

**IMPLICACIONES EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL FRENTE A
SU PROCESO DE CAPITALIZACIÓN:**

**DERECHO PRIVADO UN NUEVO ESCENARIO DE CONTRATACIÓN FRENTE
A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

OSCAR MAURICIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Bogotá, D.C.
2008**

**IMPLICACIONES EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL FRENTE A
SU PROCESO DE CAPITALIZACION:**

**DERECHO PRIVADO UN NUEVO ESCENARIO DE CONTRATACIÓN FRENTE
A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

OSCAR MAURICIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ

Trabajo de Grado para obtener el título de
ABOGADO

Director
CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR
Profesor Titular, Pontificia Universidad Javeriana

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Bogotá, D.C.
2008**

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946.
Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.



Nota de Aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá. D.C.: 14 de agosto de 2008

A

Álvaro, Liria y Ana María,

DEDICATORIA

Agradecimientos a mis profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y especialmente al profesor Carlos Pablo Márquez, quien me prestó su apoyo incondicional cuando lo necesité.

Gratitud, a mis amigos de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Gratitud, a mis compañeros de trabajo de la Unidad de Contratación de la Vicepresidencia Jurídica de ECOPETROL por haberme compartido sus experiencias y conocimientos.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	8
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ECOPETROL	8
1.1 RECUENTO HISTÓRICO DE CONCESIONES PETROLERAS EN COLOMBIA	8
1.1.1 Concesión Isaacs	9
1.1.2 Concesión De Mares	10
1.1.3 Concesión Barco	20
1.1.4 Reversión de la Concesión De Mares – Creación y formación de la Empresa Colombiana de Petróleos. 1951 – 2007	21
CAPÍTULO 2	40
2 DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO: UN SISTEMA DUAL INTEGRADO EN LA CONTRATACION DE ECOPETROL.	40
2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S.A. BAJO LA REGLAMENTACIÓN DEL DECRETO 1760 DE 2003	40
2.2 OBJETIVOS Y FUNCIONES DE LA EMPRESA EN MATERIA DEL DECRETO 1760 DE 2003	41
2.3 LA AUTONOMÍA DE ECOPETROL	44
2.4 RÉGIMEN JURÍDICO – CONTRACTUAL: RÉGIMEN DUAL CONTRATACIÓN	48
2.4.1 Antecedentes Legislativos del Estatuto General de Contratación Pública y su evolución frente a ECOPETROL S.A.	48
2.4.2 Perspectiva del régimen de contratación especial aplicable a ECOPETROL S.A. antes y después de la Ley 80 de 1993.	53
2.4.3 Posicionamiento de un Régimen Dual de Contratación.	58
2.4.4 Frentes de aplicación del Estatuto General de Contratación Pública y del Manual de Contratación de ECOPETROL S.A. bajo un régimen dual de contratación.	67
2.4.4.1 ECOPETROL como sujeto contratante.	69
2.4.4.2 ECOPETROL como sujeto contratista.	70
2.4.5 Versión Crítica al Esquema de Contratación Dual de ECOPETROL.	71

CAPÍTULO 3	78
3 DERECHO PRIVADO: UNA REALIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE ECOPETROL	78
3.1 PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN DE LA EMPRESA CON MIRAS A LA CAPITALIZACIÓN	78
3.2 NATURALEZA JURÍDICA	80
3.3 NORMATIVIDAD APLICABLE A ECOPETROL SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA.	84
3.3.1 Ley 1118 de 2006, Artículo sexto (6).	85
3.3.2 Ley 1150 de 2007, Artículos trece (13) y catorce (14).	85
3.3.3 Ley 489 de 1998.	86
3.3.4 Políticas de Gobierno Corporativo.	87
3.3.5 Manual de Contratación.	91
3.3.6 Manual de Control Administrativo.	92
3.3.7 Política de Abastecimiento de Bienes y de Servicios.	93
3.3.8 Evaluación de Desempeño de Contratistas.	95
3.3.9 Aspectos HSE en Materia de Contratación.	96
3.3.10 Clausulado General para la Garantía Única de Cumplimiento.	96
3.4 REGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL	99
3.4.1 Contexto General.	99
3.4.2 Régimen de Transición entre los Dos Regímenes.	102
3.4.3 Nuevos Escenarios de Contratación.	106
3.4.3.1 Principios y Postulados que orientan la contratación de ECOPETROL.	106
3.4.3.1.1 Ética.	106
3.4.3.1.2 Buena Fe.	107
3.4.3.1.3 Postulado de la Autonomía de la Voluntad.	108
3.4.3.1.4 Principio de Equidad.	112
3.4.3.1.5 Principio de Publicidad.	112
3.4.3.1.6 Principio de Transparencia.	112
3.4.3.2 Naturaleza de la manifestación de voluntad de ECOPETROL frente a terceros.	113
3.4.3.3 La formación del contrato.	113
3.4.3.3.1 Requisitos para su existencia.	116
3.4.3.3.1.1 Voluntad.	116
3.4.3.3.1.2 Objeto.	121
3.4.3.3.1.3 Causa.	121
3.4.3.3.2 Requisitos para su validez.	122
3.4.3.3.2.1 Capacidad para contratar y las partes del contrato estatal.	122
3.4.3.4 Formación del consentimiento.	135
3.4.3.4.1 La oferta en el género de la contratación pública y privada.	135
3.4.3.4.2 Contenido y Requisitos de la oferta.	140
3.4.3.4.3 Características de la oferta	143
3.4.3.4.4 Presentación de la oferta.	145
3.4.3.4.5 Aceptación de la oferta.	147
3.4.3.5 Perfeccionamiento del contrato.	147
3.4.3.6 Mecanismos de defensa y solución de controversias.	151
3.4.3.7 Las servidumbres petroleras en ECOPETROL bajo el nuevo esquema de régimen de Derecho Privado.	167
3.4.3.8 Equilibrio económico vs. Teoría de la imprevisión.	179

3.4.3.9	Eliminación de los términos y plazos perentorios y preclusivos.	181
3.4.3.10	Contratos e instrumentos jurídicos atípicos de derecho privado aplicables a ECOPETROL.	184
3.4.3.10.1	Alianzas Estratégicas y Joint Venture.	185
3.4.3.10.2	Oferta mercantil	191
3.4.3.10.3	Factoring.	191
3.4.3.10.4	Leasing (arrendamiento financiero).	197
3.4.3.10.5	Underwriting.	199
4.	CONCLUSIÓN GENERAL	205
	BIBLIOGRAFIA	220
ANEXO 1:	ANÁLISIS COMPARADO DE MANUALES DE CONTRATACIÓN: REGIMEN DUAL DE CONTRATACIÓN VS REGIMEN UNIFICADO DE CONTRATACIÓN DE DERECHO PRIVADO	

INTRODUCCIÓN

En el 2007 se da inicio a una nueva etapa en la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. (en adelante ECOPETROL), tras el cumplimiento de 56 años soportados en más de medio siglo de experiencia, desde la reversión de la concesión De Mares hasta la actualidad, donde surgen nuevos retos y metas para la empresa. Para ello se parte de un proceso base de capitalización que divide en dos la historia de la empresa, y determinará lo que será su nuevo horizonte en materia de crecimiento y liderazgo empresarial, a través de la búsqueda de mayores recursos que incrementen su portafolio de inversiones no solamente en exploración y producción de hidrocarburos, sino que se consolide en la búsqueda y consolidación de nuevos negocios en otros campos como los biocombustibles y compra de activos estratégicos. Lo anterior con la necesidad de transformar a ECOPETROL en una empresa altamente competitiva con el firme compromiso de ser la empresa líder del país.

ECOPETROL se encuentra hoy frente a grandes retos en el presente y hacia el futuro, como lo es la proyección de una nueva estrategia de crecimiento e internacionalización, la cual parte desde su afianzamiento dentro de su estructura interna organizacional y sistemas de gestión con el fin de incorporarse e incursionar en nuevos negocios de mercados capitales extranjeros. Así ECOPETROL en los próximos cinco años invertirá 12.500 millones de dólares, con la proyección de aumentar su producción a 550 mil barriles por día, entre crudo y gas, con una mayor capacidad de producción en campos maduros y de crudos pesados, mayor actividad para ampliar reservas de gas, intensificación exploratoria, mayor calidad en el proceso de refinación y en la distribución en el transporte de hidrocarburos y finalmente poder traspasar las fronteras con

negocios en otros países, como es la operación conjunta de asocio con PETROBAS en exploración en el Brasil en el bloque Tucano – 156.

Dentro de este nuevo escenario de maximización de la producción e incremento de reservas y ante el surgimiento y tramite de democratización y capitalización de ECOPETROL, el cual surgió por medio de la expedición de la ley 1118 del 26 de diciembre del 2006, en la cual se autorizó a ECOPETROL emitir acciones para capitalizar la empresa hasta en un 20 %, se presenta una transformación en su naturaleza jurídica dentro de una nueva empresa estructurada como sociedad de economía mixta, la cual se registrará y se someterá a un régimen de derecho privado.

Como consecuencia de esta premisa ECOPETROL se enfrenta a un gran reto en la implementación de un nuevo modelo de contratación el cual asegure el logro de sus objetivos y actividades comerciales, partiendo desde el campo y panorama del derecho común, trazando la aplicabilidad de herramientas y medios de acción que brinda la administración privada, en el logro de una mayor autonomía y menos poder restrictivo en la toma de decisiones con miras a la efectividad y competitividad en los procesos que se desarrollen de acuerdo con las nuevas exigencias de los mercados internacionales.

Para ello la presente investigación muestra el antes y el después, de ECOPETROL, teniendo para ello como punto de referencia la reversión De Mares. Analizando así la evolución que ha tenido paso a paso la empresa desde los primeros hallazgos del petróleo y posteriormente como la implementación del régimen de concesiones en materia de exploración y explotación de hidrocarburos en el país, fundamentó la creación de una Empresa Colombiana de Petróleos, de naturaleza industrial y comercial del Estado, dado el desarrollo y crecimiento económico que se vivía en el país para aquella época.

Se analiza su proceso de consolidación como empresa industrial y comercial del estado a través del Decreto 030 de 1951, y sus posteriores modificaciones y expediciones de códigos y estatutos contractuales que gobernaron su marco de actuación durante la mitad del pasado siglo. Y como llegado el año 2003, se dio inicio al proceso de transformación al pasar a ser una sociedad pública por acciones y radicar las funciones de administración del recurso hidrocarburífero en cabeza de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Proceso este que de manera definitiva se empalmo con el proceso de capitalización desarrollado en el año 2007, que culminó satisfactoriamente con 482.941 accionistas, donde se colocaron \$ 5.7 billones¹.

