleo producido a menos que el contrato contenga una estipulación diferente.

Asimismo, a menos que el contrato de asociación petrolera disponga otra cosa, por regla general, la participación de Ecopetrol en la producción total era del 60% incluyendo el 20% de regalías. El 40% restante era de propiedad de la Asociada. Considerando la situación impositiva sobre este 40% la Asociada debía pagar los impuestos de renta y complementarios y además lo correspondiente al impuesto por remesa de utilidades, lo que significa que los beneficios para el país y para la Asociada se repartían, aproximadamente, en 60% y 20% en su orden.



Para adoptar y controlar los programas de explotación, desarrollo, operaciones y presupuestos del contrato de asociación, éste prevé la constitución de un Comité Ejecutivo conformado por un representante de Ecopetrol y un representante de la Asociada. Este Comité Ejecutivo se nombra inmediatamente inicia el periodo de explotación y cuenta para cumplir su labor con la asesoría de los Subcomités Técnicos y Financieros que considere necesarios.

El Comité Ejecutivo de la Asociación aprueba semestralmente el máximo grado de eficiencia productiva (MER) para cada campo, basado en parámetros técnicos determinada en cada yacimiento, pero es el Ministerio de Minas y Energía el que finalmente aprueba la tasa de producción.

El Asociado está obligado a venderle a Ecopetrol su participación en la producción, si esta se requiere para atender las necesidades internas de refinación. En este caso, el precio se define como la cotización F.O.B puerto de embarque de petróleo crudos semejantes en calidad. Más claramente, si el Asociado debe vender su crudo para la refinación en el país, se le paga puesto en refinería un precio equivalente al que obtendría vendiéndolo en el mercado internacional, liquidado el 75% en dólares y 25% en pesos colombianos o según lo estipule el contrato; una vez atendidas las necesidades locales de refinación, cada parte puede vender su crudo libremente.

En los contratos de concesión, la Ley ordena que una vez terminado el contrato, el contratista dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres o bienes expropiados en beneficio de la Empresa. A su turno, en los contratos de asociación cuando una de las partes del contrato decide retirarse antes del vencimiento de los primeros 17 años de explotación, se obliga a vender a la otra parte los muebles adquiridos por el operador para la ejecución del contrato a un precio comercial razonable o a su valor en libros, el que sea más bajo. Con la excepción de la circunstancia que se acaba de señalar, en todo caso de terminación del contrato (por haber transcurrido el tiempo de duración del contrato, por voluntad de la Asociada después de los primeros 17 años del periodo de explotación y por las causales de terminación unilateral), todos los bienes registrados en la cuenta conjunta y que pertenezcan a las partes, pasan gratuitamente a poder de Ecopetrol con las servidumbres y todos los demás bienes adquiridos en beneficio del contrato, aun cuando se encuentren fuera del área contratada. Dentro de estos bienes, por tanto, se encuentran los oleoductos que se construyan de acuerdo con lo previsto en el mismo contrato. Al terminar éste,



entonces, la principal obligación que queda a cargo de la Asociada es la de entregar a Ecopetrol todos los bienes que hacen parte de la cuenta conjunta⁵⁸.

2.2.3 Sistema de contratación de la ANH (2003)

Con el Decreto 1760 de 2003 se escindió la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, y se creó la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, como entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, cuya naturaleza jurídica fue cambiada por el Decreto 4137 de 2011 a la de Agencia Estatal del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Asimismo, pese a que el objetivo inicial de la ANH fue la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, con el mencionado decreto de 2011 su objetivo se amplió, además, a promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y contribuir a la seguridad energética nacional.

Del mismo modo, es de anotar que las funciones iniciales de la ANH fueron modificadas mediante el Decreto 4137 de 2011, que a su vez fue subrogado por el Decreto 714 de 2012, en cuyo artículo 3º establece como funciones de la ANH, las siguientes:

- “1. Identificar y evaluar el potencial hidrocarburífero del país.
2. Diseñar, evaluar y promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales.
3. Diseñar, promover, negociar, celebrar y administrar los contratos y convenios de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, con excepción de los contratos de asociación que celebró Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003, así como hacer el seguimiento al cumplimiento de todas las obligaciones previstas en los mismos.
4. Asignar las áreas para exploración y/o explotación con sujeción a las modalidades y tipos de contratación que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, adopte para tal fin.

⁵⁸ Comparativamente con el contrato de concesión, se ha dicho que el de asociación presenta las siguientes ventajas (a)- Incremento notorio del porcentaje de beneficios para el país, al pasar de una regalía sobre la producción bruta que fluctuaba entre el 7.5 y el 14.5% en el sistema de concesión, a una participación por concepto de regalías y producción del 60%. Adicionalmente, este beneficio se incrementa incluyendo impuestos y otros a un 80% para el país y un 20% para la Asociada. (b) - Mayor injerencia por parte de los organismos estatales en la programación, ejecución y control de las actividades propias de la industria, especialmente en el periodo de explotación. (c)- Mejor conocimiento del potencial petrolífero del país, como consecuencia del mayor cubrimiento exploratorio logrado bajo el sistema de asociación, tanto en las cuencas sedimentarias tradicionales, como en otras que han cobrado importancia reciente.



5. Apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental en materia de hidrocarburos, en la elaboración de los planes sectoriales y en el cumplimiento de los respectivos objetivos.
6. Estructurar los estudios e investigaciones en las áreas de geología y geofísica para generar nuevo conocimiento en las cuencas sedimentarias de Colombia con miras a planear y optimizar el aprovechamiento del recurso hidrocarburífero y generar interés exploratorio y de inversión.
7. Convenir, en los contratos de exploración y explotación, los términos y condiciones con sujeción a los cuales las compañías contratistas adelantarán programas en beneficio de las comunidades ubicadas en las áreas de influencia de los correspondientes contratos.
8. Apoyar al Ministerio de Minas y Energía y demás autoridades competentes en los asuntos relacionados con las comunidades, el medio ambiente y la seguridad en las áreas de influencia de los proyectos hidrocarburíferos.
9. Fijar los precios de los hidrocarburos para efectos de la liquidación de regalías.
10. Administrar la participación del Estado, en especie o en dinero, de los volúmenes de hidrocarburos que le correspondan en los contratos y convenios de exploración y explotación, y demás contratos suscritos o que suscriba la Agencia, incluyendo las regalías, en desarrollo de lo cual podrá disponer de dicha participación mediante la celebración de contratos u operaciones de cualquier naturaleza.
11. Recaudar, liquidar y transferir las regalías y compensaciones monetarias a favor de la Nación por la explotación de hidrocarburos.
12. Efectuar las retenciones de las sumas que por concepto de participaciones y regalías correspondan a las entidades partícipes con destino a los Fondos previstos en la Constitución Política y la ley, y hacer los giros y reintegros en los términos establecidos en ellas.
13. Adelantar las acciones necesarias para el adecuado abastecimiento de la demanda nacional de hidrocarburos.
14. Fijar los volúmenes de producción de petróleo de concesión que los explotadores deben vender para la refinación interna.
15. Fijar el precio al cual se debe vender el petróleo crudo de concesión destinado a la refinación interna para el procesamiento o utilización en el país, y el gas natural que se utilice efectivamente como materia prima en procesos industriales petroquímicos cuando sea del caso.
16. Administrar y disponer de los bienes muebles e inmuebles que pasen al Estado por finalización de contratos y convenios de exploración y explotación, o por reversión de concesiones vigentes, con excepción de los contratos de asociación que celebró Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003.
17. Hacer seguimiento al cumplimiento de las normas técnicas relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos dirigidas al aprovechamiento de los recursos de manera racional e integral.
18. Fijar los precios de exportación de petróleo crudo para efectos fiscales y cambiarios.



19. Dirigir y coordinar lo relacionado con las liquidaciones por concepto del canon superficial correspondiente a los contratos de concesión.
20. Verificar las especificaciones y destinación del material importado en el subsector de hidrocarburos para efectos de aplicar las exenciones previstas en el Código de Petróleos o normas que lo modifiquen o adicionen.
21. Supervisar las especificaciones y destinación del material importado en el subsector de hidrocarburos para efectos de aplicar las exenciones previstas en el Código de Petróleos o normas que lo modifiquen o adicionen.
22. Ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos hidrocarburíferos de propiedad de la Nación.
23. Las demás que le sean asignadas y que le delegue el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con las normas vigentes.”

Entonces, como puede verse la ANH fue creada, entre otras, con la función de celebrar contratos de exploración y explotación petrolera, función esta que inicialmente se desprendió del artículo 5.9 del Decreto 1760 de 2003, el cual la facultaba para “administrar y disponer de los bienes muebles e inmuebles que pasen al Estado por finalización de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, o por reversión de concesiones vigentes”.

De manera que, si bien en un primer momento era el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas a quien correspondía la suscripción de los contratos de concesión petrolera, y posteriormente correspondió a ECOPETROL la suscripción de los contratos de asociación, a partir de 2003 está facultad pertenece a la ANH; de manera que ECOPETROL S.A. funciona únicamente como empresario que no representante ni administrador del recurso petrolero.

Por lo anterior, el artículo 5.3 del Decreto 1760 dispuso como función de la ANH el “diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen”.

Bajo este mandato y en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, que como antes se mencionó somete los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales a la legislación especial que les sea aplicable y a los reglamentos y procedimientos establecidos por las entidades estatales dedicadas a dichas actividades, la ANH diseñó sus propios esquemas contractuales, de manera que el sistema de asociación anterior quedó abolido, y fue reemplazado por un contrato estatal de naturaleza especial que se rige por su propio régimen.



El régimen de contratación actual de la ANH es el contenido en los acuerdos 001 de 2009 y 004 de 2012, así como el establecido en la Resolución 046 del 25 de enero de 2013, por medio de la cual se adopta el Manual de Contratación de la ANH.

2.2.3.1 Contratación Misional

La contratación misional fue reglamentada mediante el Acuerdo 01 de 2009 y es aquella que adelanta la ANH para el cumplimiento de su objetivo misional de administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en particular de los requeridos para la evaluación, preparación, promoción y administración de áreas; con excepción de los contratos celebrados para la asignación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación, a los que se aplica el Acuerdo 4 de 2012.

Dentro de esta modalidad contractual se encuentran comprendidos los contratos de gestión del conocimiento, esto es, aquellos tendientes a desarrollar políticas institucionales relacionadas con las actividades nacionales de explotación y producción de hidrocarburos; los contratos necesarios para la elaboración de estudios relacionados con la evaluación y actualización del potencial hidrocarburífero del país; los contratos para el diseño de nuevas tipologías contractuales relacionadas con las actividades de explotación y producción de hidrocarburos; los contratos para el desarrollo de estudios ambientales relacionados con la gestión misional; los contratos para la generación y estructuración de nuevas oportunidades exploratorias; los contratos cuyo objeto sea la realización de estudios de sísmica; y en general todos aquellos contratos cuyo objeto consista en el desarrollo de actividades de consultoría relacionadas con la misión de la ANH.

Otro tipo de contrato que se encuentra comprendido dentro de los denominados misionales, son los contratos vinculados a la promoción de áreas y a la administración integral de las reservas de hidrocarburos, categoría que a su vez comprende los contratos para el desarrollo de actividades publicitarias de la ANH, tendientes a promocionar las áreas hidrocarburíferas de la Nación, a efecto de incrementar la vinculación de compañías nacionales o extranjeras para el desarrollo de nuevos contratos de explotación y producción de evaluación técnica; los contratos requeridos para el montaje de eventos institucionales de carácter misional; los contratos para la asistencia a las compañías petroleras en el proceso de vinculación a proyectos de explotación y explotación de hidrocarburos; los contratos para la administración de la información tecnológica y técnica que requiera la ANH para el desarrollo de su actividad misional; los contratos para la adquisición de bienes y servicios requeridos para el normal desarrollo de la actividad misional de la ANH, entre estos, la adquisición de equipos especializados de cómputo, software especializado, análisis de laboratorio; perforación de pequeños pozos; administración y



organización de la información técnica y geológica y contratación de actividades de seguimiento técnico a los campos descubiertos, a la producción nacional, a los precios internos y externos y a todas las demás materias relacionadas con la administración de los recursos hidrocarburíferos de la Nación; y a todos los demás contratos que requiera la ANH, pero que no supone la gestión del conocimiento, aunque guardan relación de medio a fin con el desarrollo del objetivo misional.

Al efecto, el reglamento regula la etapa de planeación contractual, la etapa de selección, la de celebración y ejecución del contrato y la de liquidación, así como la postcontractual, las cuales deben ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, imparcialidad, publicidad, calidad, planeación y sostenibilidad ambiental.

Del mismo modo, este reglamento dispuso que la contratación pueda adelantarse con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, siempre que cumplan con los requisitos de capacidad técnica y económica, ya sea que actúen individualmente, de manera consorciada o mediante uniones temporales⁵⁹, siempre que su término de duración no sea inferior al plazo del contrato y un años más y que no aparezcan relacionadas dentro de la “conocida como lista Clinton o de la lista del Comité de la ONU (Res. 1267 de 1999).

Ahora bien, en lo que respecta a los procesos de selección, su convocatoria puede hacerse mediante invitación pública a presentar ofertas o mediante invitación cerrada a los proveedores que se encuentren inscritos en el directorio de proveedores que para el efecto administra la Subdirección Técnica de la ANH.

A la sazón, las modalidades de selección para la celebración de los contratos misionales de la ANH están determinadas por el tipo de contrato a celebrar, por ejemplo, en lo que se refiere a los contratos de gestión del conocimiento opera la modalidad de invitación cerrada a presentar ofertas, salvo que no haya pluralidad de inscritos en el directorio de proveedores que se encuentren en capacidad de ejecutar el contrato, caso en el cual debe acudirse a la invitación pública.

Con relación a los contratos vinculados a la promoción de áreas y a la administración integral de las reservas de hidrocarburos, procede la modalidad de invitación pública, en desarrollo de la cual puede acudirse al mecanismo de subastas inversas a que se refiere el artículo 14 del Decreto 2474 de 2008; adherirse a los acuerdos marco de precios a que se refiere el párrafo 5

⁵⁹ Los consorcios o uniones temporales no pueden ceder o transferir su participación y/o modificar sus integrantes, salvo autorización previa y escrita de la ANH.



del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; realizar la selección de la oferta mediante el sistema de costo beneficio o el de ponderación por puntaje de calidad y precio a que se refieren los literales a y b del numeral 3 del artículo 12 de Decreto 2474 de 2008.; o celebrar contratos de cupo.

Asimismo, cuando el objeto del contrato comprenda actividades tanto de gestión del conocimiento como de promoción de áreas y a la administración integral de las reservas de hidrocarburos se aplicará la modalidad de selección que corresponda a la finalidad principal del contrato.

De otro lado, debe anotarse que el Acuerdo 01 de 2009 también previó como modalidad de selección la que denominó “selección de mercado”, que como su nombre lo indica faculta a la ANH para seleccionar, de acuerdo con las condiciones del mercado, al proveedor que este en capacidad de ejecutar el objeto del contrato requerido. Tales condiciones son el precio del mercado, el tiempo de entrega, celeridad en el cumplimiento de las obligaciones a contratar, plazos, calidad de los bienes y servicios ofrecidos y, en general, todos los factores que permitan determinar las condiciones corrientes en que son ofrecidos los bienes y servicios a contratar.