En el primer capítulo se recuenta el nacimiento de ECOPETROL, hecho que se produce dentro de un ambiente y contexto socio – económico, político y jurídico de la época, el cual sin ir mas allá marca el destino y es la base de lo que es hoy la empresa mas grande del país.

No se puede llegar a analizar la actual naturaleza y régimen jurídico contractual de la empresa sin entender sus antecedentes de hecho y de derecho que la preceden, para lo cual se iniciará con un estudio del derogado régimen de concesiones en materia de hidrocarburos, el cual se abolió con la expedición del Decreto 2310 de octubre 28 de 1974, estableciendo que con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha, la exploración y la explotación, estará a cargo de ECOPETROL, la cual podrá llevar en 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 ó jurídicas nacionales o extranjeras. Situándonos para ello, en un plano social y económico que conllevó para mitad de siglo, la toma de una serie de decisiones gubernativas y legislativas que dieron el primer paso de la creación de

¹ ECOPETROL. “El negocio del Año”, *REVISTA ECOS*, No. 180. – Año 22 – Enero – Febrero 2008. Pág. 18.

una empresa netamente colombiana, formada con recursos estatales y sometidos al control de tutela del Estado.

Este primer aspecto es de gran importancia para el proyecto, dado que muestra realmente el porqué de su creación y su evolución de mano de la voluntad del poder ejecutivo, antes y después de su nacimiento. Antes del año 1974, el Estado concedía la exploración y explotación del petróleo a particulares nacionales y extranjeros, que se encargaban de estas labores hasta por períodos de cincuenta años, en los cuales se hacían responsables del cumplimiento de estas actividades de manera autosuficiente con una plena autonomía económica, técnica y administrativa. Donde al Estado se le hacía participe a través de un régimen de participaciones y regalías en las utilidades obtenidas en las distintas labores comerciales de producción, refinación y comercialización.

Es frente a este esquema, donde se muestra una serie de variantes sociales y políticas que generan el descontento del gobierno y posteriormente como por medio de ellas se inició la implementación de una serie de mecanismos y herramientas del aparato gubernamental, encaminadas a la recuperación del derecho a explotar y usufructuar los recursos petrolíferos, que desembocaran en una serie de pleitos judiciales y finalmente en la valoración de las ventajas y desventajas de alejarse del apoyo del capital extranjero, para llegar a creer y decidir la creación de una empresa colombiana de petróleos.

Revertidos pues los bienes de la antigua Concesión De Mares, a ECOPETROL y siendo ya autorizada su creación por parte del legislativo y aprobada por el órgano ejecutivo, se analizan los primeros esquemas de organización y estructuración administrativa que se asumen partiendo de su naturaleza jurídica, y su comportamiento en términos de eficiencia y competitividad con el sector privado, dado que en el mismo existe una mayoría de participación de capitales

extranjeros, con gran experiencia en el sector. Situación esta última que se marca una clara desventaja frente a la reciente experiencia de la Empresa Colombiana de Petróleos, que vivía para aquella época.

Es así, como en el presente capítulo se detalla la evolución legislativa que se ha tenido frente a la empresa, analizando la voluntad del ente gubernativo vs. el comportamiento de los mercados, al querer concurrir capitales privados y públicos en la empresa. Demostrándose así, como este hecho nunca ha sido ajeno al querer ser de la empresa.

El segundo capítulo, sitúa a ECOPETROL como empresa industrial y comercial del estado cuya contratación se encuentra sometida a un régimen dual, donde interactúan dos normatividades, ley 80 de 1993 – Estatuto de Contratación Pública – para la contratación de actividades administrativas y el Manual de Contratación interno de la empresa, en tanto se trate de actividades concernientes a la industria y el comercio de los hidrocarburos, que en si se entienden propias del objeto social de ECOPETROL.

Se realiza un estudio legislativo de los antecedentes, que estructuran la dicotomía que motiva la existencia paralela, de dos regimenes contractuales independientes, con efectos propios y consecuencias diferentes, y cual ha sido la posición que ha asumido ECOPETROL, frente a ella, como régimen excepcional al Estatuto de Contratación Pública. Para ello se abarca en un aspecto general los contratos que no se encuentran sometidos al estatuto general de contratación, los que se encuentran parcialmente sujetos a la ley 80 ó con un régimen especial en dicha ley y finalmente los contratos de las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta.

Como premisa fundamental se parte de que bajo este esquema la actividad contractual de la empresa, se encuentra enmarcada dentro de un ámbito eminentemente público, regida por una serie de principios que buscan la eficiencia y transparencia en la contratación de la empresa, reglando los términos de sus procesos de selección bajo parámetros perentorios y preclusivos, sometiendo su actividad pre - contractual a mayores formalismos, y manifestando su voluntad a través de actos administrativos, que en ocasiones se pueden expresar de manera unilateral, a través del ejercicio de las cláusulas excepcionales.

Es así como se pretende observar si los objetivos y finalidades que se presentan dentro del Estatuto de Contratación Pública, como parte del marco normativo de la contratación de la empresa, enmarcan hoy dentro del criterio de eficiencia, maximización y competitividad que exige su nuevo marco estratégico, “el cual brinda una nueva misión y visión, de cara a grandes metas que apuntan a posicionar en el 2015, a ECOPETROL, como una empresa global enfocada en áreas como el petróleo, el gas y los combustibles alternativos”².

Finalmente en el tercer capítulo, se expone el proceso de reestructuración de la empresa frente al proceso de capitalización de ECOPETROL, que conlleva sin lugar a dudas una gran transformación en su naturaleza jurídica al convertirse en una sociedad de economía mixta bajo un régimen único de derecho privado para toda su contratación, con observancia de los principios de la Función Pública y de la Gestión Fiscal.

Sobre el particular surgen nuevas implicaciones en la contratación de la empresa, al tener que comportarse como un sujeto de derecho privado, que le permita una

² ECOPETROL. “El comienzo de un nuevo rumbo”. *Revista ECOS*, Numero 180 – año 22 Enero – Febrero 2008. Pág. 2.

mayor agilidad en el desarrollo de su contratación, y así brindar una mayor competitividad y eficiencia en el mercado, de cara a su proceso de internacionalización.

Es así dentro de este capítulo donde se expone, como existe una mayor libertad para contratar, dentro del plano de la autonomía de la voluntad, sin más limitaciones que el orden público y las buenas costumbres. Criterio este distinto al expuesto bajo el anterior régimen, en el cual el presente principio se veía limitado por la ley 80 de 1993 al tener que guardar plena concordancia con las normas fundamentales recogidas en el presente estatuto. De esta manera surge una mayor igualdad en las relaciones contractuales con sus proponentes y contratistas.

Como se verá mas adelante, se realiza un análisis normativo de los nuevos escenarios de contratación de la empresa, como la naturaleza de la manifestación de la voluntad y su expresión como acto contractual, ya no administrativo. Se estudian las variables del contrato estatal que celebra ECOPETROL, frente a las nuevas particularidades propias del derecho privado, como lo son sus requisitos para su existencia y validez. Seguidamente se dará paso a la estructuración del aspecto concursal de los procedimientos de selección que tramita la empresa, como lo es la estructuración de la oferta y su posterior aceptación, el perfeccionamiento del contrato, los mecanismos de defensa y solución de controversias, la eliminación de términos perentorios y preclusivos.

Finalizando se hará un análisis general de los principales contratos e instrumentos jurídicos propios del derecho privado que retroalimentan a ECOPETROL, sea ya en un plano precontractual o contractual, como los son: las alianzas estratégicas y el Joint Venture, la oferta mercantil, la teoría de la imprevisión, el factoring, leasing y el underwriting.

CAPÍTULO I

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ECOPETROL

Para entender los nuevos retos jurídicos y económicos a los cuales se enfrenta ECOPETROL frente a su proceso de capitalización y liberación de acciones al sector privado, principio por situar el contexto socioeconómico - jurídico en que nació y se ha venido formando como la empresa líder en el negocio de hidrocarburos en el país. El cual se presenta en una enumeración de los principales hitos que han marcado y ha trascendido su historia empresarial.

1.1 RECUENTO HISTÓRICO DE CONCESIONES PETROLERAS EN COLOMBIA

Hacia el año de 1852, se presenta formalmente la primera muestra de petróleo líquido en Colombia, extraída de la conocida región de Infantas en la finca del señor José Rueda Domínguez. Es así que los frecuentes hallazgos de manaderos petrolíferos en esta región avivo la investigación y exploración del Estado soberano de Santander, el cual impulso tal labor por medio de la expedición de la Ley 17 de 1873, la cual ordeno el traslado de una comisión que “estudie e informe sobre las minas de carbón y petróleo adyacentes a este camino”, aunque la misma se vio acabada dado el conflicto político entre partidos que sucedía en aquella época.

Dentro de los siguientes años se presento lo que fuera el primer antecedente de acuerdos petroleros en Colombia, como las conocidas Concesiones petroleras, las cuales veremos en sus aspectos generales de orden legal y socioeconómico:

1.1.1 Concesión Isaacs

La presente fue concedida mediante contrato suscrito el 19 de julio de 1886 por la Nación a favor del escritor don Jorge Isaacs, con el objeto de desarrollar “las actividades de explotación de huelleras y fuentes de petróleo en Aracataca, Sierra Nevada de Santa Marta, La Guajira y el Golfo de Urabá”³.

Posteriormente el presente fue cedido mediante autorización del gobierno en 1893 a Lisímaco Isaacs y este a *The Santa Marta General Oil and Timber Co*, pero tendiéndose que revocar este ultimo por incumplimiento de la compañía, a lo cual se procedió a traspasar nuevamente los derechos a la compañía *Pan American Investment Co.* de Washington mediante otorgamiento en escritura pública el 19 de julio de 1894 por parte del cedente Lisímaco.

Finalmente la presente concesión en el transcurso de los años de 1904 a 1912, fue objeto de una serie de ventas y traspasos, hasta que finalmente el 9 de abril de 1912, la presente fue otorgada a la Nación mediante cesión de derechos y bienes por parte de los herederos de los Isaacs a cambio de treinta mil pesos (\$30.000.00).

Sobre el particular hay que mencionar que, i) en el desarrollo de la concesión no se encontró ni se exploto petróleo, ii) que el principal clausulado incorporado en el acuerdo fue: el término de duración y de inicio de actividades o producción, terreno o superficie a otorgar, regalías e impuestos, cláusulas de terminación y reversión.

³ BENDECK OLIVELLA JORGE, *ECOPETROL, “HISTORIA DE UNA GRAN EMPRESA”*. Ediciones Punto Llano Ltda. Bogotá, 1993. Pág. 13

1.1.2 Concesión De Mares

La presente concesión surgió del hallazgo efectuado en los yacimientos de Infantas y San Antonio por parte del coronel José Joaquín Bohórquez, de manera paralela en la misma época por una comisión de ingenieros autorizada por el presidente de la república General Rafael Reyes, para estudiar el trazado del ferrocarril del Norte.

A mediados de febrero de 1903, José Joaquín Bohórquez llegó a Barrancabermeja con el propósito de formar una empresa de transportes fluviales que movilizara cargamentos de importación y exportación en poblaciones del sur de Santander.

Es de gran relevancia mencionar que para finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el comercio exterior en Colombia no fue muy floreciente, tanto así que hasta 1850 continuó el oro, caso como único renglón de venta. Luego vinieron las exportaciones de productos agrícolas: tabaco, quina, añil, algodón y café, todos de vida efímera con excepción del último. “A pesar de su población relativamente numerosa y densa, Colombia siempre fue comercialmente pobre. El valor de su comercio exterior entre los años 1821 y 1880 habitualmente estaba por debajo del séptimo u octavo lugar entre los países de Latinoamérica. A fines de la década de 1870 las exportaciones de Colombia fueron oficialmente avaluadas en solo 11.000.000 de dólares, mientras que Brasil exportaba casi 90.000.000, Perú y Argentina exportaban casi 45.000.000 y México y Chile mas de 30.000.000 de dólares..”⁴

Para esta época en el país los principales productos que se exportaban en el mercado eran: el tabaco, la quina, el algodón, el oro, y el café. Adicionalmente se constituyeron algunas exportaciones menores como: “los sombreros de jipijapa, lo

⁴ TIRADO MEJIA, Álvaro. “Introducción a la historia económica de Colombia” Pág.180.

cuales llegaron a constituir un mercado de relativa importancia en Venezuela, en las Antillas y en Europa. Se exportaba también en menor cantidad el “marfil vegetal”, o tagua, palo de brasil, cueros bálsamo, caucho, etc.”⁵

Acontece pues que a mediados de 1904, el movimiento de carga fluvial comenzó a disminuir, por lo cual Don José Joaquín Bohórquez se experimento en la extracción de tagua, caucho y canime adentrándose en las selvas vírgenes de las montañas de los ríos Opón y la Colorada.

Fue entonces en esta travesía, donde don José Joaquín instaló uno de sus campamentos en el lugar de Infantas, cuando según su propio relato:

“encontré la primera fuente de petróleo cuyo conocimiento me lo dio de que era esta sustancia, el olor natural y propio del refinado y haber mojado en ese liquido mechas de trapo, dando estas, luego de prenderles fuego, una luz de color amarillo rojo y un humo oscuro que, al colocarle encima un objeto, daba el mismo negro humo que el recogido en las linternas que yo llevaba para alumbrarme en los bosques, que eran alimentadas con petróleo refinado. Hice estas observaciones para mis adentros sin decir nada a mis trabajadores, a quienes tan solo ordené que me recogieran unas tres latas de ese liquido espeso y grasoso”⁶

Acontecido este hecho, Don José Joaquín se dio a la tarea de dar a conocer tal descubrimiento, para lo cual viajó a Barranquilla y Cartagena donde comenzó a comercializar el producto. Fue a mediados de 1905, donde don Roberto De Mares conoció las muestras de petróleo que habían sido llevadas por el Coronel Bohórquez, quien se vio altamente interesado en el producto, para lo cual se entrevisto con su descubridor. De esta reunión se origino lo que sería la primera

⁵ TIRADO MEJIA, Álvaro. *Ibidem*. Pág. 201.

⁶ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. “Crónica de la Concesión De Mares” Empresa Colombiana de Petróleos Bogotá, Agosto de 1986. Pág.16.

explotación del recurso en el país, en la cual se acordó que don Roberto De Mares se encargaría de tramitar ante el gobierno del presidente Reyes la autorización de una concesión y don José Joaquín Bohórquez aportaba su descubrimiento para someterlo a expertos en su explotación.

Acontecido e informado el hallazgo al presidente, se presentó solicitud formal de concesión petrolera el 8 de agosto de 1905 por parte del señor Roberto de Mares, suscribiéndose el presente contrato de concesión el 28 de noviembre de 1905 y finalmente se elevó a escritura pública el día 15 de diciembre de 1905⁷.

Los principales efectos de este contrato se encuentran fijados por un termino fijo de treinta años, periodo en el cual se adquiere “el compromiso de dar principio a la explotación de los yacimientos a los dieciocho meses de la aprobación del documento, so pena de caducidad”⁸. En virtud del mismo se otorgaron 533.922 hectáreas y se exoneró del pago de impuesto a la exportación en el caso de que el concesionario fuera exportar petróleo a otros mercados mundiales.

Las principales actividades de ejecución de la actividad comercial del contrato petrolero se incluyeron en la siguiente obligación, en la cual los dineros de la sociedad se debían destinar “en la extracción del petróleo crudo, en refinarlo y separar sus componentes, dándolo el consumo del país a un precio que permita hacer la competencia al que importa de Europa o los Estados Unidos.”⁹

Sobre este contrato es de gran importancia para el conocimiento del lector, ciertas irregularidades que se presentaron en la etapa de perfeccionamiento y posterior

⁷ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel, *Ibidem*, Pág.22.

⁸ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, Pág. 16.

⁹ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel, *Ibidem*, Pág.120.

ejecución del presente contrato, las cuales indico y menciono a continuación de manera general.

Inicialmente en el Contrato de Concesión se fijaba un plazo de dieciocho meses para comenzar los trabajos, el cual se cumplía el 6 de junio de 1907, luego de varias prorrogas concedidas por el gobierno a solicitud de parte, el Ministerio de Obras Públicas procedió a declarar su caducidad por resolución del 22 de octubre de 1909. La cual posteriormente fue objeto de revocación por parte del Ministerio, debido al material probatorio allegado por De Mares, alegando motivos de fuerza mayor y caso fortuito¹⁰.

Dentro del clausulado de obligaciones no se incorporo la cláusula de reversión, que era de obligatoria inclusión por remisión del Código Fiscal ni se sometió a aprobación del congreso tal como lo disponía la ley 30 de 1903.

Ahora durante su ejecución se vieron abocados conflictos que terminarían con la parálisis y terminaciones sucesivas de los contratos, generados en hechos tales como la práctica y perfeccionamiento de cesiones totales de los contratos sin previa aprobación del gobierno. Este fue el caso de la cesión practicada en mayo de 1906 en la cual el señor De Mares, cedió parcialmente sus derechos a Justo M. De La Espriella sin que mediara para ello previamente la autorización gubernamental que se exigía para estos actos. Lo cual desemboco en el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, lo cual llevó a que el gobierno nacional declarara la caducidad del contrato.

Ante la inminente caducidad el gobierno el 15 de marzo de 1915 suscribe nuevo contrato de concesión con don Pedro Antonio Peña, el cual no se perfecciono en

¹⁰ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág. 22.

atención a que en el trámite de legalización, se expidió la resolución del 17 de mayo de 1915, en la cual se declaró sin fundamento la caducidad de la concesión De Mares. Motivo por el cual el señor Peña desistió de su empeño en la consecución de tal labor y se siguió con la ejecución del contrato inicial suscrito con don Roberto De Mares; no sin antes introducir el modelo de póliza de contrato de concesión, cuya observancia es de carácter obligatorio. Bajo este modelo se incluye la cláusula de reversión, el cual se hizo extensivo al presente contrato bajo el criterio de interpretación de la Corte Suprema de Justicia, según el cual “la presente cláusula concuerda prácticamente con la que contempla el Código Fiscal de 1873 en sus artículos 1117 y 1118, motivo por el cual, de no incluirse expresamente en un contrato se incorpora tácitamente a él por ser disposición legal”¹¹.

El contenido de la presente cláusula en su artículo 10 era el siguiente: “a la expiración por cualquier causa y en todo tiempo de este contrato, quedarán de propiedad de la nación, a título gratuito, todas las obras, edificios, máquinas, aparatos, cables aéreos, herramientas y en general, todos los elementos de explotación y medios de comunicación empleados por el contratista, en el estado en que se encuentren”¹².

En su ánimo de dar inicio a las labores de explotación del área concedida don Roberto de Mares, inició una serie de viajes a los Estados Unidos, con el fin de buscar financiamiento de capital extranjero. Es en este periodo, inicios del siglo XX, donde se da inicio a la intervención de Estados Unidos en Colombia a través de inversiones y empréstitos.

¹¹ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, Pág. 18.

¹² BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, Pág. 18.

La presente política de intervención americana en el país, surge a la mejoría presentada en la situación fiscal, para lo cual se permitió recurrir al crédito extranjero. En 1906, 1911, 1913, 1916 y 1920 se había contraído empréstitos en libras esterlinas, por cantidades relativamente pequeñas... (2.577.528 libras esterlinas en total). Y el balance que vivía el país era que al “1 de enero de 1914, el saldo de la deuda interna era de pesos (Col.) 10.157.000, y el de la externa era de \$22.892.000 (total \$33.049.000).”¹³

Al haber Estados Unidos suplantado a Inglaterra en la dependencia económica del país, en 1922 se obtuvo un empréstito en dólares de \$5.000.000 US, tanto así que de 1922 a 1926, se opero una gran rebaja en la deuda pública nacional, que a mediados del último año llegó a su punto mas bajo en muchos años.

Sin lugar a dudas, por causa de los empréstitos el presupuesto nacional se pudo equilibrar y se inicio un periodo de auge sin precedentes en las obras públicas. Aunque el país gastaba desordenadamente lo que obtenía en crédito, hasta que la crisis vino a romper el ritmo artificial de la inversión.

Los empréstitos no fueron invertidos directamente en la industria, “solo el quince (15%) por ciento de la inversión industrial inicial era de fuente extranjera, pero indirectamente sí contribuyeron a crear condiciones propicias para su surgimiento, puesto que fueron dedicados a obras de infraestructura, que ocuparon mucha gente en obras públicas, elevaron la capacidad de compra y causaron un desplazamiento masivo de los campesinos hacia la ciudad”¹⁴

Es dentro de este contexto de interrelación y afluencia de capitales extranjeros en la economía del país, donde se estableció el contacto con quienes fundarían la

¹³ TIRADO MEJIA, Álvaro. *Ibidem*. Pág. 232

¹⁴ TIRADO MEJIA, Álvaro. *Ibidem*. Pág. 234

Tropical Oil Company. Y fue gracias a la perseverancia de don Roberto De Mares que no cesó en ningún instante y después de varios viajes a los Estados Unidos logró interesar a capitalistas americanos dedicados por ese entonces a la industria del petróleo, quienes le ofrecieron financiar la empresa.