Esta modalidad de selección sólo tiene lugar, previa justificación, cuando se trata de contrataciones cuyo valor es inferior a 300 SMLMV; cuando se celebra un contrato interadministrativo; cuando el bien o servicio requerido es ofertado por un único proveedor; cuando se trata de contratos cuyo objeto es un inmueble requerido para el desarrollo de las actividades misionales; cuando se está en situación de apremio; cuando se trata de un contrato de prestación de servicios profesionales; cuando el objeto del contrato es la capacitación del personal en materias de la gestión misional; cuando el objeto del contrato pueda ser ejecutado por instituciones universitarias; cuando el contrato pueda ser ejecutado por instituciones sin ánimo de lucro; cuando se trata de contrato que deban ejecutarse en el exterior, en los cuales podrá aplicarse la ley extranjera; y, finalmente, cuando los requerimientos técnicos del contrato exijan conocimientos, experiencia, equipos, procedimientos, información o cualesquiera otra condición o circunstancia especial que hagan aconsejable contratar con determinada persona.

De otra parte, es de advertir que en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades es aplicable la Ley 80 de 1993- art. 9.

Ahora bien, la ANH se encuentra facultada para incluir en los contratos a que se refiere el Acuerdo 1 de 2009, a título de cláusulas excepcionales, la de sometimiento a las leyes nacionales, las de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato y las de caducidad y reversión, cuyo alcance se haya determinado por los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993. Asimismo se encuentra prevista la posibilidad de pactar multas y cláusulas penales.



Y, una vez celebrado cualquiera de los contratos misionales, corresponde a la ANH ejercer las actividades de inspección y seguimiento contractual, conforme al Manual de Contratación Administrativa e Inspección y Seguimiento Contractual adoptado por la Agencia Nacional de Hidrocarburos mediante Resolución 481 de 2008.

Finalmente, es de anotar que los contratos misionales pueden ser adicionados en su valor hasta el 100% y adicionados en el plazo sin ningún límite; en materia de garantías ellas serán las que frente a cada contrato la ANH estime adecuadas y la liquidación del contrato se llevara a cabo de común acuerdo o de manera unilateral de conformidad con los informes de interventoría, sin perjuicio de que las situaciones sobrevinientes, relacionadas con la calidad o durabilidad de los bienes o servicios contratados, sean reclamados por la ANH aun después de la suscripción del acta de liquidación.

2.2.3.2 Contratos de asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos propiedad de la Nación.

El Consejo Directivo de la ANH expidió el Acuerdo 004 de 2012 - Por el cual se establecen criterios de administración y asignación de áreas para exploración y explotación de los hidrocarburos propiedad de la Nación; se expide el Reglamento de Contratación correspondiente, y se fijan reglas para la gestión y el seguimiento de los respectivos contratos.

Fue mediante este reglamento que la ANH adoptó los criterios para contratar la explotación y explotación de los hidrocarburos propiedad de la Nación y fijó las reglas para la selección objetiva de contratistas y la adjudicación, celebración, gestión, ejecución, seguimiento, control y vigilancia de los correspondientes contratos⁶⁰, con un alcance de aplicación que él mismo señaló, abarca las distintas etapas de contrato, y que se rigen por los principios de igualdad, moralidad, economía, celeridad, transparencia, responsabilidad, debido proceso, selección objetiva, imparcialidad, publicidad, contradicción, legalidad y calidad y planeación.

Así, para la etapa precontractual el reglamento dispone la aplicación del deber de planeación consistente en la realización de estudios previos y la proyección del procedimiento de selección objetiva de contratistas para la asignación de áreas de exploración y explotación, de manera que dicha selección responda al examen, evaluación y escogencia bajo el lleno de los requisitos de capacidad jurídica, económica, y financiera, técnica y operacional y medioambiental.

⁶⁰ Art. 1 Acuerdo 004 de 2012.



Al respecto el Acuerdo 04 de 2012 de la ANH, previó la existencia de dos procedimientos de asignación de áreas para la explotación y explotación de hidrocarburos, uno general, de carácter competitivo, previsto especialmente para la celebración de los Contratos de Evaluación Técnica “TEA”, para los contratos de Explotación y Producción “E&P”, y para los contratos especiales.

El procedimiento de selección competitivo comprende a su vez, dos esquemas de realización, una “el competitivo abierto” que se realiza mediante una convocatoria pública, o “el competitivo cerrado” que se efectúa mediante un procedimiento cerrado donde la ANH invita a un número plural pero determinado de personas que reúnan los requisitos de capacidad para escoger entre ellos de manera objetiva y en condiciones de igualdad el ofrecimiento más favorable.

La segunda modalidad de asignación de áreas, de carácter excepcional, es la denominada “asignación directa”, procedimiento mediante el cual la ANH, previa autorización del Consejo Directivo, asigna directamente las áreas previamente seleccionada para este efecto, en razón a su especial naturaleza y localización; a sus características geológicas; a la existencia de restricciones sociales o ambientales; a la carencia de información técnica del subsuelo; por motivos de interés general, de seguridad nacional o de orden público; o por consideraciones especiales de política energética o económica.

Sin embargo, es de anotar que tanto en el procedimiento competitivo como en el de asignación directa los proponentes o asignatarios deben reunir todos los requisitos de capacidad que para el efecto se establezcan y, debe preverse que el reglamento en comento sólo establece la posibilidad contractual para personas jurídicas (existentes o futuras), ya sean estas nacionales o extranjeras, ya que se presenten individualmente o mediante la constitución de consorcios o uniones temporales.

Ahora bien, una vez efectuado el procedimiento de competitividad o proyectada la asignación directa, el reglamento prevé la adjudicación mediante acto irrevocable que obliga tanto a la ANH como al adjudicatario y que en el caso de procedimiento competitivo abierto debe hacerse en audiencia pública o si el procedimiento fuere cerrado con invitación a la audiencia de todos los participantes.

Asimismo para la suscripción de los contratos que se rigen por el Acuerdo 04 de 2012, deben seguirse los términos establecidos en el proceso de selección o en el curso de la asignación directa y su contenido serán las estipulaciones aprobadas por el Consejo Directivo de la ANH sin perjuicio de las negociaciones que se hubieren llevado a cabo en los aspectos que así lo permitan, frente a lo cual también vale señalar la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales o multas, cláusula penal pecuniaria o de indemnidad y reversión.



Ya dentro de la etapa contractual, esto es, en el periodo comprendido entre la celebración y ejecución del contrato, el reglamento establece la obligación del contratista de aportar, dentro del plazo fijado, las garantías y seguros exigidos en los términos de referencia, a las cuales les son aplicables las normas de los contratos estatales, especialmente la Ley 1150 de 2007 y su reglamento 734 de 2012, así como las disposiciones que los modifiquen, complementen o sustituyan.

También se prevé la facultad para los contratistas en la modalidad de TEA, E&P y especiales de subcontratar bajo su única cuenta y riesgo, es decir, sin ninguna responsabilidad de la ANH.

Durante la ejecución del contrato la ANH es quien tiene la dirección general, control y vigilancia de la gestión contractual y la ejerce mediante la supervisión y/o interventoría, esto es directamente o a través de terceros.

Finalmente, además del régimen de transición, el reglamento prevé que una vez terminado el contrato su liquidación se realice de común acuerdo o de manera unilateral, dentro del término contractualmente fijado o dentro de los 9 meses siguientes.

Es de anotar que dicho reglamento ha sufrido diferentes adiciones y modificaciones, la primera de ellas, surtida mediante Acuerdo 03 de 2014, por medio del cual se incorporan parámetros y normas aplicables al desarrollo de yacimiento no convencionales; y los acuerdos 02, 03 y 04 de 2015 por los cuales se adoptan reglas y medidas encaminadas a mitigar los efectos adversos de la caída en los precios internaciones del petróleo.

2.2.3.3 Contratación administrativa - Resolución 046 del 25 de enero de 2013

La Resolución 046 del 25 de enero de 2013, por medio de la cual se adopta el Manual de Contratación de la ANH, expresamente manifestó regular “las actividades de contratación diferentes a las regladas por el Acuerdo 004 de 2012 del Consejo Directivo de la ANH y las previstas en el Manual de Contratación Misional”.

El manual de contratación contenido en la Resolución antes mencionada establece como marco constitucional y legal los preceptos contenidos en el artículo 209 de la Constitución Nacional y los principios de la contratación estatal contenidos en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, pero especialmente se señaló el contenido del artículo 23 de la Ley 80 de 1993, según el cual son “Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los



principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

En aplicación de estos postulados, el manual de contratación prevé el sometimiento tanto de los particulares como de las entidades estatales que participan en la actividad contractual del sector petrolero, a las reglas y restricciones que de dicho marco jurídico se desprenden, así como a la garantía de un proceso de selección objetiva, de celeridad, economía, transparencia y planeación, donde son a su vez aplicables los principios de legalidad, igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad, publicidad, contradicción, responsabilidad, buena fe, primacía de lo sustancial sobre lo formal y debido proceso.

Ahora bien, dentro de la etapa precontractual se establece la observancia de todos los procedimientos que dan aplicación al principio de planeación, el cual se encuentra ampliamente reglado en la resolución 046; luego de lo cual corresponde la exteriorización de la voluntad de la administración – AHN, mediante la apertura de las diferentes modalidades de selección donde la entidad da a conocer a los particulares su intención de celebrar el contrato, con información del producto o servicio que se desea adquirir y la definición de los criterios objetivos con fundamento en los cuales la entidad hará la selección.

Dentro de tales modalidades de selección se previeron la licitación pública, como regla general; la selección abreviada, que tiene lugar cuando se trata de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización o cuando se trata de contratos de menor cuantía; el concurso de méritos; la contratación directa; y la contratación de mínima cuantía.

En la licitación pública se podrá adelantar el mecanismo de subasta a la inversa o la selección mediante los mecanismos de calificación y ponderación previamente definidos por la entidad.

Por su parte la selección abreviada se encuentra prevista para aquellos casos en que por las características del objeto que se desea contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

En la selección abreviada, como se dijo, se encuentran los eventos de adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización en donde se permiten los procedimientos de subasta a la inversa y bolsa de productos, con aplicación de los procedimientos detallados en la Resolución 046 para tal efecto.



Asimismo, dentro de la selección abreviada se encuentran los eventos de menor cuantía, la cual es definida de conformidad con el presupuesto de la entidad, por la Vicepresidencia Administrativa y Financiera.

En todo caso, en los procesos donde se tengan en cuenta factores técnicos y económicos, la oferta será seleccionada mediante el mecanismo de ponderación.

La siguiente modalidad de selección es la determinada mediante concurso de méritos, dispuesto para la selección de consultores o proyectos, mediante un sistema abierto o de precalificación, con la intervención de un jurado plural, impar, deliberante y calificado, y con aplicación de los procedimientos dispuestos por la resolución para cada uno de los sistemas.

De otra parte, la modalidad de selección mediante procedimiento de contratación directa exige la realización de estudios previos, el proferimiento de un acto administrativo de justificación de la contratación directa, la presentación de una propuesta, la aceptación de la misma y la concluyente celebración del contrato.

Finalmente, dentro de las modalidades de selección se admite un proceso especial para los eventos de mínima cuantía, la cual también se fija de acuerdo con el presupuesto de la entidad por la una invitación pública a contratar, la presentación de ofertas que serán evaluadas conforme a los requisitos habilitantes y la aceptación y adjudicación del contrato.

Dado lo anterior y una vez suscrito el contrato estatal la entidad, a través de su oficina asesora jurídica, debe verificar los requisitos de ejecución del contrato, dentro de los cuales se encuentran la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento y la expedición del correspondiente registro presupuestal.

La vigilancia, control y seguimiento del contrato se ejerce a través de los supervisores e interventores designados por la entidad, conforme al procedimiento y funciones especificadas por la misma resolución 046 de 2013.

Finalmente, una vez culminado el plazo de ejecución del contrato inicia la etapa post-contractual, dentro de la cual le corresponde al supervisor o al interventor del contrato impulsar su liquidación, la cual podrá realizarse por mutuo acuerdo de los contratantes dentro del plazo acordado o dentro de los 4 meses siguientes a su terminación. Cuando dentro de estos 4 meses no se alcance la liquidación bilateral del contrato, la entidad está facultada para liquidar unilateralmente el contrato dentro de los 2 meses siguientes.



Cuando la liquidación del contrato no se realiza en los términos antes señalados las partes están en libertad de realizar dicha liquidación (de común acuerdo o unilateralmente) o de acudir a la jurisdicción para que ella realice la liquidación judicial del contrato, en cuyo evento cuentan con un término máximo de 2 años.

2.2.4 Contratos celebrados por Ecopetrol S.A., al amparo de la Ley 1118 de 2006 - Derecho Privado

Como debe recordarse, antes se señaló que a partir del Decreto 1760 de 2003 la administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado, así como la suscripción de los contratos de exploración y explotación del petróleo con los particulares interesados en realizar dichas actividades dejó de ser una función de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y se trasladó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Así, el objeto principal de ECOPETROL quedó centrando en la realización de actividades industriales y comerciales relacionadas con la actividad petrolífera.

De otra parte, mediante la Ley 1118 de 2006 Ecopetrol S.A. quedó autorizada para la emisión de acciones colocadas en el mercado⁶¹, que puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas, en razón a lo cual la sociedad quedó organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía (art. 1º)⁶².

Entonces, como con el Decreto 1760 de 2003 la suscripción de los contratos de exploración y explotación quedó asignada a la ANH, los objetivos de Ecopetrol, descritos en el artículo 34

⁶¹ CARO FERNEYNES María Carolina, Reflexiones Sobre La Inmunidad Soberana De La “Nueva” Ecopetrol S.A. (y sus filiales) Ante Tribunales Estadounidenses. Pág. 104-105. Otro cambio principal del nuevo marco jurídico fue la capitalización de la compañía. Con el fin de obtener más capital, la Ley 1118 autorizó a Ecopetrol la emisión de acciones para que fueran colocadas en el mercado y pudieran ser adquiridas, con ciertas condiciones, por personas naturales o jurídicas. La condición principal era que la República de Colombia debía mantener un mínimo del 80 % de las acciones, en circulación, con derecho a voto, de Ecopetrol. En la actualidad, el país posee aproximadamente el 88.23 % de las acciones de Ecopetrol, y el público, el 11.77. La nueva estructura es muy similar a la actual de Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”). En el caso brasileño, desde 1968 el Estado autorizó a Petrobras a ofrecer sus acciones al público con la condición de que el Gobierno debía mantener el control de la empresa a través de la propiedad de la mayoría de las acciones, con derecho a voto. A finales del 2009, el Gobierno de Brasil poseía solo el 32.1 % de estas, pero mantuvo el 55.6 % con derecho a voto⁴². Así Ecopetrol y Petrobras se consolidaron como compañías de economía mixta con control mayoritario por parte del Estado pero con una minoría de acciones disponibles al público. (...)Ecopetrol es el modelo de la política colombiana de internacionalización. Lo anterior debido a que: primero, Ecopetrol ofrece acciones en las bolsas extranjeras (incluyendo la de Nueva York); segundo, emite obligaciones por deudas en Nueva York; y tercero, tiene inversiones y operaciones en los Estados Unidos, cerca del Golfo de México, a través de su filial Ecopetrol América, Inc.

⁶² En el proceso de capitalización autorizado, se garantiza que la Nación conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación, con derecho a voto, de ECOPETROL S.A. (art. 2º).



ibidem (citados con anterioridad), se limitaron a la exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003; la exploración y explotación de hidrocarburos en el exterior, directamente o a través de contratos celebrados con terceros; la refinación, el procesamiento y cualquier otro proceso industrial de los hidrocarburos y sus derivados; la distribución de los hidrocarburos; el transporte y almacenamiento de hidrocarburos; la comercialización nacional e internacional de los hidrocarburos y el desarrollo de programas sociales para la comunidad, en materias propias de su actividad.

Posteriormente, los objetivos de Ecopetrol S.A. fueron adicionados por el artículo 4º de la Ley 1118 de 2006, que extendió su actividad a la realización de “la investigación, desarrollo y comercialización de fuentes convencionales y alternas de energía; la producción, mezcla, almacenamiento, transporte y comercialización de componentes oxigenantes y biocombustibles, la operación portuaria y la realización de cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores”.

Y para el desarrollo de estos objetivos el artículo 6º de la misma Ley 1118 de 2006, expresamente, estableció las reglas de Derecho privado como el régimen jurídico exclusivo aplicable a “todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A. (...) sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”.

Frente a la constitucionalidad de esta disposición se pronunció la Corte Constitucional, en el sentido de afirmar que:

“No resulta contrario a la Constitución que el legislador establezca que los procesos de contratación que se dan en determinadas áreas específicas, tales como las de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, se adelanten por las reglas del derecho privado, sin que, de otra parte, ello signifique que no hayan de tenerse en cuenta en dichos procesos tanto el deber de selección objetiva como los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993.”⁶³

Ahora, con relación a lo transcrito debe resaltarse que la actividad de Ecopetrol ya no es, propiamente, la exploración y explotación de los recursos naturales sino que ésta se vio determinada de manera clara y objetiva hacia la comercialización, transporte, refinación e investigación.

Sin embargo, asimismo es importante resaltar, como puede verse del estudio hasta aquí presentado, que el régimen jurídico aplicable a la contratación realizada para la exploración y

⁶³ Sentencia C-722 de 2007.



explotación de hidrocarburos bajo la modalidad de asociación, de vieja data, se ha desarrollado al amparo de disposiciones especiales regidas por las reglas propias del Derecho privado que en honor a su amplitud y flexibilidad permiten atraer el capital privado, nacional y extranjero, para garantizar el desarrollo de la actividad hidrocarburífera de la Nación.

A la sazón debe preverse que el propósito de la normatividad aquí expuesta esta guiado a optimizar las posibilidades de desarrollo de todo el conjunto de actividades y objetivos que rodean la exploración y explotación de los recursos petrolíferos de la Nación, y tal propósito configura un interés general del Estado de carácter especial, cuya concreción, a su vez, demanda un régimen especial, flexible, autónomo y adecuado para tal fin.

Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional que:

“(…) con el propósito de optimizar las posibilidades de desarrollo conjunto de proyectos de interés general. En ese contexto resulta legítimo que, junto con el propósito de interés general que se persigue, el legislador introduzca modulaciones al régimen usualmente aplicado para las entidades de derecho público, con miras a dotar a tales entes mixtos de la agilidad y competitividad que caracterizan a las entidades del sector privado, sin que tal circunstancia pueda considerarse como lesiva del interés general. Puede concluirse, en consecuencia, que en las sociedades de economía mixta como ECOPETROL S.A., han de coexistir, de una parte, el interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social y, de otra parte, la garantía de la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares. Ahora bien. Aunque los actos jurídicos de ECOPETROL S.A., se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, ello no obsta para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo sobre el objeto de dicha jurisdicción, las controversias y litigios originados en su actividad, como entidad pública que es, sean juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la Constitución y la ley.”⁶⁴

De manera que, como lo pone de presente el Tribunal Constitucional, en aras de favorecer el desarrollo de la actividad petrolífera de la Nación se hace necesario un régimen que garantice la competitividad dentro del mercado de los hidrocarburos con plenas garantías de libertad económica y libre competencia, que le permitan a la nueva Ecopetrol actuar en el mercado nacional y extranjero de los hidrocarburos.

Es esta la razón por la cual, por ejemplo, el Decreto 062 de 1970⁶⁵ ya preveía que Ecopetrol "en su organización interna y en sus relaciones con terceros [funcionara] como una sociedad de naturaleza mercantil", dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Expedido con base en el Decreto 3130 de 1968, aprueba los estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL como empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía



del petróleo y sus afines, "conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos".

De manera que Ecopetrol en el desarrollo de su actividad industrial y comercial, que también es pertinente frente a las sociedades de economía mixta, siempre estuvo sometido a un régimen contractual especial y propio, sujeto al Derecho privado (salvo las excepciones previstas en la ley) y distinto del derecho administrativo general.

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.

Por la misma razón en materia contractual, la gestión operacional desarrollada por Ecopetrol escapa al ámbito de excepcionalidad o exorbitancia dispuesto para la contratación pública, ya que por excelencia en las relaciones mercantiles la regla general es el principio de igualdad y la prevalencia de la voluntad de las partes, más no la unilateralidad derivada del Derecho imperativo de la contratación pública que prevalece en la imposición de las cláusulas excepcionales.

Nótese al respecto que el legislador quiso aclarar que para estos efectos “no importa el aporte estatal dentro del capital social de la empresa sino, únicamente, el desarrollo de las actividades asignadas a Ecopetrol, pues el interés general, en este evento, radica en propender por el



adecuado desarrollo de los objetivos de Ecopetrol y su competitividad en el mercado nacional o internacional de los hidrocarburos.

Y es que lo anterior es apenas lógico, pues imponer el Derecho administrativo de la Nación, por ejemplo, en las contrataciones que para la exploración y explotación de hidrocarburos se celebre en el exterior o con inversión extranjera puede conducir a una falta de interés que desvíe hacia otros horizontes la inversión propuesta. De manera que situaciones como ésta justifican que la actividad desempeñada por Ecopetrol quede abierta a disposiciones de carácter mercantil, no solo del derecho comercial y civil colombiano sino que debe extenderse a las disposiciones del Derecho internacional en la materia. Pues, se insiste, no debe imponerse un derecho reglado cuando la dinámica del mercado invita a desplegar relaciones jurídicas flexibles y rápidas.

En este sentido debe tenerse en cuenta que antes de la entrada en vigencia del Decreto 1760 de 2003 y la Ley 1118 de 2006, esto es, antes de que la Empresa Comercial del Estado fuera transformada en una Sociedad de Economía Mixta y su objeto se viera restringido, en consideración a la naturaleza particular de las actividades realizadas por Ecopetrol, la celebración y ejecución de sus operaciones contractuales se hallaba sustraída de la gestión administrativa y reglamentaria y, por el contrario, se encuadraba en el campo de la mera actividad contractual mercantil, en donde la labor administrativa se limitaba a la revisión y aprobación de los textos contractuales por parte del Ministerio de Minas y Energía.

De manera que aunque los contratos de Asociación celebrados por Ecopetrol obedecían a textos prediseñados y pre-aprobados por el Ministerio de Minas y Energía, éstos se encontraban sometidos al Derecho privado y especialmente al principio de la autonomía dispositiva de las partes. De modo que las garantías y los procedimientos a aplicar en la ejecución contractual correspondían a aquellos que las partes estimaban adecuados, con el único requisito de validez que configura su aprobación por el Ministerio.

Es más, aún los contratos diseñados por la ANH para la exploración y explotación de hidrocarburos configuran esquemas contractuales de naturaleza especial que se rigen por su propio régimen y no por el régimen administrativo general.

Así las cosas, para el caso concreto las normas relativas a las relaciones de las partes dentro del marco contractual de asociación, tales como reclamaciones, trámites de incumplimientos, terminación del contrato, efectividad de las garantías, y en general las demás pactadas, no corresponden en esencia al ámbito del Derecho público sino a normas derivadas de la autonomía dispositiva y el tráfico mercantil que facilitan el establecimiento de relaciones comerciales efectivas para el desarrollo de la actividad económica, comercial e industrial de la empresa



petrolera. Esto marca una diferencia sustancial con los procesos administrativos cuya fuente está en la ley y no en la voluntad de las partes.

Así, al prescribir el legislador que prevalece el Derecho privado significa que en la construcción de todo el contenido del contrato ha operado la autonomía de las partes, en los términos del artículo 1501 del C.C., es decir que los contratantes en torno a su interés negocial han determinado los elementos esenciales del convenio y dispuesto aquellos elementos accidentales y naturales que deben regir la relación jurídica de conformidad con los fines mercantiles a ejecutar⁶⁶.

3. Libertad de empresa y libre competencia, como fundamento del Derecho privado aplicable a la actividad industrial y comercial de Ecopetrol.

El Constituyente de 1991 eligió un sistema de economía social de mercado, según el cual, la dirección de la misma corresponde al Estado, a quien le compete intervenir a fin de evitar o corregir las denominadas fallas del mercado, garantizar el pleno empleo de las fuerzas económicas, preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, etc, de acuerdo a los postulados vertidos en los artículos 333⁶⁷ y 334⁶⁸ de la Constitución Política, tal como ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional:

⁶⁶ Artículo 1501. cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

⁶⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

⁶⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 334. -Artículo modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo



“La conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “economía social de mercado”, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.”⁶⁹

En este contexto, debe decirse que el referente constitucional del artículo 333, dirigido a garantizar la libertad de empresa e iniciativa económica, vinculado estrechamente con la protección y garantía del derecho a la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad, suponen la libertad de emprender cualquier tipo de actividad comercial y/o empresarial, de manera libre y autónoma; advirtiendo que este derecho, como todos los demás de raigambre constitucional y legal, puede ser limitado por el Estado⁷⁰, en ejercicio de la cláusula competencial habilitante del mismo artículo, al señalar que “la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

Por lo tanto, la intervención del Estado en la economía reviste un carácter restrictivo, razón por la cual, la regla general, como se explicó, consiste en la garantía de la libertad de empresa e iniciativa privada⁷¹, cuestión que se entiende claramente cuando se verifica el inciso primero del artículo 333, ya mencionado, que dispone: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos precios ni requisitos, sin autorización de la ley.”

al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004.

⁷⁰ Puntualmente sobre esta cuestión la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente: “No obstante, en los términos del artículo 333, las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público.⁷⁰ Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.”. Sentencia T-197 de 2012.

⁷¹ Sobre la libertad de empresa anota Rodolfo Arango: “Ella está garantizada como un derecho constitucional y puede entenderse como una concreción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es claro que con la garantía de la libertad de empresa queda excluido el marco constitucional un sistema económico que prescindiera de dicha libertad, bien sea porque la proscriba o porque en la práctica la anula al adoptar una economía centralmente dirigida.”. ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. págs. 166-167.



Es por tal razón que la economía social de mercado, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un derecho general de libertad⁷², entendido como “una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”⁷³, mientras que para el Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia⁷⁴, razón por la cual sólo podrá intervenir en el decurso de un actividad económica, cuando así lo disponga una ley para tal efecto, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley. Dicho en otras palabras, el derecho de libertad de empresa implica la asunción de una posición jurídica concreta susceptible de modulaciones por cuenta del Estado pero, a su vez, revestida de un amparo administrativo y judicial a fin de defenderlo de intromisiones injustificadas (en tanto que no exista disposiciones legislativa que avale ello) o desproporcionadas (atentatorias del núcleo esencial del derecho de libertad):

“El modelo constitucional de libertad económica, sustenta y soporta el reconocimiento de un claro e inequívoco derecho de carácter subjetivo, que no obstante caracterizarse por poseer un núcleo esencial aparentemente intangible, surte efectos plenos en cabeza de sus titulares, quienes pueden reclamar en todo momento y hora, mediante los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes, que se les garantice el mismo y que además les proteja de las agresiones o desconocimientos por parte de cualquier actor dentro del tráfico jurídico⁷⁵”

El modelo constitucional de la libertad económica y el consecuente reconocimiento de los derechos subjetivos que hemos destacado, no son absolutos. La libertad en mención no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores no solo policivos, sino también regulatorios en procura de su adecuación a los causes del interés público y general, hipótesis que se funda incluso en los mismos trabajos conceptuales de sus predicadores supremos dentro de las construcciones teóricas neoliberales⁷⁶,

⁷² Una formulación del derecho general de libertad se encuentra en Robert Alexy cuando dice que éste se explica de la siguiente manera: (2) Si x es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de x”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 337.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992. No obstante, es preciso advertir que la jurisprudencia constitucional ha precisado que del artículo 333 constitucional se desprenden dos clases de libertades, una consistente en la libertad de empresa (en donde a su vez se encuentra la libertad contractual y de iniciativa privada) mientras que por otro lado se encuentra la libertad de competencia (de donde se desprenden derechos a concurrir y hacerse parte en el mercado, la libertad de ofrecer sus productos y/o servicios y de contratar con cualquier consumidor. Véase en general: Sentencias C-524 de 1995, C-616 y C- 815 de 2001, C-389 de 2002, C-992 de 2006, C-197 de 2012, entre otras.

⁷⁴ “El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 17 de octubre de 2013, exp. 45679.

⁷⁵ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 25.

⁷⁶ HAYEK. Camino de servidumbre, cit., p. 37.



debiéndose respetar en todo caso, su núcleo esencial, que si bien es cierto lo hemos entendido como aparentemente intangible, de todas maneras concentra la idea rectora de la subsistencia de la libertad, luego por vía de la intervención no se puede llegar a suprimirla, o materialmente desaparecerla⁷⁷.

(...)

La libertad económica en cuanto elemento que coadyuva a la sustentación del sistema Constitucional es parte integrante del mismo, y de ninguna manera una rueda suelta o sin puerto seguro dentro del mismo. Hace parte del contexto constitucional y así debe ser siempre entendida, produciendo unos efectos sustanciales que correspondan a su naturaleza y propósito. Bajo este entendido debe articularse con los demás postulados también básicos de nuestro sistema Constitucional, como lo puede ser en primer lugar el del Estado social y democrático de derecho. Relación supeditada al equilibrio y la ponderación, en relación con cada caso concreto, de manera que sin desconocer la esencia de cada uno de estos postulados básicos del sistema se puedan modular de manera coherente y permanente.⁷⁸

Por otro tanto, la libre competencia encuentra expresa protección constitucional en los preceptos constitucionales del 333 y 336 superior conforme a los cuales “El Estado (...) impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” y disponiendo que “Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”, respectivamente.

Así y entendiendo por competencia en un mercado “cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de un actividad económica lícita”⁷⁹, se tiene que la Constitución protege los elementos esenciales de la libre competencia, tales como es el derecho que se tiene para ingresar y salir libremente del mercado, participar o competir por él conforme a las condiciones y ventajas comerciales que cada participante encuentre pertinentes y la posibilidad de que sus bienes o servicios puedan llegar a sus consumidores.