Entre ellos se contaba *Michael L. Benedum*, presidente de *Benedum Trees Bil Company* y *Joe C. Trees*, presidente de *Penn Mez Fuel Co*. Quienes luego de una visita a las selvas colombianas y a la Infantas quedaron deslumbrados y entusiasmados decidieron participar en la financiación, “al ver allí como la tierra olía a petróleo, que resumía por todas partes. En algunos lugares, debido a las inundaciones, los árboles se hallaban salpicados con petróleo a una altura de unos 20 pies”¹⁵.

Al finalizar el mes de febrero de 1916, De Mares, en su propio nombre y en el de Justo M. De La Espriella, solicita permiso para traspasar el contrato de concesión a la sociedad *Tropical Oil Company*, constituida en Washington por los señores *Michael Benedum*, *Joe C. Trees* y *George W. Crawford*, con un capital de US\$ 50´000.000, y cuyo objeto “era la explotación de petróleo y sus derivados, en la República de Colombia y otras regiones del mundo”¹⁶

A menos de treinta días de vencer el termino fijado para comprobar la explotación de la concesión De Mares, y al haberse denegado la solicitud de traspaso por el gobierno, *la Tropical Oil Company, Troco*, por acto de delegación que realizara el concesionario don Roberto De Mares a esta, se iniciaron actos de exploración y explotación en presencia del Inspector de Policía de Barrancabermeja y demás terceros que atestiguaron acerca de la infraestructura de las instalaciones y de la explotación que se hacia del crudo. Hecho que procedió al acto de inauguración

¹⁵ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág. 22.

¹⁶ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág. 25.

formal de los trabajos de explotación de la concesión, que se consigno en el Acta de San Vicente de Chucurí del 14 de junio de 1916.

En 1917, la Tropical introdujo un equipo de trabajo con el cual comenzó a perforar los primeros dos pozos, pero por dificultades mecánicas éstos tuvieron que ser abandonados. El 29 de abril de 1918 se completó el pozo Infantas Número 2 que se constituyo en el pozo descubridor del campo, con una producción inicial de 42 barriles. En el mismo año, meses más tarde, se completaron los pozos Numero 1 y 3.¹⁷

Iniciada de manera formal las actividades perforatorias, se solicita y posteriormente se aprueba en el año de 1919 y se pública el contrato en 1922, nuevo traspaso del contrato de Concesión De Mares a la Troco. Contrato este que primordialmente contenía las siguientes obligaciones:

- i) “construir una refinería con capacidad suficiente para satisfacer la demanda nacional.
- ii) duración de treinta años, contados a partir de la fecha de iniciar labores de explotación.
- iii) regalías del 10 % del producto extraído.
- iv) aceptación de las demás leyes existentes en la materia y especificadas en el contrato, siempre y cuando no fueren compatibles con las estipulaciones contractuales.”¹⁸

Durante la ejecución de este contrato, se presenta un hecho de gran conmoción social y de impacto económico para el país que fue la expedición de la Resolución Ejecutiva del 13 de junio de 1921, “la construcción de la refinería avanzaba a paso lento por las dificultades para transportar por el río gran cantidad de equipos y materiales que se acumulaban en los muelles de Barranquilla, la Troco solicita

¹⁷ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág.30.

¹⁸ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, Pág. 22.

ampliación de plazo de dos años fijado en el contrato de traspaso para ponerla en marcha”¹⁹. Por lo cual el gobierno mediante la expedición de la mencionada resolución suspendió la construcción de la refinería a solicitud de parte por espacio de un año, esclareciendo claro esta que la suspensión “no envuelve prórroga del término por el cual se ha otorgado la Concesión” y luego en su artículo 3º se estableció:

“Declarar igualmente que el término de duración de la concesión, que según la cláusula 4ª. Del contrato de traspaso es de treinta años, contados desde la fecha en que se de principio a los trabajos de explotación, empezara a contarse desde el 25 de agosto del año en curso, fecha en que debió empezarse su explotación”²⁰

El anterior artículo dio nada mas ni menos, que una ganancia a la Troco de 63.400.000 de barriles de petróleo producidos en los cinco años precedentes de explotación, pérdida económica de gran importancia sin lugar a dudas para el país. Todo esto sin tener en cuenta el contrato inicialmente suscrito y el Acta de San Vicente de Chucurí.

La presente medida conllevó tiempo después a un pronunciamiento expreso judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia, quien fue el órgano competente para resolver las diferencias que se presentarían entre las partes integrantes del contrato.

Transcurrieron 21 años desde que fue otorgada la Concesión De Mares, antes de que llegara el primer barril de petróleo crudo al puerto de exportación con destino a los mercados mundiales. Para ello fue necesaria la construcción de un oleoducto que uniera los campos de la Concesión De Mares con la costa del Caribe. Así en

¹⁹ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág. 26.

²⁰ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, Pág. 23.

1923, se inician las labores de construcción por intermedio de la *Andian National Corporation*, la cual en una gran hazaña construyó “una serpiente metálica de 538 kilómetros e instaló las 10 estaciones de bombeo que llevan a lo largo de la ruta el petróleo de la Tropical hasta Cartagena, en el Mar Caribe”²¹.

Las labores que se enfrentaron de cara a la exploración y explotación de la presente concesión no fueron pocas, dado que “desde la perforación del pozo descubridor del campo en 1918, los yacimientos de Infantas y La Cira llegaron a verter durante el periodo de la Concesión cerca del 80 % de la producción de petróleo crudo en Colombia.

Al momento de la reversión el total de pozos perforados llegaba a 1.386 y los productores a 1.036 con una rata promedio de 37.500 barriles por día. La producción de los yacimientos se elevó desde 66.750 barriles en 1921 a 13.809.089 barriles en 1951, el año de la reversión, que incluía ya los campos de Galán y Colorado los cuales entraron en operación a partir de 1945²²”

De este modo se observa que la historia de la Concesión de Mares se encuentra altamente definida por aspectos políticos, económicos y sociales, que no solo implican el surgimiento y crecimiento una compañía extranjera de mano con el incentivo de capitales privados, sino que a su vez puso en marcha el nacimiento de un municipio, como lo es Barrancabermeja, y marcó una gran resonancia y un hito en el surgimiento y evolución de lo que es hoy ECOPETROL, como lo es la reversión De Mares, antecedente este que marcó el antes y el después de la exploración y explotación del petróleo en Colombia.

²¹ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *ibidem*. Pág. 40.

²² SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *ibidem*. Pág. 62.

1.1.3 Concesión Barco

La presente concesión surgió del descubrimiento de los manaderos en 1902 en la región del Catatumbo, en el departamento del Norte de Santander la cual fue aceptada en el gobierno del General Virgilio Barco el 16 de octubre de 1905 con un Término de explotación de cincuenta (50) años a partir de su perfeccionamiento, pagándose el 15 % por ciento de las utilidades líquidas por concepto de regalías.

Tiempo después a la presente concesión se le declaró su caducidad el 2 de febrero de 1926, toda vez que el término para iniciar la explotación se encontraba vencido, esto debido a los problemas limítrofes con Venezuela ante lo cual era imposible que delimitara y demarcara la zona de explotación de la presente concesión.

Ante el atraso del inicio de los trabajos y la declaratoria de caducidad se desembocó en una serie de demandas y conflictos judiciales y extrajudiciales los cuales finalizaron con la decisión del gobierno de firmar el contrato *Chaux – Folsom*, suscrito en Washington el 3 de marzo de 1931, el cual se sometió a la aprobación del Congreso, donde incluso se debatió la cláusula de duración de los trabajos que se incorporaba, teniendo en cuenta que la Ley de petróleos 37 de 1931, en la cual se fijaba un plazo máximo de treinta (30) años²³.

Finalmente el mismo se aprobó por intermedio de la Ley 80 de 1931, donde se autorizó el traspaso a la *Colombian Petroleum Company* y a la *South American Gulf Oil Company*, filiales de la *Gulf Oil Company*. Iniciándose así labores de explotación en el año de 1934²⁴.

²³ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, Pág. 40.

²⁴ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, Pág. 40.

La presente concesión termino por una cesión y venta anticipada de derechos a ECOPETROL, el cincuenta por ciento en 1972 y el cien por ciento el 30 de noviembre de 1975, que entro a operar directamente antes del tiempo plasmado para la reversión, 50 años.

1.1.4 Reversión de la Concesión De Mares – Creación y formación de la Empresa Colombiana de Petr6leos. 1951 – 2007

Fue en la C6mara de Representantes donde comenz6 a debatirse, en 1937, el t6rmino de la Concesión de Mares, aprob6ndose una proposici6n basada en el concepto emitido por el Consejo de Estado, seg6n la cual la Concesión vencía el 14 de junio de 1946.

Se debe indicar que en el a6o de 1941, se dio a conocer un memorando firmado por el doctor Esteban Jaramillo, en el cual se refería a las condiciones por las que firm6 como Ministro de Obras P6blicas la Resoluci6n del 13 de junio de 1921, en la cual el tiempo de la concesión de treinta a6os comenzaría a contar a partir del 25 de agosto de 1921. La raz6n que aleg6 fue que al momento de la expedici6n del acto, el doctor Jaramillo desconocía la existencia del Acta de San Vicente de Chucurí del 14 de junio de 1916 y que de haberla conocido, otra hubiera sido su actuaci6n.²⁵

Comunicado claro est6 de gran importancia para el conocimiento e informaci6n del p6blico y del aparato estatal, que conllev6 al impulso de las autoridades para iniciar el tr6mite previo de terminaci6n y reversión del contrato de Concesión De Mares, bajo el supuesto del Acta firmada en 1916; pero que al final no subsano tan grave omisi6n gubernamental.

²⁵ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*, P6g. 26.

El 23 de abril de 1941, el Ministerio de Minas y Petróleos se dirigió a la *Tropical Oil Company* y le notifica que el contrato de concesión termina, por vencimiento del término, el 14 de junio de 1946, y que como consecuencia, ese día operaría la reversión de los bienes y elementos objeto de la concesión. A lo cual la compañía extranjera responde que “sus derechos como concesionaria solo terminarían el 24 de agosto de 1951 y calla acerca de la reversión”.

Ante este hecho, el presidente mediante resolución ejecutiva número 145 de fecha 24 de mayo de 1941, ordena iniciar las actuaciones y acciones judiciales relacionadas con la terminación del contrato de Concesión De Mares, con el fin de que sea el máximo organismo jurisdiccional que resuelva la controversia. El 1 de junio de 1941 se presentó ante la Corte Suprema de Justicia, demanda a nombre del Estado colombiano en cumplimiento de la mencionada resolución. Paso seguido se procedió a contestar la demanda por parte de la Troco, y posteriormente en la oportunidad procesal se presentaron alegatos de conclusión.

Fundamentalmente la compañía se opuso a las pretensiones de la demanda, “solicitando que se absolviera a la Troco de los cargos incoados, y subsidiariamente pidió que la Honorable Corte declarara que el contrato de 1919 no podía ser tocado sino por mutuo consentimiento de las partes; que el contrato termina naturalmente el día 25 de agosto de 1951, por expiración del plazo de 30 años, fijado para su duración, que principio a correr el 25 de agosto de 1921, fecha en la cual consideran las partes contratantes, de común acuerdo, que debieron cumplirse los hechos constitutivos del principio de explotación” y finalmente solicita que “Troco, no está obligada, al expirar el término de contrato, a entregar al Estado bienes distintos de los que le impone su carácter de arrendataria”²⁶.

²⁶ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*. Pág. 27.

Es así, que tras agotarse el trámite procesal la honorable Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 20 de septiembre de 1944, se pronunció diluyendo el conflicto entre las partes del siguiente modo:

“b. Se niega lo solicitado por el Sr. Procurador Delegado en lo Civil bajo la petición segunda de su libelo de demanda por cuanto el contrato de concesión (...) termina naturalmente el día 25 de agosto de 1951, por expiración del término fijado para su duración

“c. – Se reconoce expresamente a cargo de la compañía demandada y a favor de la nación, que a la expiración mencionada del término del contrato, o sea, el 25 de agosto de 1951 quedarán de propiedad de la nación a título gratuito, todas las obras, edificios, máquinas, aparatos, cables aéreos, herramientas, y en general todos los elementos de explotación, incluidos en éstos los correspondientes a la refinación, y a todos los medios de comunicación empleados por dicha compañía contratista demandada, en el estado en que se encuentren.

“d.- Se niegan las excepciones propuestas por la parte demandada²⁷”.

En firme la sentencia se inició una serie de hechos y situaciones conflictivas, aunque el fallo fuera parcialmente favorable para las partes. Dado que se acercaba la fecha de la reversión de la concesión, motivo por el cual se dio paso a huelgas ilegales y acciones de la Troco encaminadas a despidos masivos de trabajadores, como los operadores de perforación, afectando así a 1.500 trabajadores.

En diciembre de 1947, se dio inicio a los despidos masivos, argumentando “ser innecesarios sus servicios para el fundamento técnico y económico de la

²⁷ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág.103.

Concesión De Mares”, lo que genero la declaración de una nueva huelga esta vez legal por vía judicial. Ante estos hechos se conformo un tribunal de arbitramento, el cual decidió que la Troco debía integrar a los 107 despedidos, sin pagarles el tiempo que no habían trabajado y adicionalmente se le exigió a la Troco que debía conservar el statu quo que regía el 1º de diciembre de 1947 frente a los trabajadores de la concesión De Mares, hasta el 1º de julio del siguiente año²⁸.

Todos estos movimientos obreros, se caracterizaron siempre por la solidez con que los trabajadores señalaban y defendían sus aspiraciones y por la forma organizada en que durante el desarrollo de cada suspensión de labores, tomaban como propia las instalaciones y equipos de la compañía y velaban celosamente por su protección e integridad.²⁹

Por todas estas series de inconformidades se comenzó a pensar en la nacionalización del petróleo en Colombia y consecuencialmente la creación de una empresa industrial y comercial, descentralizada y autónoma, que continuara con las actividades comerciales propias del petróleo tales como la exploración, explotación y refinación. Estas ideas se vieron materializadas con la expedición de la Ley 165 de 1948, tiempo en el cual se encontraba ya definido la no prorroga de la Concesión de Mares pero a la misma vez no existía empresa alguna que recibiera los bienes en reversión.

El 25 de agosto de 1951, día en el cual se venció el término establecido por la Corte de Suprema de Justicia para la terminación de las labores de explotación objeto de la Concesión De Mares, comienza el proceso de creación de lo que es hoy la empresa mas grande del país, el cual se constituyó por una serie de

²⁸ BENDECK OLIVELLA JORGE, *Ibidem*. Pág. 29.

²⁹ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág.94.

antecedentes, estudios y acontecimientos que de manera breve se exponen en el presente párrafo.

Dentro del contexto político y petrolero que se vivía en el país y a nivel mundial, como lo era el trato laboral, condiciones, calidad de vida, la creciente de los movimientos sindicalistas en el mercado del petróleo, el componente tecnológico y técnico que demanda de un personal altamente calificado y que al momento solo se encontraba en las compañías petroleras extranjeras tales como la Troco, la limitación de las reservas y su acelerado proceso de agotamiento conllevó a cuestionarse sobre la capacidad operacional en la industria del petróleo en Colombia frente a otros países industrializados y abanderados en la producción y comercialización de petróleo, por lo cual se efectuó el análisis de las siguientes opciones³⁰ que se debían tomar en la época de 1948, por parte de la comisión interparlamentaria y ministerial y los asesores técnicos del gobierno:

1. La creación de una empresa cien (100) por ciento independiente, autónoma y dedicada a actividades netamente comerciales.
2. Creación de una empresa mixta, con una participación mayoritaria de capitales privados nacionales e internacionales, bajo la figura de una sociedad anónima.
3. Conceder la explotación en administración delegada bajo potestad del gobierno, quien debía ser el órgano orientador.
4. Entregar nuevamente la concesión a la Tropical Oil Company, o a otras compañías en modalidad de arrendamiento.

Las anteriores opciones se sustentaron primordialmente sobre los siguientes postulados³¹:

³⁰ BENDECK OLIVELLA Jorge, *Ibidem*. Pág.77.

³¹Exposición de motivos, proyecto de Ley del 18 de septiembre de 1948. “por el cual se promueve la organización de una empresa colombiana de petróleos y se dictan otras disposiciones”

- 1 La defensa intransigente de los bienes de la Nación.
- 2 El garantizar el suministro oportuno y adecuado de combustible y demás derivados del petróleo, para el consumo interno.
- 3 La explotación eficiente y técnica de las fuentes de producción.
- 4 La refinación interna de la mayor cantidad posible de crudo para abastecer en primer lugar el consumo interno y para la exportación de excedentes.
- 5 Red moderna y suficiente de transporte.
- 6 Equitativa distribución de los beneficios entre la Nación y el capital privado vinculado en la industria.
- 7 Régimen tributario justo que estimula la inversión de intereses privados.
- 8 Mayor injerencia de los colombianos en las operaciones de producción y refinación de petróleo.
- 9 Prudente y equitativa política laboral que contribuya a convertir la industrial de petróleo en un importante factor de desarrollo social.

Estos fueron los principales antecedentes que dieron lugar al surgimiento de la Ley 165 de 1948, por la cual se facultó y autorizó al gobierno para “promover la organización de una empresa colombiana de petróleos con participación de la Nación y del capital privado nacional y extranjero (Art.1°); con personería jurídica, y regida por las disposiciones de la misma ley y de los estatutos constitutivos que reglamentarán su funcionamiento, para que tome a su cargo las explotaciones petrolíferas de la Concesión De Mares”.

Es así, como se puede ver la intención del legislador de incorporar flujo de capital privado con participación del patrimonio público, claro está que la misma ley establece que dado el caso en que no se logre el apoyo o cooperación del capital extranjero, se podrá constituir solo con aportes de la nación y de capital privado colombiano. Es decir inicialmente se esclareció la posibilidad gubernativa de crear

una sociedad de economía mixta, con la eventualidad de concurrir aportes de capitales extranjeros en su conformación.

Tiempo después, acontecida la reversión de la concesión De Mares, se expidió el Decreto 030 de 1951, mediante el cual se dispuso que la empresa se haría cargo de las actividades de la explotación, administración y manejo de los campos de petróleo, oleoductos, refinerías, estaciones de abastos y en general de todos los bienes muebles e inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes o contratos vigentes (Art. 2º); como también se le autoriza para dedicarse a la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución y exportación del petróleo y sus derivados.

Dejándose de esta manera a ECOPETROL, el control absoluto de las actividades de administración y comercialización del petróleo y sus derivados. Adicionalmente el mencionado decreto facultó al gobierno para transformar la empresa en sociedad anónima cuando se viera la posibilidad de que inversionistas nacionales y extranjeros participaran con aportes en las condiciones exigidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 165 de 1948 con el fin de constituir una sociedad de economía mixta. Una vez más se observa la intención del gobierno y del órgano legislativo, de tratar de reunir y concurrir inversiones privadas en el capital de la empresa³².

Dos años después se expide el Código de Petróleos mediante Decreto 1056 de 1953, declarándose la utilidad pública de la industria del petróleo (Art.4º), y se estructura el régimen de exploración, explotación y demás actividades comerciales afines con el petróleo.

³² BENDECK OLIVELLA Jorge. *Ibidem*. Pág.37.

El presente código fue el resultado de una compilación que obedeció a una técnica jurídica sui generis y particularísima, pues en el se recopilaron leyes, decretos legislativos (Art. 121 C.N) y decretos reglamentarios (Art. 120 numeral 3 C.N.). Vale la pena aclarar que dada la “procedencia de las normas compiladas, el Código de Petróleos está integrado por disposiciones de diverso valor jurídico, pues la compilación no le dio a las leyes y decretos recopilados, valor distinto al que tenían anteriormente³³”

Mucho se ha criticado el presente código por diversos sectores de la doctrina, dándole el carácter de “anacrónico y contradictorio”, el cual solo tiene para su título de código el carácter de una compilación, mas no el de una normalización moderna y concordante con la innegable evolución que en Colombia ha tenido su industria petrolera. Ya son muchísimas las disposiciones del llamado Código de Petróleos que pueden pasar a la historia del país, sin que esta propuesta de remisión a los anaqueles de nuestro pretérito legislativo signifique un predicado de bondad respecto de dichas normas³⁴.

Con la promulgación del Decreto 2039 de 1956, “por el cual se reorganiza la Empresa Colombiana de Petróleos y se dictan estatutos para su funcionamiento”, se sustituye al No. 0030 de 1951, y posteriormente fue derogado y reemplazado por el Decreto No. 3211 de 1959 “por el cual se dictan normas reorgánicas de la Empresa Colombiana de Petróleos”, en el cual se siguió con la doble connotación de funciones atribuidas de ser ente administrador de los campos petrolíferos y el de ejecutar las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas.

³³ SOTO BERARDINELLI, Francisco José. “*Desarrollo y perspectivas de la legislación sobre hidrocarburos en Colombia*”. Universidad Javeriana, 1991 Pág. 55.

³⁴. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ALVARO MENESES. “Foro Nacional Petrolero - Marco Jurídico de la Actividad de ECOPETROL”1989.

Consecuencialmente el legislador con la Ley 20 de 1969, se declaró que todas las minas con de propiedad de la Nación, y plasma en su artículo 12 que la rama ejecutiva podrá declarar cualquier área petrolífera como zona de reserva y “aportarla sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote y administre directamente o en asociación con el capital público o privado nacional o extranjero”

La legislación de petróleo, hasta 1969 contenía sobre las materias reguladas ciertos temas centrales, tales como la libertad exploratoria, reglamentación del contrato de concesión y propiedad dual del subsuelo petrolífero³⁵.