En efecto, en virtud de tales disposiciones se comprende que la libre competencia opera en el marco del derecho general de libertad, que supone, sin ser absoluto, la posibilidad de los interesados de tomar parte y ejercerlo libremente conforme a sus pareceres, intereses o preferencias, pero, además, dado el contexto en que surge el ejercicio de este derecho, tal

⁷⁷ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 28.

⁷⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III Madrid, España. Febrero de 2010, p. 311-313.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010.



libertad sería meramente ilusoria si no se predicara, a cargo del Estado, la exigencia de ciertas acciones positivas para materializar tal precepto jurídico.

Se trata, entonces, de los deberes del Estado de instrumentalizar – en sede de creación de regulación normativa así como en aplicación de los mismos – medidas destinadas a eliminar las barreras, que impiden o dificultan, el acceso al mercado por parte de los competidores así como censurar las prácticas que se consideran como restrictivas de la libre competencia, tales como ciertos tipos de acuerdos o actos, situaciones de abuso de posición dominante o creación de monopolios.

Así las cosas, debe preverse que el desarrollo normativo que rodea la ejecución de la actividad petrolífera de la Nación, no es otra cosa que la materialización de las garantías constitucionales dispuestas frente a la libertad de empresa y libertad de competencia y propende por el desempeño amplio y adecuado de éste mercado en particular, mediante la inversión privada, nacional y extranjera, y su protección en el desarrollo de la operación comercial, industrial y contractual ejercida por Ecopetrol.

4. El principio de buena fe contractual⁸⁰

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.⁸¹”

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa⁸² en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸¹ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “deberán ejecutarse”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado).

⁸² Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “exenta de culpa” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado).



en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.⁸³

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,⁸⁴ es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”⁸⁵ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”⁸⁶

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia⁸⁷.

⁸³ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado).

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

⁸⁵ *Ibidem*. (La cita es del texto citado).

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado).

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).



Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual⁸⁸.

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

Y es que, se itera, el principio de la buena fe objetiva impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su cocontratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio.

Sobre éste punto es necesario precisar que si bien, por regla general, las partes en un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal pueden de común acuerdo interpretar las cláusulas allí convenidas con sujeción a las reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil⁸⁹ en aras de procurar la adecuada y oportuna ejecución del objeto

⁸⁸ Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648.

⁸⁹ ARTICULO 1618. Prevalencia de la intención. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

ARTICULO 1619. Limitaciones del contrato a su materia. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

ARTICULO 1620. Preferencia del sentido que produce efectos. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

ARTICULO 1621. Interpretación por la naturaleza del contrato. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

ARTICULO 1622. Interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.



contractual así como la satisfacción de los intereses generales, dicha facultad no puede ser ejercida por el contratista de forma unilateral y arbitraria.

5. Interpretación, calificación e integración de los Contratos⁹⁰

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

ARTICULO 1623. Interpretación de la inclusión de casos dentro del contrato Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

ARTICULO 1624. Interpretación a favor del deudor. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, Exp. 23.730, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

6. El incumplimiento contractual.

Frente al contenido de los contratos debe preverse que en todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”⁹¹ dispuestas por las partes en ejercicio de su autonomía negocial, y según lo prevé el artículo 1602 del Código Civil todo contrato legalmente celebrado se constituye en ley para las partes contratantes y no podrá ser invalidado sino por mutuo consentimiento y por las causales previstas en la ley para ello.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el incumplimiento contractual ésta Subsección ha señalado con precisión:

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la

⁹¹ Artículo 1501 del Código Civil.



prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor sólo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”⁹² y esta situación, por regla general,⁹³ no da lugar a la responsabilidad civil.⁹⁴

(...) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación⁹⁵.

6.1 Consecuencias del incumplimiento contractual en los contratos estatales y en contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el derecho privado.

Una de las pretensiones que pueden incoarse en ejercicio de la acción contractual es precisamente la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, su terminación o resolución, pretensión ésta que encuentra su fundamento en la denominada “*Condición Resolutoria Tácita*” prevista en el artículo 1546 del Código Civil, conforme a la cual ante el incumplimiento del

⁹² F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

⁹³ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

⁹⁴ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 22831, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809, entre otras.



contrato por una de las partes, la parte cumplida podrá exigir su cumplimiento, o solicitar su terminación con la consecuente indemnización de los perjuicios⁹⁶.

Así, la declaratoria de incumplimiento supone un juicio de responsabilidad con el consecuente reconocimiento de los perjuicios causados a la parte cumplida con ocasión de éste, conforme a lo alegado y probado en el respectivo proceso⁹⁷.

En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación⁹⁸; II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; II) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o III) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como lo es ECOPETROL, se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a declarar unilateralmente la caducidad del contrato, o ejercer alguna clase de potestad excepcional, lo que sí puede es hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.

Ahora bien, pese a lo dicho, no debe perderse de vista que el ejercicio de las relaciones industriales y comerciales que se amparan en el Derecho privado, tienen su fundamento en la autonomía dispositiva privada, la buena fe y el interés negocial, de donde se desprende el contenido contractual, tanto en su esencia y naturaleza, como en los elementos accidentales que se pacten

⁹⁶ J. O. Santofimio Gamboa, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III, Primera Edición Noviembre de 2004, Editorial Universidad Externado de Colombia, Pág. 235.

⁹⁷ *Ibídem*, Pág. 236

⁹⁸ *Ibídem*. Pág. 236.



Es por ello que el artículo 1602 del Código Civil prevé que el contrato incorpora un imperativo legal dentro de la relación negocial, y por cuanto nace de la voluntad de las partes, en principio, sólo su mutuo consentimiento puede llegar a invalidarlo.

Así las cosas, la Sala se pregunta si las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas.

6.2 Son absolutamente viables las cláusulas de terminación unilateral pactadas en desarrollo de la autonomía dispositiva, por incumplimiento de los contratos celebrados al amparo del Derecho privado.

Al respecto, se discute dentro del Derecho privado la posibilidad de pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del Derecho administrativo o contractual público.

Sobre el tema ha dicho el profesor Felipe Navia Arrollo que “[a] primera vista el ejercicio de cualquiera de estas facultades, pero desde luego en mayor medida la resolución convencional por incumplimiento, podría ser analizado como la atribución de un poder exorbitante a una de las partes y, por esta vía, como la consagración de una desigualdad, tanto más pronunciada, cuanto que aquí la justificación ya no se encuentra en el interés superior de la colectividad, sino en el privado de una de las partes, generalmente de la que está en condiciones de imponer el contenido del contrato a la otra”⁹⁹

Sin embargo, la Sala considera que la ruptura unilateral de un contrato de derecho privado per se no supone una desigualdad o privilegio a favor de una de las partes, pues la terminación unilateral no comporta necesariamente el beneficio exclusivo de la parte cumplida, ya que, incluso, ésta puede resultar perjudicada, verse frustrada ante la ejecución del negocio y, seguramente, coaccionada a la celebración de uno nuevo.

Contrario sensu, el incumplido puede salir favorecido toda vez que será librado del cumplimiento de las prestaciones o del objeto del contrato en cuya ejecución se ha visto imposibilitado.

⁹⁹ NAVIA ARROLLO Felipe, Terminación Unilateral del Contrato de Derecho Privado - Revista de Derecho Privado No. 14 -2008 Universidad Externado de Colombia, pág. 36.



De manera que, aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica en el ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos, en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es el de la autónoma regulación de las relaciones negociables que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del Derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídicos.

Esta configura la diferencia básica y primordial frente a las llamadas cláusulas excepcionales propias de la contratación pública, cuyo fundamento se haya básicamente en la prevalencia del interés colectivo de la administración, entre tanto que quienes se desempeñan al amparo del derecho privado ejercen la autonomía de su voluntad en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes.

Ahora, la viabilidad de estas estipulaciones es tan evidente, que a la luz del Derecho privado existen tipos contractuales que encuentran la fuente de la terminación unilateral por incumplimiento en las previsiones legales que gobiernan la materia. Tal es el caso, entre otros, de los contratos de compraventa (art. 1882 del C.C.)¹⁰⁰, arrendamiento de cosas (arts. 1983¹⁰¹ y 1984¹⁰² del C.C.), contrato de suministro (art. 973 del C.Co.¹⁰³), agencia comercial (art. 1325 del

¹⁰⁰ Art. 1882. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

¹⁰¹ Artículo 1983. Desistimiento del contrato por incumplimiento en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

Habrà lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

¹⁰² Artículo 1984. Mora en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicio.

Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

¹⁰³ Art. 973. El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente.



C.Co.)¹⁰⁴, mandato (art. 2185 del C.C.¹⁰⁵ y 1279 del C.Co.¹⁰⁶) y cajillas de seguridad (art. 1420 del C.Co.¹⁰⁷)¹⁰⁸.

Ahora bien, lo propio ocurre en el derecho comparado donde la tendencia actual es la de ampliar el ámbito de aplicación de la terminación unilateral del contrato. Así por ejemplo países como Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca y Suiza, entre otros, prevén facultades de ruptura unilateral en caso de incumplimiento y los modernos códigos de Holanda, Brasil y Quebec son de la misma tendencia¹⁰⁹.

La jurisprudencia francesa ha admitido la ruptura unilateral del contrato en ausencia de disposición legal o cláusula convencional, cuando el interés de uno de los contratantes lo exige urgentemente o por la preminencia del riesgo de incumplimiento¹¹⁰.

Del mismo modo los instrumentos de Derecho internacional prevén esta facultad. La Convención de Viena sobre compraventa internacional (artículos 49 a 64) autoriza a ambas partes para declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial; el artículo 7.3.1 de los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales da derecho a una parte para resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial y el artículo 9:304 de los Principios Europeos de Derecho de los

¹⁰⁴ Artículo 1325. Justas causas para dar por terminado el mandato. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1) Por parte del empresario:

- a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
- b) Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;
- c) La quiebra o insolvencia del agente, y
- d) La liquidación o terminación de actividades;

2) Por parte del agente:

- a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;
- b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;
- c) La quiebra o insolvencia del empresario, y
- d) La terminación de actividades.

¹⁰⁵ Artículo 2185. Desistimiento por incumplimiento del mandante. El mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo.

¹⁰⁶ Artículo 1279. Revocación total o parcial del mandato. El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa.

¹⁰⁷ Artículo 1420. Efectos de la mora en el pago. La mora en el pago del precio en la forma convenida, dará lugar a la terminación del contrato, quince días después de ser exigido por escrito su cumplimiento por el banco.

¹⁰⁸ MOLINA MORALES Ranfer, La Terminación Unilateral del Contrato por Incumplimiento – Revista de Derecho Privado No. 17-2009 Universidad Externado de Colombia, pág. 80-88.

¹⁰⁹ MOLINA MORALES Ranfer, con cita de Christophe Paulin. La clause résolutoire, París, Igdj, 1996, 6.

¹¹⁰ MOLINA MORALES Ranfer, con cita de Cécile Chabas. L'inexécution licite du contrat, París, Igdj, 2002, 158: "La gravedad del comportamiento de una de las partes puede justificar que la otra parte ponga fin de manera unilateral al contrato por su cuenta y riesgo (à ses risques et périls), un derecho de hacerse justicia y de defenderse a posteriori. El derecho positivo permite en efecto algunas veces a una de las partes prevenir la ocurrencia de un daño o anticiparse al comportamiento de su contratante. La ruptura es necesaria. No se trata de hacerse justicia puesto que ninguna falta ha sido todavía cometida"



Contratos, sobre el “incumplimiento previsible”, señala que “[c]uando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato”.

Entonces, si la ley nacional e internacional, civil y comercial, establecen la terminación unilateral por incumplimiento como un elemento natural de determinados contratos, ya sean estos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo; por qué no podrían contemplarla las partes como un elemento accidental de su negociación, que atienda el interés particular del contrato y de los intervinientes.

Por el contrario, la Sala considera absolutamente viable que los contratantes, en el ejercicio de su autonomía negocial y en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, establezcan cláusulas como la terminación unilateral del contrato, entre otras, para proveerlo de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial.

Sobre el particular la doctrina sostiene

“En efecto, por medio de una cláusula es posible pactar que el incumplimiento de cualquiera de los contratantes generará la terminación de pleno derecho del contrato. O lo que es más exacto: que el incumplimiento de una de las partes facultará a la otra para dar por terminado el contrato. A estas cláusulas se les conoce comúnmente como cláusulas resolutorias expresas (...). La denominación “cláusula resolutoria” es apropiada puesto que el término “resolución”, en su acepción amplia, define la pérdida de efectos por incumplimiento de contratos tanto de tracto sucesivo como de ejecución instantánea, si bien en su acepción restringida se usa para referirse a estos últimos”¹¹¹.

Adicionalmente, para explicar la viabilidad del pacto de terminación unilateral deben preverse los efectos que de él se desprenden, pues además de las consecuencias que genere en cada caso concreto sobre el objeto contractual, este tipo de cláusulas, por regla general, permiten poner fin a un negocio que como corolario del incumplimiento grave ha sido desprovisto de utilidad, en razón a lo cual puede requerirse la celebración de un nuevo contrato a fin de alcanzar el objetivo económico esperado, lo que configura otro resultado favorable al interés negocial.

Adicionalmente el pacto de este tipo de estipulaciones, dentro de las cuales se encuentran la cláusula penal, la multa y las garantías de cumplimiento, actúan como mecanismo de presión en los contratantes que se verán impulsados a la debida ejecución de las obligaciones a su cargo y abren la puerta de la solución directa de los conflictos suscitados con ocasión del contrato, de manera que puede favorecer a la descongestión de la administración de justicia.

¹¹¹ MOLINA MORALES Ranfer, artículo citado, pág. 88.



Dicho lo anterior, la Sala encuentra fundamento suficiente para la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por el derecho privado, por supuesto, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo, y no de poca importancia.

Sobre este aspecto, se encuentra que “en los sistemas jurídicos en los que se ha admitido que la resolución convencional de pleno derecho pueda operar sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, como es el caso en Francia, la jurisprudencia se muestra particularmente rigurosa cuando de poner en práctica la cláusula respectiva se trata. En primer término se exige absoluta precisión en su redacción, en el sentido de que ella no puede apuntar al incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato, lo que significa, según lo anotan Ghestin, Jamin y Billiau, “que el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que él engendra, a menos que hayan sido mencionadas en la cláusula¹¹²”¹¹³.

Ahora bien, asimismo debe tenerse en cuenta que la parte que unilateralmente finaliza el contrato como consecuencia del incumplimiento puede verse sometida al control judicial, ya no para que el juez haga efectiva la cláusula sino para que verifique su correcta aplicación, evento en el cual corresponde al juzgador, en primer lugar, verificar si ha habido incumplimiento y, adicionalmente, que la consagración contractual estipule el rompimiento del contrato por dicho incumplimiento.