Hay que aclarar que el Decreto Reglamentario 3211 de 1959 constituyó la base del funcionamiento de la estructura orgánica de la empresa por mas de 10 años, hasta que se expidió el 20 de enero de 1970, el Decreto 0062 por el cual se aprobaron los nuevos estatutos de ECOPETROL.

Es importante resaltar que en este periodo, mas exactamente en el año de 1961, ECOPETROL, asume el manejo directo de la refinería de Barrancabermeja, “cuando tras un cuidadoso análisis del contrato, la Junta Directiva de la Empresa comunicó a *la International Petroleum (Colombia) Ltd.*, el 12 de marzo de 1959, la decisión de asumir la administración directa de la refinería de Barrancabermeja”³⁶ y trece años después compra la refinería de Cartagena, la cual fue construida en 1956.

³⁵ SOTO BERARDINELLI, Francisco José. “*Desarrollo y perspectivas de la legislación sobre hidrocarburos en Colombia*”. Universidad Javeriana, 1991 Pág.56.

³⁶ SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. *Ibidem*. Pág. 76.

Aprobados los nuevos estatutos, en el año de 1974 se dio un gran avance en materia de régimen de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos con la expedición del Decreto Legislativo 2310 de 1974, por medio del cual “se dictan normas sobre abolición del régimen de concesiones en materia de hidrocarburos. Por consiguiente fue solo con el presente decreto que se estableció la asociación como el esquema de contrato petrolero en Colombia, con lo cual se dinamizó la actividad exploratoria que dio origen a los hallazgos de los grandes yacimientos de Caño Limón y Cusiana - Cupiagua³⁷”

En el presente decreto se estableció puntualmente la modalidad por la cual se deberían ejecutar las actividades de exploración y explotación de ahora en adelante, exceptuando de manera categórica el régimen de concesiones que se venía desarrollando. Es así que en su artículo 1° se plasmó que con excepción de los contratos de concesión vigentes a esa fecha, “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 naturaleza distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras”.

Hasta este momento se ha vislumbrado una serie de normatividad por medio de la cual en sus inicios se quiso dar una apertura a los mercados capitales privados tanto nacionales como extranjeros, ya sea regulándose la estructura orgánica de la empresa por medio de una sociedad mixta o anónima. Finalmente las condiciones del mercado no fueron las óptimas para que se cumpliera tal finalidad gubernativa y legislativa, por lo cual se procedió a formar una empresa industrial y comercial del estado, definiéndose y radicándose en cabeza de ECOPETROL, la

³⁷ CARDENAS, Mauricio. “Introducción a la Economía Colombiana”. Alfaomega, 2007.Pág.153.

función de ente administrador y ejecutor de las actividades propias de la industria del petróleo como la exploración, explotación, distribución, refinación y afines.

Aun así, en ningún momento el gobierno cerro la puerta para que la empresa entrara en el ámbito de competencia privada, dado que para aquella época se generaban “dudas de índole ideológica, económica y políticas, sobre la posibilidad que tenía la empresa como organismo oficial, para cumplir su misión y alcanzar sus objetivos, por la participación del Estado en actividades industriales que hasta ese momento le habían sido ajenas, propias de la esfera privada, surgiendo así nuevas propuestas de convertir la empresa en una sociedad de carácter privado, con participación de capital nacional y extranjero aceptándose una forma de participación de capital estatal”³⁸

Mas sin embargo estas propuestas fracasaron, y por el contrario se impuso el criterio de fortalecimiento de la autonomía administrativa y financiera encaminadas a garantizar el cumplimiento de las actividades industriales y comerciales adjudicadas. Todo esto se vio ratificado con el estatuto orgánico de ECOPETROL adoptado en 1970 estructura normativa del Decreto 3211 de 1959, donde básicamente se buscaba la autonomía de la empresa, la cual seguiría siendo una empresa de carácter oficial, con personería jurídica propia, autonomía administrativa y patrimonial, y frente a sus relaciones con terceros actuará como una sociedad de carácter comercial.

En los años 80, a 10.173 pies de profundidad ocurre uno de los mayores descubrimientos petroleros de Colombia: el campo de Caño Limón, con reservas de más de 1.000 millones de barriles. En 1986 entran en operación los 760 kilómetros de tubería que componen el oleoducto Caño Limón-Coveñas. A la vez

³⁸ BENDECK OLIVELLA, Jorge, *Ibidem*. Pág. 77.

en el año de 1985 se da apertura a la investigación en la empresa con la creación del Instituto Colombiano de Petróleo³⁹.

Para este año, el país volvió a exportar crudo, al tiempo que se hizo una reforma al contrato de asociación, “por medio de la cual creció la participación de la Nación en las rentas del petróleo en función del volumen de reservas encontradas (participación escalonada). Así, se redujo la rentabilidad para el inversionista y, con ello, el incentivo a la exploración. La caída en la actividad exploratoria no se hizo esperar”⁴⁰

Posteriormente en la década de los **años noventa** Colombia prolongó su autosuficiencia petrolera, con el descubrimiento de los gigantes Cusiana y Cupiagua, en el Piedemonte Llanero, en asocio con la *British Petroleum Company*, cuyas reservas superan los 1.000 millones de barriles.

Tuvo tanto impacto el presente descubrimiento, que el sector petrolero en particular, logró gran importancia dentro del espectro exportador colombiano en los últimos años, a tal punto de que el petróleo para esa época reemplazo al café como principal producto de exportación a partir de los años noventa. El mayor crecimiento de este sector se presentó en el segundo lustro de ese decenio, debido a que entraron en operación los campos de Cusiana y Cupiagua, situados en el departamento del Casanare⁴¹.

En efecto, con el fin de reestructurar la empresa a nivel corporativo y lograr un mayor nivel competitivo, con la expedición **del Decreto 1209 de 1994** se aprueban nuevos estatutos para ECOPETROL, reiterando su estructura como **empresa**

³⁹www.ecopetrol.com.co.

⁴⁰ CARDENAS, Mauricio. “*Introducción a la Economía Colombiana*”. Alfaomega, 2007.Pág.153

⁴¹ CARDENAS, Mauricio. “*Ibidem*”.Pág.152.

Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Minas y Energía, indicando de por medio que su objeto será *“administrar con criterio competitivo los hidrocarburos y satisfacer en forma eficiente la demanda de estos, sus derivados y productos, para lo cual podrá realizar las actividades industriales y comerciales correspondientes, directamente o por medio de contratos de asociación, de participación de riesgo, de operación, de comercialización, de obra, de consultoría, de servicios o de cualquier otra naturaleza, celebrados con personas naturales o jurídicas; nacionales o extranjeras”*

En materia de contratos de asociación, en 1994, se introdujo el factor R (factor de rentabilidad) como determinante de la forma de repartir las rentas. Bajo este esquema, la distribución de la producción respondía a la relación entre los ingresos y los egresos del asociado y no a la producción acumulada. Si bien esta forma de distribución resultó más equitativa que la escalonada, la rentabilidad esperada para el inversionista aún era menor a aquella implícita en los contratos iniciales (50/50). Posteriormente para el año 1999, en atención al declive en la producción del petróleo, se redujo la participación del estado del cincuenta por ciento (50%) al treinta por ciento. (30%)⁴²

A partir de 2003, ECOPETROL. inició una era en la que, con mayor autonomía, ha acelerado sus actividades de exploración, su capacidad de obtener resultados con visión empresarial y comercial y el interés por mejorar su competitividad en el mercado petrolero mundial. Para lo cual en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas por los literales d), e) y f) del artículo 16 de la ley 790 de 2002, el presidente de la República expide el **Decreto 1760 del 26 de Junio de 2003** por medio del cual se *“escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S.A.”*.

⁴² CARDENAS, Mauricio. *Ibidem*. Pág. 153.

Es así que con esta nueva normatividad se modificó la estructura orgánica de la Empresa Colombiana de Petróleos y la convirtió en ECOPETROL S.A., una sociedad pública por acciones, ciento por ciento estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regida por sus estatutos protocolizados en la Escritura Pública número 4832 del 31 de octubre de 2005, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito Notarial de Bogotá D.C., y aclarada por la Escritura Pública número 5773 del 23 de diciembre de 2005.

Con la transformación de la Empresa Colombiana de Petróleos en la nueva ECOPETROL S.A., la Compañía se liberó de las funciones de Estado como administrador del recurso petrolero y para realizar esta función fue creada la Agencia Nacional de Hidrocarburos. La cual de acuerdo al Art.4° del Decreto 1760 de 2003, se le encomienda la administración integral de las reservas de Hidrocarburos de propiedad de la Nación y dentro de sus funciones se encontrara *“administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación”* (numeral 5.1), igualmente la de *“diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, así como el recaudo de las regalías y compensaciones monetarias que deban reconocerse al Estado por la explotación de hidrocarburos y su giro a las entidades con derecho a ellas”* (artículo 5 -10).

Así mismo el citado Decreto 1760 de 2003, escinde de ECOPETROL la administración de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades y se crea para esa labor a la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S.A., sociedad pública por acciones del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que tiene como objetivo la participación e inversión en compañías cuyo objeto social se relacione con actividades del

sector energético o con actividades similares, conexas o complementarias (Artículos 23 y 24). El patrimonio de esta nueva entidad estará conformado por activos no estratégicos representados en acciones y participaciones escindidos de ECOPETROL (Art. 32).⁴³

De acuerdo con la presente reestructuración es importante resaltar lo siguiente:

1. La función de administrar el recurso y reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación queda en cabeza de un solo ente el cual es la **Agencia Nacional de Hidrocarburos**. Es así, como la presente se encarga de administrar las áreas Hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación.
2. Las actividades comerciales de exploración, explotación, distribución, refinación y afines se ejecutaran por parte de **ECOPETROL** de acuerdo con la adjudicación que haga la ANH. Para mayor claridad el Decreto 1760 de 2003, en su artículo 34. Objetivos de ECOPETROL S.A. se establece que *“la exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, las que hasta esta fecha estén siendo operadas directamente y las que sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH”*.