En este sentido se cita:

“La cláusula resolutoria le retira al juez su poder de apreciación. Pero el juez, en el estado actual del derecho, tiene una tarea doble que no se muestra a primera vista: verificar si ha habido incumplimiento e interpretar la cláusula. Se pregunta si, además, no tendría un poder moderador a propósito. Ante la demanda del deudor, luego de que el acreedor decidió romper el contrato, él verifica si hubo inejecución: es menester que se trate de una de las obligaciones previstas por la cláusula. El acreedor solamente puede proceder a esta ruptura unilateral cuando la cláusula se lo permite, lo que envuelve un problema de interpretación.

Y agregan:

La interpretación de las cláusulas resolutorias por la jurisprudencia es estricta y en ella impera un formalismo riguroso, a menudo ligado al automatismo de los efectos de la cláusula. Por ejemplo, si la cláusula se limita a prever “la resolución en caso de incumplimiento”, los tribunales deciden que ella es un mero reenvío al art. 1184 y no

¹¹² Ghestin, Jamin, Billiau, *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les effets du contrat*, I.g.d.j., 3e édition, Paris, 2001, p. 659.

¹¹³ NAVIA ARROLLO Felipe, artículo citado, Pag. 56.



suprime la obligación de recurrir al juez, como tampoco la de constitución en mora. La cláusula que estipula la “resolución de pleno derecho” en caso de incumplimiento dispensa de tener que recurrir al juez, pero no de la constitución en mora para verificar la inejecución. La única cláusula que implica la resolución automática por el hecho del incumplimiento al vencimiento de un término es aquella que estipula la “resolución de pleno derecho sin requerimiento” en caso de inejecución luego del vencimiento del término¹¹⁴.

En segundo lugar, se hace un control estricto de la constitución en mora del deudor, tanto más en los casos en los que la ley exige un requerimiento especial¹¹⁵. En fin, los jueces ejercen un control estricto de la buena fe del acreedor, a pesar de que, como lo anotan Malaurie y Aynès,

“tradicionalmente, la cláusula resolutoria de pleno derecho excluye los poderes que el artículo 1184, inciso 3º confiere al juez, lo que ha implicado ciertos abusos. Por ejemplo, la resciliación de un arrendamiento comercial por una culpa mínima puede causar al arrendatario un perjuicio considerable. Algunos autores desearían la extensión a esta cláusula del poder moderador que el juez posee respecto de la cláusula penal. La jurisprudencia lo ha negado, salvo, con muchos rodeos y sobre todo en caso de mala fe del acreedor, cada vez más acogido, especialmente en la práctica arbitral de contratos internacionales”¹¹⁶.

Buena fe que debe ser entendida no solo en su manifestación pasiva de no abstenerse de ejecutar las propias obligaciones, sino en forma activa, lo que implica para el acreedor haber cooperado con el deudor en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de este. O, para decirlo con palabras de Ghestin, Jamin y Billiau, “el acreedor no debe simplemente cumplir de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuanto menos no haber provocado la inejecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento”¹¹⁷¹¹⁸

Así las cosas, la estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado.

Asimismo, los contratos suscritos por entidades públicas o sociedades que actúen en el mercado sujetas al Derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración.

En síntesis, para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución

¹¹⁴ Ph. Malaurie y L. Aynès, Cours de Droit Civil. Les Obligations, Éditions Cujas, Paris, 1999, p. 440.

¹¹⁵ Cfr. Ghestin, Jamin, Billiau, cit., p. 661; y, Ch. Larroumet, Teoría general del contrato (trad. Jorge Guerrero), Editorial Temis, Bogotá, 1993, t. ii., p. 162.

¹¹⁶ Ph. Malaurie y L. Aynès cit., pp. 440- 441.

¹¹⁷ Ghestin, Jamin, Billiau, cit., p. 664.

¹¹⁸ NAVIA ARROLLO Felipe, artículo citado, pág. 57-58.



del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria.

7. Caducidad de la acción de controversias contractuales.

Sobre la perentoriedad de los términos de caducidad, esta Subsección tiene dicho:

“La caducidad de la acción como fenómeno jurídico implica la imposibilidad de formular ante la jurisdicción unas determinadas pretensiones habida cuenta de que ha transcurrido el término que perentoriamente ha señalado la ley para ejercitar la correspondiente acción.

La seguridad jurídica y la paz social son las razones que fundamentalmente justifican el que el legislador limite desde el punto de vista temporal la posibilidad de aducir ante el juez unas concretas pretensiones y por ello se dice que la caducidad protege intereses de orden general.

Los términos para que opere la caducidad están siempre señalados en la ley y las normas que los contienen son de orden público, razones por las cuales son taxativos y las partes no pueden crear término alguno de caducidad.

La caducidad opera de pleno derecho, es decir que se estructura con el solo hecho de transcurrir el tiempo prefijado para ello, y por lo tanto el juez puede y debe decretarla aún de oficio cuando aparezca que ella ha operado.

La caducidad produce sus efectos frente a todas las personas sin que sea admisible ninguna consideración sobre determinada calidad o condición de alguno de los sujetos que interviene en la relación jurídica o que es titular del interés que se persigue proteger mediante la respectiva acción.

Finalmente la caducidad, precisamente por ser de orden público, no puede ser renunciada y no se interrumpe sino en los limitados casos exceptuados en la ley¹¹⁹.

Para establecer los términos de caducidad debemos remitirnos al artículo 136 del Decreto 01 de 1984 – Código Contencioso Administrativo-, el cual señala los plazos de caducidad de los distintos medios de control, y originariamente señalaba en relación con las controversias contractuales:

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013; Expediente 23136.



“(…) Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella (…)

Dicha norma fue modificada por el Decreto 2304 de 1989 la cual señaló:

“Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.”

Finalmente, con la expedición de la ley 446 del 7 de julio de 1998 se modificó el artículo en cita y se establecieron diferentes hipótesis para el conteo de la caducidad de la acción de controversias contractuales, a saber:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
- b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;
- c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;
- d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;
- e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", y f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento”.



8. Valor probatorio de las copias simples.

Debido a que la sentencia de primera instancia decidió negar las pretensiones de la demanda al considerar que la parte demandante incumplió la carga de probar la existencia del contrato de asociación pues el mismo fue allegado en copia simple, procede la Sala a pronunciarse sobre el mencionado planteamiento.

Sobre el particular, la Sala reitera que en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013¹²⁰ la Sección Tercera de esta Corporación, señaló que es posible apreciar las copias simples si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a la contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

Así las cosas, la Sala valorará las copias simples allegadas al plenario toda vez que la parte demandada, representada por Curador Ad-litem- nunca contradijo la autenticidad ni se opuso a la valoración de tales documentos. En suma, se tiene que si a lo largo del proceso las partes no cuestionaron la autenticidad o veracidad de los documentos aportados en copia simple, mal puede venir el juzgador administrativo a desconocer lo que no ha sido desconocido por las partes en el proceso.

Además, le asiste razón al apoderado de Ecopetrol, quien en su recurso de apelación señala que la parte si cumplió la carga de aportar en copia autentica el contrato de asociación, pues a través de auto del 26 de agosto de 1998 el Juzgado Séptimo Civil del Circuito inadmitió la demanda solicitando, entre otras cosas, para que “adjunte el contrato sobre el cual basa las pretensiones en original o copia auténtica”, lo que conllevó a que se subsanara la demanda¹²¹ y que posteriormente fuese admitida la misma por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito.

9. Análisis del caso concreto

9.1 Aspecto preliminar – valoración de la copia simple y planteamiento del problema jurídico

La empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol incoó demanda el 3 de julio de 1998, solicitando la declaratoria de incumplimiento de la empresa Caribbean Oil and Services Inc. por no haber

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia De Unificación Del Veintiocho (28) De Agosto De Dos Mil Trece (2013). Radicación: 05001233100019960065901.

¹²¹ Folio 150 cuaderno 1.



ejecutado las obligaciones del segundo año de la etapa exploratoria del contrato de asociación entre ellos celebrado. Sin embargo, el Tribunal de origen negó las pretensiones de la demanda al considerar que la parte actora incumplió su carga probatoria pues allegó en copia simple el contrato de asociación.

La parte demandante se alzó contra la sentencia de instancia argumentando que la demanda inicial fue subsanada allegando a la misma copia autentica del contrato de asociación, por lo que solicitó la revocatoria del fallo.

Dado que lo concerniente al valor probatorio de las copias simples fue desatado en el numeral 9º de esta sentencia, corresponde a la Sala dilucidar como problema jurídico, si existió incumplimiento por parte de la empresa Caribbean Oil and Services Inc. de las obligaciones emanadas del contrato de asociación, y si es procedente ordenar la indemnización de perjuicios.

Sin embargo, previo a resolver el problema jurídico entra la Sala a pronunciarse la caducidad de la acción en el caso concreto.

9.2 Caducidad de la acción en el caso concreto

En el presente caso los hechos que motivaron el ejercicio de la acción contractual fue el incumplimiento de empresa Caribbean Oil and Services Inc. de las obligaciones del segundo año de exploración consistentes en la adquisición de un programa mínimo de cien kilómetros (100 km) de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio de tipo MOST.

Se encuentra en el plenario que el incumplimiento de dicha obligación fue certificado por el jefe de la División Técnica de Asociados de Ecopetrol el 21 de noviembre de 1995, luego de lo cual, de conformidad con la cláusula 25.3 del contrato de asociación (que se explicará más adelante), Ecopetrol debía otorgarle a la Asociada el término de 60 días para que ésta explicara y corrigiera el incumplimiento, so pena de que Ecopetrol ejerciera la facultad contractualmente pactada de terminar unilateralmente el contrato.

Como se verá en el análisis del caso concreto, luego de varias comunicaciones y hechos, el 10 de abril de 1996 Ecopetrol ejerció la terminación unilateral del contrato a partir de dicha fecha.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Contrato de Asociación en cuanto a concesionario de la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos, es un contrato de tracto sucesivo, que



luego de la terminación unilateral debe ser liquidado por las partes o por la Empresa de manera unilateral.

Con relación a los contratos que requieren liquidación, se dijo en el punto 7 de las consideraciones que el término de caducidad iniciaba su cómputo una vez suscrita el acta de liquidación o luego de vencido el término dispuesto para tal efecto, por lo regular, 4 meses para la liquidación bilateral o de común acuerdo, más 2 meses para la liquidación unilateral, precepto este que es absolutamente aplicable al caso de autos, mucho más si se tiene en cuenta que de conformidad con lo pactado en las cláusulas 22 y 26 del Contrato de Asociación, luego de su terminación subsistían obligaciones en cabeza de la Asociada, tales como dejar en funcionamiento los pozos, entregar a la Empresa las construcciones, oleoductos, líneas de transferencia y bienes muebles, entre otros.

En el caso concreto, no obra prueba que permita inferir que el contrato de asociación haya sido liquidado o que la Asociada haya dado cumplimiento a sus obligaciones post-contractuales dentro de un determinado tiempo, de manera que la Sala contabilizará el término de caducidad teniendo en cuenta la fecha de terminación del contrato (10 de abril de 1996) más los 6 meses dispuestos para la liquidación, esto es, 10 de octubre de 1996.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la acción contractual caduca en dos años contados a partir del 10 de octubre de 1996, el término de caducidad fenecía el 10 de octubre de 1998 y la demanda fue interpuesta el 3 de julio de 1998, es decir, encontrándose vigente el término de caducidad.

9.3 Calificación, integración e interpretación del contrato de asociación

En el plenario se encuentra demostrado que el 31 de agosto de 1993 entre la empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol y Caribbean Oil and Services Inc. fue suscrito el contrato de asociación denominado “CONDORES”, cuyo objeto era “la exploración del área contratada y la explotación del petróleo de propiedad nacional que pueda encontrarse en dicha área, descrita en la cláusula 3 [CONDORES]”.

La Sala encuentra que se trata de un contrato de asociación celebrado al amparo del Decreto Legislativo 2310 de 1974, esto es, regido por las cláusulas contractuales (art. 1602 del C.C.) y por las normas del Derecho privado, en donde Ecopetrol actuaba como Empresa Industrial y Comercial del Estado con autonomía para realizar todos los actos operacionales y contratos que convinieran al desarrollo de su objeto. Lo anterior al amparo de la autonomía negocial, la buena fe contractual, las garantías sobre la libertad de empresa y libre competencia.



A la sazón, debe preverse que el objeto contractual comprendía tanto la etapa de exploración como la correspondiente a la explotación del petróleo. Con relación al periodo de exploración debe decirse que este fue contractualmente definido como “el lapso de que dispone LA ASOCIADA para cumplir con las obligaciones estipuladas en la cláusula 5ª de este contrato y que no será superior a seis (6) años contados a partir de la fecha efectiva, con excepción de los casos contemplados en las cláusulas 9 (numerales 9.3 y 9.8 y 34)”.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la cláusula 5ª del contrato estableció los términos y condiciones de la exploración, de los cuales se resalta:

“CLASUSULA 5 – TERMINOS Y CONDICIONES

5.1.1. Durante el primer año contado a partir de la fecha efectiva de este contrato, LA ASOCIADA se obliga a ejecutar el reprocesamiento de la información sísmica disponible y la reinterpretación de la información geológica y geofísica existente. Durante el segundo año LA ASOCIADA llevará a cabo la adquisición de un programa mínimo de cien (100) kilómetros de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio tipo MOST. Al término del segundo año LA ASOCIADA tendrá la opción de renunciar al contrato, siempre y cuando haya dado cumplimiento a las obligaciones antes mencionadas.

5.1.2. Durante el tercer año LA ASOCIADA perforará un (1) pozo de exploración hasta alcanzar a penetrar las formaciones que puedan producir petróleo en el área. Al vencimiento de este año terminará el contrato si no ha sido solicitada y autorizada su prórroga conforme al numeral 5.2. de esta cláusula o no ha sido descubierto un campo comercial. (...)

5.2 Si LA ASOCIADA ha cumplido satisfactoriamente con las obligaciones estipuladas en [los numerales anteriores], ECOPETROL, a solicitud de LA ASOCIADA prorrogará anualmente hasta por tres (3) años adicionales el periodo de exploración (...)

5.4 (...) LA ASOCIADA será la única responsable por los riesgos y costos de estas actividades y por lo tanto tendrá exclusivo control de las mismas (...)

En atención a las obligaciones establecidas en la cláusula 5.1.1 y 5.1.2, esto es, el reprocesamiento de información sísmica, la reinterpretación de la información geológica y geofísica, la aplicación de un programa de sísmica nueva, la determinación de la cartografía geológica del área contratada (campo) y la investigación geoquímica – estudio tipo MOST, se hacía necesario el suministro de información a Ecopetrol, frente a lo cual se infiere que de los resultados arrojados por estas actividades dependía el avance de la ejecución contractual a las etapas siguiente.

En este sentido debe notarse que era tan importante el resultado, por ejemplo, de las actividades del segundo año de ejecución que éste facultaba a la Asociada para dar por terminado unilateralmente el contrato, por supuesto, si ellos no le eran favorables, o la facultaba para solicitar la prórroga del contrato e iniciar el tercer año de ejecución.



Aquí debe resaltarse que en atención a la importancia de la ejecución de las prestaciones pactadas para los dos primeros años, que la cláusula 39 del contrato de asociación dispuso: “para garantizar el cumplimiento de los trabajos exploratorios correspondientes a los dos primeros años del periodo de exploración de conformidad con la cláusula 5, LA ASOCIADA se obliga a presentar una carta de crédito irrevocable a favor de ECOPETROL por la cantidad de quinientos mil dólares (US\$500.000.00) dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de firma de este contrato”. El 29 de octubre de 1993 la Asociada presentó la correspondiente carta de crédito, con fecha de expiración al 30 de noviembre de 1995¹²².

Entonces, como venía diciéndose, los resultados que arrojaban cada una de las actividades ejecutadas por la Asociada dentro de los dos primeros años habilitaban el surgimiento de nuevas etapas de exploración dirigidas concretamente a la perforación de pozos para la extracción de crudo, y así se observa en las estipulaciones contenidas sobre los años subsiguientes.

Es por lo anterior que el deber de información adquiere especial relevancia en la etapa de exploración. El cual se deja plasmado en la cláusula 6, en los siguientes términos:

“CLAUSULA 6 – SUMINISTRO DE INFORMACION DURANTE LA EXPLORACION

6.1. ECOPETROL suministrará a LA ASOCIADA cuando esta lo solicite toda la información que tenga en su poder dentro del área contratada. Los costos causados para la reproducción y suministro de tal información serán a cargo de LA ASOCIADA.

6.2. Durante el periodo de exploración LA ASOCIADA entregará a ECOPETROL, a medida que se vaya obteniendo toda la información geológica y geofísica, cintas magnéticas editadas, secciones sísmicas procesadas y toda la información de campo que le sirva de soporte, perfiles magnéticos y gravimétricos, todo en originales reproducibles, copias de los informes geofísicos, originales reproducibles de todos los registros de los pozos que perfore LA ASOCIADA, incluido el gráfico compuesto final de cada pozo y copias del informe final de la perforación que incluya análisis de muestras de corazones, los resultados de pruebas de producción y cualquiera otra información relativa a la perforación, estudio o interpretación de cualquier naturaleza que realice LA ASOCIADA para el área contratada sin limitación alguna. ECOPETROL tiene derecho, en cualquier tiempo y por los procedimientos que considere apropiados, a presenciar todas las operaciones y comprobar las informaciones anteriormente enumeradas. (...)”.

Visto lo anterior, se corrobora la importancia de las actividades correspondientes a los años uno y dos de exploración y de la información que de ellas se desprende, y es en razón a esto que el mismo contrato establece un acuerdo de confidencialidad y la facultad en cabeza de Ecopetrol para dar por terminado unilateralmente el contrato cuando no se cumpliera con las prestaciones

¹²² Folio 53 *Ibidem*.



pactadas para cada etapa exploratoria y no presentaran los informes correspondientes, como se observa de la cláusula 25:

“CLAUSULA 25 – CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL

25.1. Unilateralmente, ECOPETROL podrá declarar terminado el contrato, en cualquier momento antes del vencimiento del periodo pactado en la Cláusula 23, en los siguientes casos:

(...)

25.1.4. Por incumplimiento de las obligaciones contraídas por LA ASOCIADA conforme a este contrato.

Al vencimiento de cada uno de los periodos contemplados para el cumplimiento de las obligaciones exploratorias, LA ASOCIADA presentará un informe escrito que demuestre el cumplimiento de las obligaciones del respectivo periodo. En el evento en que están no hayan podido cumplirse, el operador dispondrá de un periodo de sesenta (60) días para completarlas diligentemente según las buenas prácticas petroleras. Si este término fuere insuficiente, las partes podrán de común acuerdo establecer un plazo adicional para dicho cumplimiento. Si al cabo de este tiempo aún no se han realizado todos los trabajos convenidos, se configurará un incumplimiento y en consecuencia ECOPETROL podrá proceder de conformidad con lo establecido en la cláusula 25.3.

25.2. En el caso de declaración de terminación unilateral, cesarán los derechos de la ASOCIADA enunciados en este contrato, tanto en su calidad de parte interesada, como en su calidad de operador, si al tiempo de la declaratoria de terminación unilateral en LA ASOCIADA concurren las dos calidades aludidas.

25.3. ECOPETROL no podrá declarar unilateralmente terminado este contrato, sino después de sesenta (60) días de haber notificado por escrito a LA ASOCIADA o a sus cesionarios, especificando claramente las causales invocadas para hacer tal declaración y solamente si la otra parte no ha presentado las explicaciones satisfactorias a ECOPETROL o si LA ASOCIADA no ha corregido la falla en el cumplimiento del contrato, sin perjuicio del derecho de LA ASOCIADA de interponer los recursos legales que estime convenientes. (...)”

Entonces, la cláusula 25 del Contrato de Asociación “Cóndores” contempla dos momentos diferentes. El primero dispuesto en el numeral 25.1.4 establecido para la configuración del incumplimiento, y el segundo dispuesto en el numeral 25.3 como suplementario para que el asociado corrija el incumplimiento.

Ahora bien, con relación a la validez del clausulado contractual, en la parte general que sirve de fundamento de ratio decidendi se dijo que los contratos de asociación que celebre Ecopetrol requieren para su validez, conforme al artículo 4° del Decreto Reglamentario 0743 de 1.975 - Código de Petróleos, la aprobación del Ministerio de Minas y Energía.

Dicho requisito de validez fue reiterado en la cláusula 40 del contrato suscrito por la empresa Colombiana de Petróleos y la Asociada Caribbean Oil and Services Inc. y, aunque al plenario no



fue allegada la prueba de la resolución aprobatoria de dicho contrato, ello no puede significar su inexistencia, en razón a lo cual la Sala presume el cumplimiento de este elemento.

Pero, pese a la necesaria aprobación por parte del Ministerio de Minas, la Sala ha sido enfática en afirmar que frente a la naturaleza particular de las actividades contractuales desarrolladas por Ecopetrol, estas se rigen por el Derecho privado, en tanto que su flexibilidad le otorga la autonomía para establecer con libertad el clausulado contractual y, así, adecuar los términos, los procedimientos y las garantías que regirán el contrato; de manera que se procure el adecuado desarrollo de la actividad industrial y comercial de la Empresa y su desempeño en el mercado de los hidrocarburos en condiciones de libertad e igualdad competitiva.

Entonces, también se estableció que bajo la garantía de libertad de empresa y libre competencia, Ecopetrol cuenta con la autonomía negocial suficiente para determinar el pacto cláusulas que exijan una garantía de cumplimiento y prevean la terminación unilateral del contrato también por incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la Asociada.

De manera que con fundamento en las motivaciones presentadas en la parte general que sirve como ratio decidendi en este punto, la Sala encuentra que la garantía exigida en la cláusula 39 del contrato de asociación, así como las causales de terminación unilateral de la cláusula 25 son absolutamente válidas y debe reconocérseles el alcance jurídico que corresponda.

Respecto a la constitución de la carta de crédito exigida por la cláusula 39 debe decirse que ella constituye una consecuencia de un posible incumplimiento, que no comporta una potestad excepcional sino una simple garantía constituida a favor de Ecopetrol, frente al cumplimiento de las prestaciones correspondientes a los periodos 1 y 2 de la fase exploratoria.

Asimismo, con relación a la estipulación de terminación unilateral del contrato por incumplimiento, contenida en la cláusula 25.1.4 y 25.3 debe decirse que:

a. La facultad de terminación unilateral por incumplimiento se encuentra expresamente pactada y en ella se especifica la prestación esencial cuyo incumplimiento conlleva la terminación unilateral. Incumplimiento que se hizo consistir en la no ejecución de las obligaciones exploratorias dispuestas para cada uno de los periodos, ejecución que debía quedar reflejada en la presentación de los correspondientes informes que, a su vez, daban cumplimiento al deber de información contenido en la cláusula 6 del contrato.

b. El incumplimiento de la prestación señalado como causal de terminación unilateral del contrato es sustancialmente importante para la ejecución del objeto pactado (exploración y explotación



del área contratada). Al respecto se ha dicho que era tan relevante la ejecución las obligaciones establecidas para cada periodo, que sólo su acreditación habilitaba el inicio de un nuevo periodo o etapa contractual.

Así por ejemplo, los resultados de las actividades del segundo año eran tan importantes que, por un lado, la Asociada tenía la opción de renunciar al contrato o, lo que es lo mismo, darlo por terminado unilateralmente, lo que resulta posible a la luz del Derecho privado, o avanzar al tercer periodo de la exploración para el inicio de las perforaciones, lo cual sólo era viable con el cumplimiento de los estudios y prestaciones determinadas para el segundo año de exploración.

c. Las estipulaciones 25.1.4 y 25.3 no configuran una cláusula abusiva o arbitraria, ni mucho menos el ejercicio de una suerte de posición dominante por parte de Ecopetrol, en primer lugar, porque aunque ella favorece a la administración ya que garantiza el cumplimiento de las prestaciones establecidas para cada uno de los periodos de la fase de exploración, también protege al Asociado otorgándole el término de 60 días para explicar y corregir las fallas que conllevan al incumplimiento.

Y es que frente a la configuración de una posición dominante dentro del contrato de Asociación, debe preverse que pese al diseño del contrato por parte de Ecopetrol, en esta relación negocial quien ostentaba el poder económico y técnico no es la Empresa sino el Asociado, entre tanto que aquella sólo se encargaba de la entrega del área contratada, sobre todo, en lo que respecta a la fase exploratoria. De modo que la Sala no encuentra razones que justifiquen la exclusión de la cláusula por este motivo.

Por último, frente a la validez de esta estipulación también debe preverse que ella es propia de los contratos mercantiles, sobre todo en aquellas relaciones que surgen del ejercicio de una actividad industrial y comercial que trasciende la esfera nacional.

Y como se dijo, resulta ilustrativo de esta afirmación y de la costumbre internacional sobre la materia que para la estructuración de estos negocios los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales internacionales contemplan las denominadas cláusulas de “periodo suplementario para el cumplimiento” y de “derecho a resolver el contrato.

En efecto, como se dijo en el aparte teórico correspondiente a la viabilidad de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento, la Sección 3 de los principios Unidroit frente a la resolución en el artículo 7.3.1 establece que “una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial”, como se pactó en la estipulación contractual 25.1.4.



De otra parte, la Sección 1, frente al incumplimiento en general, en su artículo 7.1.5 dispone la posibilidad conceder a la parte incumplida un “periodo suplementario para el cumplimiento, en el siguiente sentido: “en caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un periodo suplementario para que cumpa”.

Nótese entonces que la estipulación establecida en el contrato de asociación no es otra cosa que la materialización del ejercicio del poder dispositivo de que gozan los particulares que integran el mercado de los hidrocarburos en condiciones de libertad e igualdad, como es el caso de Ecopetrol quien en el desarrollo de su actividad industrial y comercial no solo se ve sometido al establecimiento de relaciones contractuales mercantiles de tipo nacional, sino que ellas trascienden al ámbito extranjero de los mercados petroleros para alcanzar la máxima productividad industrial, comercial y económica, que a su vez la ubique en el mismo nivel de sus competidores internacionales.

Entonces, la cláusula 25.3. prevé que ECOPETROL debe notificar por escrito a LA ASOCIADA del incumplimiento en que se halla incurso, especificando claramente las causales de dicho incumplimiento, y debe otorgarle un plazo de sesenta (60) días para que ésta allegue las explicaciones correspondientes y para que corrija la falla que conlleva al incumplimiento del contrato.

Lo anterior implica que Ecopetrol no podrá optar por la terminación unilateral del contrato sin antes otorgarle a la Asociada el término de 60 días para que allegue sus explicaciones, las cuales deben resultar satisfactorias, o para que corrija las fallas que dieron lugar al incumplimiento, lo cual, claramente, corrobora que no se trata de un ejercicio arbitrario del derecho sino de una consecuencia de la forma particular en que las partes regularon sus intereses negociales.

9.4 Incumplimiento contractual de la Asociada

Ahora bien, lo pretendido por la parte demandante es la declaratoria de incumplimiento de la empresa Caribbean Oil and Services Inc. de las obligaciones emanadas del segundo año de la fase de exploración consistentes en la adquisición de un programa mínimo de cien kilómetros (100 km) de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio de tipo MOST. Razón por la cual la demandante pretende como indemnización de perjuicios la suma de US\$1.700.000.oo.

Al efecto, la Sala encuentra acreditado que con relación a las obligaciones estipuladas en cabeza de la Asociada para la ejecución del primer año de exploración (1994), en donde le correspondía



“ejecutar el reprocesamiento de la información sísmica disponible y la reinterpretación de la información geológica y geofísica existente”, mediante oficio CB-189-94 del 30 de diciembre de 1994 el gerente de exploración de la Asociada Caribbean Oil and Services Inc. remitió a Ecopetrol la información correspondiente a las prestaciones efectuadas en el año 1994 dentro del contrato de asociación “Cóndores” (y otro), y asimismo allegó el programa de exploración elaborado para el año 1995¹²³, con lo que correspondía iniciar el segundo periodo exploratorio.

De manera que las obligaciones correspondientes al primer año de ejecución no presentan inconveniente. Sin embargo, no ocurre lo mismo en lo que respecta al segundo año de la fase exploratoria, en donde el Asociado estaba obligado a “[adquirir] un programa mínimo de cien (100) kilómetros de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio tipo MOST”.

Al respecto se observa que mediante oficio VOP-No. 0410 del 8 de noviembre de 1995¹²⁴ con referencia “CONTRATO DE ASOCIACION CONDORES terminación unilateral”, Ecopetrol requirió a su Asociada “Caribbean Oil and Services Inc.”, en los siguientes términos:

“El 25 de octubre del presente año, mediante comunicación VOP-39, teniendo en cuenta que ECOPETROL no había recibido información sobre el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones correspondientes al segundo año contractual, no obstante las reiteradas solicitudes sobre el particular, se le solicitó a CARIBBEAN prorrogar por tres meses, a partir del 1º de diciembre de 1995 la Carta de Crédito aportada por la Asociada para garantizar las obligaciones exploratorias de los dos primeros años.

Así mismo, el 29 de octubre de 1995 venció el segundo año del contrato de la referencia, sin que se hubiera dado cumplimiento a la obligación exploratoria consistente en la adquisición de cien (100) kilómetros de sísmica, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluyera un estudio tipo MOST.

Los hechos anteriores ponen en evidencia el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Asociada sin que ésta hubiera acreditado justificación alguna, no obstante el tiempo transcurrido; por tanto, estamos ante plazos perentorios conforme a los cuales ECOPETROL tiene la obligación de hacer efectivos los derechos pactados dentro de los términos del contrato de Asociación CONDORES.

En virtud de lo anterior si a más tardar el próximo 17 de noviembre, ECOPETROL no ha recibido una explicación satisfactoria que permita prever el cumplimiento de la obligación pendiente dentro del término de sesenta días (60) previsto en la cláusula 25, numeral 25.1.4, nos veremos en la penosa obligación de hacer efectiva la carta de crédito de manera inmediata, dada la fecha de vencimiento de ésta. Si simultánea a prorrogar la carta de crédito por el plazo que ECOPETROL le solicitó de acuerdo con nuestra comunicación VOP-37.