Este modelo instaurado ha incrementado la actividad exploratoria con lo cual se ha firmado un gran número de contratos desde la adopción del nuevo esquema contractual en junio de 2004. Adicionalmente, la implementación del nuevo contrato ha traído al país grandes empresas como BHP Billiton y Exxon Mobil, que desde hacía más de diez años no exploraba territorio colombiano. También se ha aumentado el área bajo exploración, el número de contratos E&P firmados, los kilómetros equivalentes 2D de sísmica adquiridos y los pozos perforados. “De tal

⁴³ Colombia, Congreso de la República, Decreto 1760 de 2003.

modo, el inversionista privado realizará autónomamente la exploración y recibirá el grueso del valor de la producción.⁴⁴”

Fue en el año de 2004, donde ECOPETROL obtuvo los mejores indicadores de su historia, al alcanzar una utilidad neta de US \$ 803 millones. Al final de ese año la producción de petróleo fue de 528 mil bpd en promedio, tan solo dos punto cuatro 2.4 % inferior a la registrada en 2003. Las refinerías alcanzaron una carga récord de 305 mil bpd, mientras que las exportaciones alcanzaron los US\$ 1.722 millones⁴⁵.

Durante el año 2006, se produjeron los descubrimientos de los pozos Guariqués 1 y Lisama 158P, donde la producción de ECOPETROL fue de 316 KBPD (Miles de Barriles por día) y la producción total del país fue de 529.314 KBPD, la cual es la suma de la producción total que opera directamente ECOPETROL, la de sus asociados, la de las concesiones y el total de los contratos de producción y exploración de la Agencia Nacional de Hidrocarburos⁴⁶.

Bajo esta premisa se inició una nueva era en ECOPETROL S.A., con una mayor autonomía, la cual ha acelerado sus actividades de exploración, su capacidad de obtener resultados con visión empresarial y comercial y el interés por mejorar su competitividad en el mercado petrolero mundial.

Para ello la empresa en el año 2007, incremento su capacidad de negociación en la suscripción de nuevos negocios en el mercado internacional. El resultado arrojado fue la adjudicación a ECOPETROL y TALISMAN el Lote 134, en el noreste de Perú, dentro de la licitación de bloques exploratorios denominada

⁴⁴ CARDENAS, Mauricio. *Ibidem*. Pág. 153

⁴⁵ ARPEL, “Libro Conmemorativo de los 40 años de ARPEL”

⁴⁶ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=101&conID=37737>

Ronda 2007. Posteriormente la empresa y Shell suscribieron un contrato para explorar conjuntamente el bloque Caño Sur, en los Llanos Orientales, cuenca productora de crudos pesados en Colombia. Para el mismo mes ECOPETROL y Gas Natural suscribieron un contrato de comercialización de 30 millones de pies cúbicos diarios de gas natural del campo Gibraltar. Con este acuerdo se permitirá también la producción de unos 500 barriles por día de condensados⁴⁷

Para septiembre del mismo año ECOPETROL, obtuvo participación en ocho de los trece bloques exploratorios ofertados por la Agencia Nacional de Hidrocarburos que forman parte de la Ronda Caribe 2007 y para noviembre se consolidó su ingreso al sector de hidrocarburos del Perú con la suscripción de cuatro acuerdos para realizar exploraciones en nueve bloques de ese país.

Finalmente, en diciembre dentro del plan de expansión formulado, ECOPETROL firmó un acuerdo para adquirir PROPILCO (mayor proveedor de polipropileno en Colombia y con presencia en México, Brasil, Perú, Ecuador, Guatemala, Costa Rica y algunas naciones europeas) por un valor cercano a 690 millones de dólares. Para el mismo mes la empresa y Petro Rubiales suscribieron un memorando de entendimiento para construir un oleoducto de 230 kilómetros que unirá el campo Rubiales con la estación Monterrey, en Casanare, y permitirá transportar el crudo que se extrae de los campos Rubiales y Pirirí, ubicados en el departamento del Meta.⁴⁸

De igual modo en el campo de la explotación ECOPETROL tiene una gran visión profunda donde se perforarán 136 pozos en los campos de Castilla, Neiva y Magdalena Medio. Para ello la empresa emprendió una estrategia de incremento

⁴⁷ ECOPETROL, “En busca de nuevas fronteras”, *Revista ECOS*, Numero 180 – año 22 Enero – Febrero 2008, Pág. 6.

⁴⁸ ECOPETROL, “En busca de nuevas fronteras”, *Revista ECOS*, Numero 180 – año 22 Enero – Febrero 2008, Pág. 7.

de producción que hoy tiene en funcionamiento la cifra record de 24 equipos destinados a la perforación de pozos exploratorios y de desarrollo. Es así como se asignaron 536 millones de dólares para explotar para poder perforar los 136 pozos en los campos de Magdalena Medio, Castilla y Neiva; “algo así como 4 millones de dólares por pozo”⁴⁹.

De este modo la etapa en que ECOPETROL no tenía dentro de sus metas y prioridades la exploración y perforación de pozos ha quedado atrás, con el nuevo objetivo de incrementar las reservas y la producción de hidrocarburos en el país, tanto así que “las inversiones en exploración de estos proyectos alcanzaron los US\$ 100 millones de dólares entre 2007 y 2008, y en perforación solo en el 2007 se contabilizaron 112 proyectos de inversión directa por 780 millones de dólares y 75 de asociada, por 409 millones de dólares”⁵⁰.

Fue por este sendero, por el cual se abrieron las puertas al proceso de capitalización de la empresa, donde la ley 1118 de 2006 fue el principal instrumento y mecanismo jurídico que conllevó la transformación de la empresa hacia una sociedad de economía mixta y le permitió una mayor agilidad en su contratación al unificarse bajo un solo régimen de derecho privado, también se originó la nueva era de los biocombustibles, gracias a la adjudicación del primer contrato para construir la planta de biodiesel, ubicada en Barrancabermeja, y cuya dirección y producción estará a cargo de Ecodiésel Colombia, sociedad constituida por ECOPETROL y siete empresas extractoras de aceite del Magdalena Medio y primordialmente a un ECOPETROL que traspasa fronteras como operador internacional y maximiza su producción y adiciona nuevas reservas.

⁴⁹ECOPETROL, “Visión Profunda”, *Revista ECOS*, Numero 179 – año 21 – Septiembre – Octubre 2007. Pág. 18.

⁵⁰ECOPETROL, “Proyectos en busca de producción adicional y nuevas reservas”, *Revista ECOS*, Numero 180 – año 22 Enero – Febrero 2008, Pág. 8.

Al día de hoy ya se producen los primeros resultados del exitoso proceso de capitalización, como lo mostró el desarrollo de la Asamblea General de Accionistas de este año, donde participaron 10.000 personas en representación de 480.000 socios y en la cual el presidente de la petrolera, Dr. Javier Genaro Gutiérrez Phemberty presentó a los socios los resultados obtenidos en la vigencia del año pasado.

Según el Presidente, a 9 billones ascendieron las utilidades de ECOPETROL en 2007, un aumento de 85%. La utilidad neta creció 53 por ciento y totalizó 5.18 billones de pesos en 2007 frente al 2006. Los activos totales de ECOPETROL llegaron a 48 billones de pesos y subieron un 14 por ciento. Explicó que la empresa se compone de un 48 por ciento de activos, un 56 por ciento de patrimonio y un 4 por ciento de pasivos. Además adiciono que la petrolera no tiene deuda con terceros para financiar sus proyectos y las ventas totales en barriles aumentaron 4 por ciento⁵¹.

⁵¹ http://www.portafolio.com.co/economia/finanzas/2008-03-27/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-4037213.html

CAPÍTULO 2

2 DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO: UN SISTEMA DUAL INTEGRADO EN LA CONTRATACION DE ECOPETROL.

2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S.A. BAJO LA REGLAMENTACIÓN DEL DECRETO 1760 DE 2003

Tal como se menciona en el capítulo 1 Antecedente, en el año 2003, por medio de la expedición del decreto 1760 de 2003, la empresa sufre una transformación en su estructura funcional y orgánica que como se explicó radicó, primero, en la escisión de las funciones de administración de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación y de activos no estratégicos; ahora en cabeza de la ANH (Agencia Nacional de Hidrocarburos)

“ARTICULO 1°.- Escisión.- Escíndese de la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación y la administración de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades, en los términos que se establecen en el presente”.

Y, segundo, en la transformación de su estructura de Empresa Industrial y Comercial del Estado a una Sociedad Pública por Acciones.

“ARTICULO 33°.- Naturaleza jurídica, denominación y sede.- La Empresa Colombiana de Petróleos, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional creada por autorización de la Ley 165 de 1948, mediante el Decreto 0030 de 1951, y escindida mediante el presente Decreto, quedará

organizada como sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, se denominará -ECOPETROL S.A.-, su domicilio principal será la ciudad de Bogotá D.C. y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior”.

Establecida su naturaleza jurídica por norma especial, del mismo modo se afirma que ECOPETROL como sociedad pública por acciones se encuentra dentro de la estructura de la Administración Pública, Ley 489 de 1998, Capítulo décimo, pertenece a “la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, del sector descentralizado por servicios y vinculada al Ministerio de Minas y Energía”.

Ahora para lo cual es importante aclarar, que aunque la naturaleza esencial y expresa de la empresa es de una sociedad pública por acciones, al tener la misma en su capital social una participación mayoritaria por mas del 90% por parte del Estado, su régimen será el de una empresa Industrial y Comercial del Estado.

Esto por disposición expresa de la ley 489 de 1998, artículo 38, Parágrafo 1 en el cual se indica al respecto que:

PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

2.2 OBJETIVOS Y FUNCIONES DE LA EMPRESA EN MATERIA DEL DECRETO 1760 DE 2003

Para determinar los mencionados objetivos, funciones y actividades industriales y comerciales que ejecuta la empresa en labores de exploración y explotación de

Hidrocarburos, hago referencia expresa a lo dispuesto en materia en el decreto 1760 de 2003.

El presente decreto establece cuales son los objetivos que desarrolla la empresa, enunciándose las labores de:

Artículo 34. (i) Exploración y explotación de hidrocarburos; (ii) Refinación, procesamiento y cualquier otro proceso industrial de los hidrocarburos y sus derivados; (iii) distribución de hidrocarburos, derivados y productos; (iv) Transporte y almacenamiento de hidrocarburos, derivados y productos (excepto transporte comercial de gas natural en el territorio nacional); (v) comercialización de gas natural, de petróleo, sus derivados y productos; (vi) Realización de actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores.

Y en su artículo 35 definió sus funciones:

ARTICULO 35°.- Funciones de ECOPETROL S.A.- Además de lo previsto en el Código de Comercio, así como en la Ley 489 de 1998 y las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen, para el desarrollo de sus objetivos ECOPETROL S.A. ejercerá las siguientes funciones y actividades:

35.1. Celebrar en Colombia y en el exterior toda clase de negocios en conexión con cualesquiera actividades comerciales o industriales relacionadas con la exploración, explotación de hidrocarburos, refinación, transporte, distribución y comercialización de los hidrocarburos, derivados y productos, lo mismo que desarrollar operaciones subsidiarias o complementarias de las mismas.