Por otra parte, como quiera que los hechos enunciados configuran la causal de terminación unilateral, la presente comunicación tiene por objeto igualmente hacerles la notificación de que trata el numeral 25.3 de la mencionada cláusula para los efectos allí previstos”

¹²³ Folios 54 a 57 c1.

¹²⁴ Folios 58 y 59 Ibídem.



Nótese que Ecopetrol se dirige a su Asociada porque advierte que ésta se encuentra incurso en el incumplimiento de las obligaciones emanadas del segundo año de exploración, y le advierte sobre la posibilidad de hacer efectivos los derechos pactados en el contrato de asociación, entre ellos la carta de crédito y la terminación unilateral del contrato.

Del contenido de la comunicación del 8 de noviembre de 1995, es necesario extraer varias conclusiones:

La primera, que Ecopetrol había requerido en varias oportunidades a la Asociada información sobre el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones correspondientes al segundo año contractual, las cuales se encontraban incumplidas, y que la última comunicación se había dado el 25 de octubre de 1995.

En segundo lugar, se observa que en vista del incumplimiento ECOPETROL había requerido a su Asociada para que ésta prorrogara la carta de crédito constituida como garantía del cumplimiento de las prestaciones correspondientes a los dos primeros periodos de exploración, de los cuales encontraba incumplido el segundo.

Recuérdese que la carta de crédito tenía fecha de expiración el 30 de noviembre de 1995, por lo que Ecopetrol solicita que esta sea prorrogada a partir del 1 de diciembre de 1995.

Como tercera observación, la Sala considera que en su comunicación Ecopetrol advierte que el vencimiento del segundo periodo contractual tuvo lugar el 29 de octubre de 1995, fecha en la cual no se había dado cumplimiento “a la obligación exploratoria consistente en la adquisición de cien (100) kilómetros de sísmica, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluyera un estudio tipo MOST”

Sobre el particular debe anotarse que el cronograma de actividades a realizar en el segundo periodo de exploración, como antes se dijo, fue allegado por la Asociada a Ecopetrol el 30 de diciembre de 1994, mediante oficio CB-189-94, del cual se extrae:

Tipo de trabajo exploratorio	Fecha de inicio	Costo estimado
Reprocesamiento de sísmica existente		KUS\$ 64
Adquisición y procesamiento de sísmica nueva	Abril 1995	KUS\$ 1'904.000
Geología de campo	Febrero 1995	KUS\$ 35
Geomicrobiología	Febrero 1995	KUS\$ 50.4



En cuarto lugar, frente al inminente vencimiento de la carta de crédito el 30 de noviembre de 1995 y el incumplimiento de las actividades exploratorias programadas para el segundo año, Ecopetrol mediante la comentada comunicación del 8 de noviembre de 1995 requiere a su Asociada para que a más tardar el 17 siguiente presente explicaciones, pues como es evidente, ante la reticencia de la Asociada para prorrogar la carta de crédito Ecopetrol se veía obligado a hacerla efectiva antes del vencimiento del término perentorio fijado para su expiración, esto es, antes del 30 de noviembre.

Finalmente, el quinto y último propósito de la comunicación efectuada el 8 de noviembre de 1995 es, por otra parte, notificarle a la Asociada que con los hechos anteriores ha configurado el incumplimiento de la segunda etapa de exploración y por lo tanto da inicio al periodo suplementario (60 días) para el cumplimiento dispuesto en la cláusula 25.3 del contrato.

De manera que ya no se trata de configurar el incumplimiento dispuesto en el numeral 25.1.4, por cuanto éste lo entiende configurado con las comunicaciones anteriores, de las cuales no obra prueba en el plenario, sino que se trata de adoptar la prerrogativa dispuesta en la estipulación 25.3, según la cual la Asociada, luego de la notificación del incumplimiento, contaba con 60 días para explicar o corregir las fallas presentadas. Entonces, aunque la estipulación 25.3 no señala si los 60 días concedidos para el cumplimiento son hábiles o calendario, en aplicación del artículo 829 del C.Co. (párrafo) debe entenderse que son días comunes, cuyo conteo inicia al día siguiente, esto es desde el 9 de noviembre de 1995 hasta el 9 de enero de 1996¹²⁵.

En síntesis, la notificación mediante la cual se quiso dar cumplimiento a la cláusula 25.3 del contrato fue remitida el día 8 de noviembre de 1995; y aunque ella otorga un plazo para explicar hasta el 17 de noviembre de 1995 también le notifica el incumplimiento a la Asociada para optar por la terminación unilateral de la cláusula 25.3.

Debe ser esta y no otra la interpretación que se otorgue a la comunicación del 8 de noviembre de 1995, pues ella concuerda con el pacto contractual e incluso con la literalidad del que cuando

¹²⁵ Artículo 829. Reglas para los plazos. En los plazos de horas, días, meses y años, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:

- 1) Cuando el plazo sea de horas, comenzará a contarse a partir del primer segundo de la hora siguiente, y se extenderá hasta el último segundo de la última hora inclusive;
- 2) Cuando el plazo sea de días, se excluirá el día en que el negocio jurídico se haya celebrado, salvo que de la intención expresa de las partes se desprenda otra cosa, y
- 3) Cuando el plazo sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día del correspondiente mes o año; si éste no tiene tal fecha, expirará en el último día del respectivo mes o año. El plazo que venza en día feriado se prorrogará hasta el día siguiente. El día de vencimiento será hábil hasta las seis de la tarde.

Parágrafo 1o. Los plazos de días señalados en la ley se entenderán hábiles; los convencionales, comunes.
Parágrafo 2o. Los plazos de gracia concedidos mediante acuerdo de las partes, con anterioridad al vencimiento del término, se entenderán como prórroga del mismo.



quiere hablar de la notificación exigida por la cláusula 25.3, lo hace dejando atrás el requerimiento solicitado para el 17 de noviembre de 1995 y lo anuncia como un tema aparte.

Al efecto es importante traer de nuevo el segmento correspondiente de la comunicación, donde se lee:

Por otra parte, como quiera que los hechos enunciados configuran la causal de terminación unilateral, la presente comunicación tiene por objeto igualmente hacerles la notificación de que trata el numeral 25.3 de la mencionada cláusula para los efectos allí previstos”

Dicho lo anterior, la Sala se adentra en los hechos sucedidos con posterioridad, los cuales a su vez sirven para ratificar las conclusiones antes expuestas.

Así se ve que en respuesta a la comunicación del 8 de noviembre de 1995, la Asociada Caribbean Oil and Services Inc., mediante comunicación del 10 de noviembre de 1995, se limitó a señalar que el 27 de octubre de 1995 había radicado en Ecopetrol una solicitud en la que se creía atender todas las solicitudes de esta última y cuya respuesta se encontraba en espera¹²⁶.

Sin embargo, Ecopetrol se mostró no conforme con esta respuesta y en oficio VOP-0426 del 16 de noviembre de 1995¹²⁷, se dirigió nuevamente a la Asociada y sobre las manifestaciones contenidas en su mencionada comunicación del 27 de octubre de 1995, entre otros le dijo:

“frente a la fecha de vencimiento de los plazos pactados en el contrato de asociación “Cóncores”, las citadas comunicaciones ponen en evidencia la extemporaneidad de las acciones que la asociada ha llevado a cabo para la ejecución del contrato, aparte de que no están suficientemente acreditados los hechos que la asociada alega como constitutivos de fuerza mayor, por consiguiente, en nada desvirtúan el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Asociada y tampoco alcanzan a ser una explicación satisfactoria que permita prever el cumplimiento de la obligación pendiente dentro del término de 60 días”.

En consecuencia, Ecopetrol se limita a reiterar la solicitud de una explicación satisfactoria que fuera presentada a más tardar el 17 de noviembre de 1995.

El 21 de noviembre de 1995, mediante oficio DTE-No. 0592, la División Técnica de Asociados de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol recomendó a la Vicepresidencia de Operaciones Asociadas “iniciar el trámite para hacer efectiva la carta de crédito que por US\$500.000 garantiza el cumplimiento de los compromisos correspondientes al primer y segundo años contractuales y proceder con el proceso de terminación unilateral del contrato”¹²⁸.

¹²⁶ Folios 60 y 61 *Ibídem*.

¹²⁷ Folios 62 y 63 *Ibídem*.

¹²⁸ Folios 64 a 66 *Ibídem*.



En atención a lo anterior, el jefe de la División Técnica Asociados de Ecopetrol mediante certificado del 21 de noviembre de 1995, dejó constancia del incumplimiento de la empresa Caribbean Oil and Services Inc. de las obligaciones del segundo año a que se refiere la cláusula quinta del contrato de asociación suscrito con Ecopetrol¹²⁹, sin que ello pueda entenderse como el ejercicio del derecho a terminar unilateralmente el contrato, ya que certificar el incumplimiento es solo un aspecto previo al ejercicio de la terminación unilateral que en él se fundamentaría. Y ello es lógico porque el incumplimiento tiene que anteceder a la terminación unilateral.

Al respecto se lee:

“Que CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC. Incumplió con las obligaciones del segundo año a que se refiere la cláusula quinta del Contrato de Asociación suscrito entre la Empresa Colombiana de Petróleos y Caribbean Oil and Services Inc., el 6 de octubre de 1993, referente a (...)”

La Sala nota la situación imperiosa en que se encontraba la Empresa de Petróleos, pues es evidente que la carta de crédito constituida para garantizar la obligación cuyo incumplimiento se había configurado con las solicitudes anteriores al 8 de noviembre de 1995, de las cuales no obra prueba en el plenario pero que quedaron referenciadas en la comunicación de esta fecha, se encontraba próxima a su vencimiento (30 de noviembre de 1995), sin que la Asociada hubiera procedido a su prorrogación, pese a conocer la situación.

En este escenario, mediante comunicación ECP-000757 del 22 de noviembre de 1995 el presidente de Ecopetrol le solicitó al Banco Comercial Antioqueño S.A. Panamá “hacer efectiva la carta de crédito GR13/93 constituida por la empresa Caribbean Oil and Services Inc. a [su favor], para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del primero y segundo años a que se refiere la cláusula quinta del Contrato de Asociación denominado Cóndores”¹³⁰.

Por oficio DOF-24/95 del 24 de noviembre de 1995, el jefe de Departamento de Operaciones Financieras de Ecopetrol le envió al Banco Comercial Antioqueño S.A. – Panamá, una certificación del incumplimiento de la Asociada, solicitándole aceptar y pagar la carta de crédito antes de su vencimiento¹³¹.

El mismo 24 de noviembre de 1995 a través del oficio VOP-0438, Ecopetrol informó a la Asociada sobre la solicitud elevada al Banco Comercial Antioqueño S.A. Panamá para hacer efectiva la

¹²⁹ Folio 67 *Ibídem*.

¹³⁰ Folio 68 *Ibídem*.

¹³¹ Folio 70 *Ibídem*.



carta de crédito constituida en su favor y además le reiteró que “el proceso de terminación unilateral del referido contrato continua sin modificación alguna”¹³². En este punto debe resaltarse que aunque se habla de un proceso de terminación del contrato, bajo el entender de Ecopetrol dicho proceso no ha finalizado sino que “continua sin modificación alguna”, en razón a lo cual la Empresa, pese a certificar el incumplimiento, no dice haber perfeccionado la terminación unilateral del contrato.

De manera que Ecopetrol configuró el incumplimiento para efectos de cobrar la carta de crédito. Sin embargo el pago de la referida carta de crédito fue negado el 28 de noviembre de 1995, toda vez que el Banco Comercial Antioqueño S.A. – Panamá, consideró que “no podemos efectuar el pago por contener las siguientes discrepancias: 1. La certificación no concuerda con la exigida en la carta de crédito Stand By. 2. La manifestación escrita sobre el incumplimiento difiere de la contenida en la carta de crédito stand by”¹³³.

Ahora, frente a la negativa anterior, Caribbean Oil and Services Inc. el 29 de noviembre de 1995 se dirigió a Ecopetrol para solicitarle la extensión del segundo periodo de exploración, para así proceder a la extensión de la carta de crédito GR 13-93 el Banco Comercial Antioqueño S.A. – Panamá.¹³⁴

El mismo 29 de noviembre de 1995 Ecopetrol le dijo al Banco Comercial Antioqueño S.A. - Panamá que “si antes del vencimiento del plazo de la carta en referencia recibimos la certificación de su prórroga, debidamente formalizada, Ecopetrol prorrogaría el plazo correspondiente al segundo año del periodo de explotación del Contrato de Asociación “Cóndores” hasta la nueva fecha de vencimiento de la carta de crédito (...)”¹³⁵.

Así las cosas y en atención a varias comunicaciones surtidas entre los contratantes, es evidente que pese al incumplimiento de la segunda fase de exploración el contrato de Asociación continuaba vigente, pues el 7 de diciembre de 1995¹³⁶ Caribbean Oil and Services Inc. le informó a Ecopetrol que “tenemos la clara posibilidad de obtener una prórroga de la Carta de Crédito suscrita por nosotros y que garantiza el cumplimiento de las obligaciones del primero y segundo años contractuales en el bloque Cóndores, pero dicho evento sólo se produciría el 20 de diciembre [de 1995], fecha de la próxima reunión de la junta directiva del Banco”

¹³² Folio 69 Ibídem.

¹³³ Folios 71 Ibídem

¹³⁴ Folio 72 Ibídem.

¹³⁵ Folio 74 Ibídem.

¹³⁶ Folio 77 Ibidem.



Dado lo anterior, el 14 de diciembre de 1995, en respuesta Ecopetrol le dice a su Asociada “Al respecto, quedamos a la espera de su definición, según la cual tomaremos las acciones correspondientes en cuanto a la continuidad o terminación del Contrato de Asociación “Cóndores””.

Seguidamente se observan en el expediente dos comunicaciones dirigidas por la Asociada a Ecopetrol, la primera del 18 de diciembre de 1995, donde le informa la presentación al Banco Antioqueño – Panamá, de una solicitud de prórroga *stan –by* que garantiza el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en el bloque Cóndores, solicitud que en esa fecha se encontraba en estudio y sería considerada en la reunión de la Junta Directiva del mes de enero de 1996.

La otra comunicación es de fecha 19 de febrero de 1996, en donde Caribbean oil and services inc., le informa a Ecopetrol:

“(…) que desde el mes de diciembre pasado estamos esperando una contestación escrita del Banco Comercial Antioqueño, Panamá, sobre nuestra solicitud de prórroga de la carta de crédito que garantiza el cumplimiento de las obligaciones de Caribbean durante los dos primeros años del Contrato [de Asociación área Cóndores], sin que hasta la fecha hayamos logrado obtenerla, no obstante las gestiones realizadas al respecto.

Hemos escuchado rumores sobre la negativa de dicho banco a nuestra petición de prórroga y aspiramos a confirmar o desvirtuar tal versión durante los próximos días para solicitar una reunión con Ustedes y establecer así la conducta a seguir sobre el referido contrato.”

Así las cosas es evidente que al 19 de febrero de 1996 Ecopetrol no había formalizado la terminación unilateral del contrato cuyo plazo suplementario para el cumplimiento (60 días) habían vencido el 9 de enero anterior; pues todavía en esta comunicación se habla de la solicitud de la carta de crédito para garantizar el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los dos primeros años de exploración y de la búsqueda de una conducta a seguir. De lo cual es dable concluir que pese al incumplimiento de la Asociada antes del vencimiento de los 60 días dispuestos por la cláusula 25.3 del contrato de Asociación, Ecopetrol no hizo uso de su facultad de dar por terminado el contrato de asociación “Cóndores”.

Seguidamente obra en el plenario el oficio de 28 de febrero de 1996 suscrito por la Asociada Caribbean Oil and Services Inc. donde expresamente aceptó que “no pudo adelantar los trabajos del segundo año del [Contrato de Asociación Cóndores] por las razones expuestas a ustedes en meses pasados” de manera que dijo “esta[r] dispuesta a convenir un arreglo con Ecopetrol en relación con la garantía prestada”¹³⁷

¹³⁷ Folio 81 *Ibídem*.



Nótese que fue sólo hasta esta fecha que la Asociada mostró su interés en convenir un arreglo en relación con la carta de crédito presentada como garantía, pero se insiste en que queda claro que para esta fecha la Asociada había incumplido con la ejecución de las prestaciones pactadas para el segundo año de exploración sin que hubiera finalizado el contrato de Asociación, y tal afirmación se corrobora con las comunicaciones subsiguientes. Por ejemplo, en fecha 18 de marzo de 1996¹³⁸, Caribbean Oil and Services Inc, le reitera a Ecopetrol

“nuestra solicitud de la semana pasada en el sentido de autorizarnos una prórroga de tres meses en el contrato Mapaná, con miras a definir una “Farm-out” y así entrar a cumplir nuestro compromiso de perforación exploratoria durante el tercer año contractual y del mismo modo o negociar con ustedes lo concerniente a la carga de crédito otorgada con relación al contrato Cóndores.

Debemos [insistirles], muy comedidamente, en que la situación de Cóndores depende de la decisión de extensión de Mapaná, adopten ustedes y del “Farm-out” que podamos concluir nosotros con el grupo “Cornona-Wolfley-Belco”, con el cual adelantamos las negociaciones pertinentes con buenas posibilidades de llevarlas a feliz término”

Visto lo anterior, es indudable que para el 18 de marzo de 1996 el contrato “Cóndores” se encontraba vigente y pendiente de una definición frente a la carta de crédito que garantizaba la ejecución en los periodos 1 y 2 y del cumplimiento de las obligaciones de perforación en cabeza de la Asociada en el tercer periodo de exploración.

Con relación a la comunicación antes citada, se pronunció la Vicepresidencia de Operaciones Asociadas de Ecopetrol el 26 de marzo de 1996¹³⁹ dirigida a la Presidencia de la Empresa, y ante las solicitudes de la asociada recomendó:

“En vista de que Caribbean no justificó plenamente las razones por las cuales se presentó el atraso en el cumplimiento de las obligaciones, y agotados todos los términos de que trata la cláusula 25, numeral 25.1.4, esta Vicepresidencia recomienda que ECOPETROL declare terminado el Contrato unilateralmente. Adicionalmente, y en lo referente a la Carta de Crédito dejar a discreción de la Administración de ECOPETROL para continuar con el proceso de cobro al Banco Comercial Antioqueño, si es del caso por la vía judicial.”

En conclusión, la Sala encontró probado que la Asociada Caribbean Oil and Services Inc, incumplió con sus obligaciones de presentar el informe de las prestaciones ejecutadas en el segundo periodo de exploración e incluso incumplió en la ejecución de las prestaciones mismas, esto es en “la obligación exploratoria consistente en la adquisición de cien (100) kilómetros de sísmica, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluyera un estudio tipo MOST.”.

¹³⁸ Folio 82 Ibidem.

¹³⁹ Folio 141-144 del C. 2.



También se encuentra probado que Ecopetrol pese a notificar a la Asociada de dicho incumplimiento, sólo hizo efectiva la cláusula de terminación unilateral del contrato pactada en la estipulación 25.3. hasta el 10 de abril de 1996¹⁴⁰, cuando mediante comunicación dirigida a la Asociada ECOPETROL le comunicó que quedaba “unilateralmente terminado el contrato de Asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el sector denominado CONDORES, celebrado con la Compañía Caribbean Oil And Services Inc. el 31 de agosto de 1993”, con fundamento en que:

“Damos alcance a nuestras comunicaciones VOP-410 y VOP-426 de noviembre 8 y 16 de 1995 respectivamente, en las cuales ECOPETROL, en aplicación al numeral 25.3 de la cláusula 25 del contrato de [Asociación Cóndores], otorgó plazo de 60 días a partir del 9 de noviembre de 1995, para que CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC. cumpliera con la obligación exploratoria del segundo año contractual, consistentes en la adquisición de un programa de mínimo cien (100) kilómetros de longitud con la opción de renunciar al Contrato, una vez se hubiera adquirido el programa sísmico.

El pasado 7 de febrero [de 1996], venció el plazo de que trata el numeral 25.3 de la Cláusula 25, sin que la Asociada hubiera corregido la falla en el cumplimiento del Contrato. En consecuencia, la Asociada incurrió en la causal prevista en el numeral 25.1.4 del Contrato, para que Ecopetrol ejerza la facultad de declararlo terminado unilateralmente”.

Entonces, Ecopetrol sólo ejerció su derecho convencional a dar por terminado el contrato con fundamento en el incumplimiento en que incurrió la Asociada en el periodo 2 de la exploración hasta el 10 de abril de 1996. De manera que no puede hablarse de una suerte de incumplimiento mutuo o arbitrariedad en cabeza de Ecopetrol que impida la aplicación de la estipulación pactada o justifique el incumplimiento de la Asociada.

Por el contrario, Ecopetrol agotó el periodo suplementario establecido en el numeral 25.3 sin que la Asociada cumpliera las prestaciones establecidas para el segundo periodo de exploración y, además, nunca materializó la prórroga de la carta de crédito que garantizaba la ejecución, precisamente, de la etapa incumplida, carga esta que le era exigible a la Asociada que pese a los requerimientos efectuados por Ecopetrol desde octubre de 1995 hasta noviembre del mismo año, dejó llegar la fecha de vencimiento (30 de noviembre de 1995) aun cuando era consciente de su incumplimiento.

Entonces, la Sala reprocha la falta de interés que mostró la Asociada frente al vencimiento de la carta de crédito que fungía como garantía del cumplimiento de las prestaciones dispuestas para los periodos 1 y 2 de exploración, pues como se observó en la comunicación de 8 de noviembre de 1995, desde el mes de octubre anterior Ecopetrol le solicitó la prórroga de dicho instrumento

¹⁴⁰ Folio 137-138 del C. 2.



y fue solo hasta el 28 de febrero de 1996 que Caribbean Oil And Services Inc. dijo “esta[r] dispuesta a convenir un arreglo con Ecopetrol en relación con la garantía prestada”¹⁴¹.

En consecuencia la Sala considera que los comportamientos descritos, atribuibles a la Asociada, se tornan en totalmente contrarios a la buena fe contractual y a las buenas prácticas comerciales.

La Sala considera que la Asociada desconoció el principio de la Buena fe contractual, en primer lugar, porque no respetó lo pactado, incumplió las obligaciones derivadas del contrato, omitió informar a Ecopetrol sobre las actividades ejecutadas en la segunda etapa de exploración y su conducta no fue leal y correcta frente a los intereses de su co-contratante Ecopetrol, pues no mostró ningún interés de prorrogar la garantía antes de su expiración, pese a conocer su situación de incumplimiento.

Recuérdese que del material probatorio allegado al proceso se observa que la misma Asociada Caribbean Oil and Services Inc. aceptó el incumplimiento de las obligaciones del segundo año de la fase de exploración, y en oficio del 28 de febrero de 1996 ella misma dijo que “no pudo adelantar los trabajos del segundo año del contrato de la referencia [contrato de asociación cóncores] por las razones expuestas a ustedes en meses pasados (...)”.

En síntesis de todo lo anterior, la Sala encuentra acreditado el incumplimiento de las prestaciones establecidas en cabeza de la Asociada – demandada para el segundo periodo de la fase exploratoria, prestaciones cuyo cumplimiento era sustancial para la ejecución del objeto contractual y el avance a las siguientes etapas de exploración y explotación. De manera que el incumplimiento de la Asociada dio lugar al perfeccionamiento de la terminación unilateral por incumplimiento y hacía procedente la efectividad de la garantía dispuesta para amparar el cumplimiento de las prestaciones en los periodos 1 y 2 de la exploración.

Así las cosas, la Sala procederá a revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca el 27 de mayo de 2011 y en su lugar judicialmente declarará acreditado el incumplimiento en cabeza de CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC de las prestaciones establecidas para el segundo año de exploración y, en consecuencia la condenará al pago de perjuicios.

9.5 Reconocimiento y liquidación de perjuicios.

¹⁴¹ Folio 81 *Ibíd.*



La Sala observa que la demanda solicitó que la empresa CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC. fuera condenada al pago de los perjuicios que como consecuencia de su incumplimiento al contrato de Asociación, sufrió la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL E.I.C.E. (Hoy Ecopetrol S.A.), los cuales estimó en la suma de un millón setecientos mil dólares (US\$1`700.000.00).

Al respecto, se dijo en la parte conceptual de esta providencia que el incumplimiento de las prestaciones contractuales da lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados con dicho incumplimiento.

Ahora bien, como se observa en el análisis del caso concreto, el incumplimiento se dio frente al segundo periodo de la fase exploratoria, frente al cual se estableció “[d]urante el segundo año LA ASOCIADA llevará a cabo la adquisición de un programa mínimo de cien (100) kilómetros de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio tipo MOST, de donde se deducen los perjuicios irrogados.

De conformidad con la carta de terminación del contrato de fecha 10 de abril de 1996, el incumplimiento del segundo periodo de la fase exploratorio se dio en “la adquisición de un programa de mínimo cien (100) kilómetros de longitud”, frente a lo cual se observa que éste estaba contemplado en el cronograma de actividades presentado por la Asociada a Ecopetrol en diciembre de 1994, como la actividad que se realizaría a partir de abril de 1995 por un valor de US\$1.904.000.00.

Sin embargo llama la atención de la Sala que la pretensión expuesta por la Empresa Colombiana de Petróleos es inferior al valor de los costos presentados por la Asociada para las actividades dejadas de ejecutar, aunque observa que ella deviene del concepto emitido por el la División de Contratación de Asociados – Ecopetrol, quien frente a la terminación unilateral del contrato de asociación “Cóndores” sostuvo que de las obligaciones exploratorias de la Asociada, pactadas para el segundo año “la Asociada únicamente realizó el reprocesamiento de 210 Km. de sísmica y de reinterpretación geológica y geofísica de la información existente, con una inversión aproximada de US \$64.000”.

Es por lo anterior que La División de Contratación de Asociados “en lo referente a los compromisos no ejecutados, es decir, la adquisición de 100 km de sísmica nueva, cartografía, geología de campo y la investigación geoquímica, se estima en un valor global de US \$1.700.000.00.”

Dados los elementos probatorios que anteceden, la Sala concluye que:



1. El cronograma de actividades presentado por la Asociada CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC., para el segundo año de exploración, le otorgó a la adquisición de sísmica nueva un valor global de US \$1.904.000.00., De manera que éste fue el costo que la misma Asociada proyectó para la ejecución del segundo periodo de exploración.

Este documento fue elaborado por la misma Asociada y aceptado por Ecopetrol y ha obrado a lo largo del proceso de controversias contractuales, sin ninguna clase de tacha u objeción, en razón a lo cual la Sala le otorga pleno valor probatorio conforme a una prueba documental.

2. A su vez, la División de Contratación de Ecopetrol elaboró un concepto por medio del cual estimó el valor de las obligaciones exploratorias incumplidas por CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC., en la suma de US \$1.700.000.00., en el cual admitió que la Asociada había ejecutado algunas actividades propias del segundo año de exploración.

3. Ecopetrol limitó el quantum de sus pretensiones a la suma conceptuada por la División de Contratación, esto es a la suma de US \$1.700.000.00., de donde se entiende que la Empresa de Petróleos tiene razones para valorar el perjuicio del incumplimiento en la suma petitionada, seguramente, bajo la aceptación de las actividades realizadas por la Asociada, las cuales fueron admitidas por Ecopetrol y así lo manifiesta la División de Contratación (“la Asociada únicamente realizó el reprocesamiento de 210 Km. de sísmica y de reinterpretación geológica y geofísica de la información existente”).

De lo anterior es dable inferir que Ecopetrol le otorga a los trabajos realizados por la Asociada un valor final de US \$204.000.00.

De manera que la Sala reconoce el valor de los perjuicios causados con el incumplimiento de la segunda fase exploratoria en la suma equivalente a US \$1.700.000.00.

Esto teniendo en cuenta el material probatorio, los argumentos aquí expuestos y, adicionalmente, en consideración a que, de una parte, la Asociada en su cronograma de actividades dispuestas para el segundo periodo de exploración le otorgó a tales actividades un valor mayor, que como se dijo es la suma US \$1.904.000.00, pero, de la otra parte, la Empresa demandante – Ecopetrol, estimó el perjuicio dentro de las pretensiones expuestas en la demanda en un valor menor, frente a lo cual debe preverse que el artículo 75 del C.P.C., vigente para la época de presentación de la demanda, en su numeral 5º previó que la demanda debe contener “lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad”, todo lo cual se entiende manifestado bajo la gravedad de juramento.



Adicionalmente, pese a que de acuerdo con el valor otorgado por la Asociada al segundo periodo de exploración el valor del perjuicio podría estimarse en la suma de US \$1.904.00.00, lo cierto es que a Sala se encuentra limitada por las pretensiones expuestas en la demanda y un reconocimiento adicional conllevaría a incurrir en un reconocimiento extrapetita que, además, desconoce el principio de congruencia de las providencias judiciales.

Al respecto debe atenderse al contenido del artículo 305 del C.P.C. en su texto inicial establecía:

“Artículo 305. Congruencia. La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.
(...)”

Es así que el fundamento inicial del principio de congruencia se encuentra, precisamente, en la necesidad de que la sentencia se halle en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, aunque con la expedición del Decreto 2282 de 1989 dicho principio fue extendido a los hechos configurativos de la Causa petendi, disponiendo que “la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda”, pero, por supuesto, reiterando que “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta”.

De manera que el juez debe ser congruente, no sólo respecto de las partes que intervienen en el proceso, sino en cuanto al objeto del litigio, los hechos constitutivos de la causa petendi y, por supuesto, frente a la misma pretensión.

10. Condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Sub-Sección se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



FALLA:

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 27 de mayo de 2011, por los motivos expuestos en esta providencia y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLÁRESE que CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC incumplió el Contrato de Asociación suscrito el 31 de agosto de 1993 bajo la denominación “Cóndores”.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la demandada CARIBBEAN OIL AND SERVICES INC a pagar a favor de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol E.I.C.E (hoy Ecopetrol S.A.) la suma equivalente a un millón setecientos mil dólares (US\$1.700.000.00) a la tasa de cambio representativa del día en que se efectúe dicho pago.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto Cfr. Rad. 48061/15

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Sala