35.2. Almacenar y desarrollar procesos de mezcla de productos en el territorio nacional y en el exterior; comprar bienes y productos para tales

procesos o con destino a la comercialización; comprar hidrocarburos a terceros para su venta.

35.3. Construir, operar, administrar, mantener, disponer y manejar en el territorio nacional y en el exterior sistemas de transporte y almacenamiento de hidrocarburos y derivados, refinerías, estaciones de bombeo, de recolección, de compresión, de tratamiento, plantas de abastecimiento, terminales y en general, todos aquellos bienes muebles e inmuebles que se requieran para el cumplimiento de sus objetivos.

35.4. Realizar todos los actos y negocios jurídicos que se requieran para el cumplimiento de los objetivos y funciones a cargo de la sociedad.

35.5. Promover y realizar actividades de naturaleza científica y tecnológica relacionadas con sus objetivos, su aprovechamiento, aplicación técnica y económica.

35.6. Prestar y comercializar toda clase de servicios en relación con sus objetivos.

35.7. Constituir con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado, en Colombia o en el exterior, sociedades, asociaciones, corporaciones o fundaciones, y adquirir partes o cuotas de interés en tales personas jurídicas, siempre y cuando los objetivos de las sociedades o asociaciones de que se trate sean iguales, conexos o complementarios con el de ECOPETROL S.A., o necesarios o útiles para el mejor desarrollo de su objeto.

35.8. Las demás que se le asignen.

Puntualizando así en el presente artículo 35, se interpreta que frente a ECOPETROL, a efectos de determinar sus funciones adicional de lo descrito de

manera taxativa en este artículo su principal fuente es la legislación mercantil en consonancia con los parámetros y reglas de la Función administrativa (ley 489 de 1998).

2.3 LA AUTONOMÍA DE ECOPETROL

La autonomía de la empresa debía observarse desde dos puntos de vista: La legal y la patrimonial.

La primera se determina por el *control de tutela* que sobre ella ejerce el Ministerio de Minas y Energía, y la segunda se valoraba en la realidad de su libertad de manejo para la asignación de sus recursos; función esta última actualmente erradicada de la empresa petrolera y asignada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

De este modo pues concentrémonos en el control de tutela.

El Decreto 1050 de 1968 en su artículo 7 definió el control de tutela gubernamental como el *“conjunto de instrumentos y medidas que respecto de las entidades descentralizadas ejercen autoridades centrales, con el fin de controlar su actividad y lograr su coordinación con la política general que haya adoptado el gobierno mismo”*.

Este control tal y como se observa se centraliza en una coordinación de actividades entre la entidad descentralizada y la política gubernamental. Control que es ejercido directamente por una entidad central.

Existen dos clases de tutela⁵², la *tutela técnica*, que según señala Tafur Galvis, se ejercerá teniendo en cuenta las características de la actividad y las políticas gubernamentales adoptadas para el sector administrativo en el cual actúa la entidad, y *tutela financiera*, que de acuerdo con el mismo tratadista se cumplirá teniendo como marco la política financiera, general y específica adoptada para el correspondiente sector, y se manifiesta por medio de diferentes mecanismos que permiten verificar la conformidad y ejecución económica de la entidad con los planes y programas de desarrollo económico que se hubieran adoptado.

Son manifestaciones de este control de tutela las siguientes:

- Control sobre la organización, que incluye la creación, función, transformación y extinción de entidades; integración de los órganos directivos y designación de directores y gerentes; aprobación de estatutos; adopción del presupuesto; opción de planes y programas específicos; adopción de la planta del personal y creación de empleos.
- Control sobre la gestión, incluyendo rendición de informes; ejecución presupuestal; operación de crédito y aportes especiales; visitas de inspección; control sobre actos y contratos.
- Control sobre el personal.
- Control Fiscal, el cual es uno de los más importantes pues se refiere a los recursos económicos que utiliza la empresa.

El artículo 32 de los estatutos de ECOPETROL señala: *“la tutela gubernamental a que se refiere el artículo 7 del Decreto 1050 de 1968 y demás disposiciones sobre la materia será ejercida por el Ministerio de Minas y Energía. Por otra parte, para garantizar una relativa autonomía de la empresa colombiana de petróleos, se*

⁵² TAFUR GALVIS, Álvaro. *“Las Entidades Descentralizadas”*. Bogotá: Montoya & Araujo Ltda., 1998, Pág. 270.

excluyo específicamente de su contratación el control por parte del Consejo de Ministros que existió para los contratos de concesión”.

Por ello el párrafo del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, refiriéndose a la contratación de las entidades estatales que explotan los recursos naturales renovables y no renovables:

“en ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado, ni de los tribunales administrativos”.

Ahora es importante vislumbrar los aspectos de la Autonomía Patrimonial⁵³, para lo cual ECOPETROL se encuentra limitada por ciertos aspectos y pautas presupuestales y fiscales establecidas por el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación.

Especialmente por la Ley 38 de 1989 en la cual se estableció que “las utilidades de las Empresas del Estado son de la Nación” y por lo tanto queda a merced de las entidades de planeación las decisiones sobre qué porcentaje de esas utilidades es reinvertido en la empresa y qué va a las arcas del Estado Central. El CONPES, Consejo de Política Económica y Social, es quien en la practica decide, vía aprobación de presupuesto con que recursos cuenta ECOPETROL y El CONFIS, Consejo Superior de POLITICA fiscal, también ha de dar su parecer conforme, pues en virtud de la ley orgánica del plan de desarrollo (ley 152 de 1994), son quienes ajustan el presupuesto de la empresa con el de la Nación.

Mediante la Ley 209 de 1995, se creo el “Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera”, se exige a ECOPETROL girar los ingresos mensuales que superen los

⁵³ GARAVITO GÓMEZ, José Luís. “*Contratos Petroleros*”. ED. Aso jurídica. Pág. 61.

US\$ 9,3 Millones derivados de la producción de un campo. Su finalidad, evitar mediante el ahorro forzoso lo que se conoce como “enfermedad holandesa”. Que existían altísimos ingresos, seguidos de periodos de depresión, con la consiguiente dificultad de manejo.

En el Decreto Ley 1163 de 1999, reemplazado por el No. 1491 de 2000, se ordenó contabilizar como aportes de la Nación en ECOPETROL el valor de las reservas de Hidrocarburos extraídas por la empresa. En la práctica pasaría de disponer de algo propio, lo obtenido con su concurso a administrar algo ajeno. Alteraría por tanto de una manera radical el presupuesto de la empresa y sus utilidades. (Al respecto aclaro que la presente función de administración del recurso hoy en día por vía de la escisión que sufrió la empresa en el 2003, la realiza la ANH.)

Concluyendo sobre este punto tenemos que ECOPETROL cuando se estructuraba como empresa industrial y comercial del estado, no gozaba de una autonomía absoluta en términos patrimoniales, dado los factores económicos que no permiten un flujo libre en su actividad de especulación económica. Es decir desde el punto de vista patrimonial la empresa se encuentra en el cumplimiento de dos principios una rentabilidad e una inversión social la cual se debe enmarcar en una adecuada inversión social.

En el tercer capítulo, cuando se explique la transformación de ECOPETROL, a una Sociedad de Economía Mixta, se observará que no le serán aplicables las normas que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto, debido a que la participación accionaría de la Nación, es inferior al 90% del capital social. Por lo cual tendrá una mayor autonomía patrimonial al tener que regirse por un Estatuto Presupuestal Interno el cual le permitirá realizar un seguimiento a la gestión de acuerdo a su portafolio de inversiones.

2.4 RÉGIMEN JURÍDICO – CONTRACTUAL: RÉGIMEN DUAL CONTRATACIÓN

De acuerdo con la descripción normativa relatada anteriormente, tenemos que en ésta etapa de régimen dual previo al proceso de capitalización, ECOPETROL en su estructura y naturaleza jurídica se constituía como una sociedad pública por acciones, que en su funcionamiento se comportaba como una Empresa Industrial y Comercial del Estado; la cual tiene a su cargo actividades de índole industrial y comercial para llevar a cabo la exploración y explotación del petróleo y sus derivados. De tal modo para llegar a determinar el régimen jurídico contractual por el cual se regían las actuaciones que ejecutaba ECOPETROL, es necesario entender el marco normativo bajo el cual se sometía.

2.4.1 Antecedentes Legislativos del Estatuto General de Contratación Pública y su evolución frente a ECOPETROL S.A.

La expedición del Estatuto de Contratación Pública, provino de la finalidad de buscar la unificación de los contratos que celebran la administración pública bajo una sola categoría u régimen, situación esta que en esos momentos se tenía como inexistente en materia de contratación estatal en el Derecho Colombiano.

Es así como el Legislador quiso que el Estatuto se configurara como un parámetro de aplicación obligatoria a todas las entidades públicas como un criterio único, el cual se constituye como una regla general aplicable a toda la contratación de los entes públicos, de donde únicamente se desprende que toda excepción al mismo debe ser por mandato constitucional o legal.

Entrando ya en materia, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), en su artículo 2 indica:

“Para los solos efectos de esta Ley: 1. Se denominan entidades estatales: a) (...) 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%), (...) 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.

Es así, que ECOPETROL partiendo de la definición que realiza el legislador es una empresa de naturaleza estatal, con personería jurídica en la cual su porcentaje de capital es de mayoría público la cual en esta etapa se comportaba como una empresa industrial y comercial del Estado, estructura ésta que dada su naturaleza estatal se encuentra sometida al Estatuto General de la Contratación Pública en los siguientes términos que a continuación explicare.

Como primer paso se tiene en cuenta la naturaleza de las actividades⁵⁴ que ejecuta la empresa en torno a su objeto social y su carácter estatal para determinar de tal modo que su régimen de contratación se debe observar en consonancia con la ley 80 de 1993 y especialmente en lo previsto en su artículo 76 que consagra lo siguiente:

“Artículo 76.- De los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos

⁵⁴DECRETO 1760 de 2003. Artículo 34. (i) Exploración y explotación de hidrocarburos; (ii) Refinación, procesamiento y cualquier otro proceso industrial de los hidrocarburos y sus derivados; (iii) distribución de hidrocarburos, derivados y productos; (iv) Transporte y almacenamiento de hidrocarburos, derivados y productos (excepto transporte comercial de gas natural en el territorio nacional); (v) comercialización de gas natural, de petróleo, sus derivados y productos; (vi) Realización de actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores.

asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

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

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del consejo de ministros, el Consejo de Estado ni de los tribunales administrativos”.

Pero para dar un mayor alcance en su interpretación, es necesario y condicionante conocer cuales fueron sus antecedentes legislativos, para lo cual nos remontamos al proyecto de ley 142 de 1992 presentado ante el Senado de la República que en materia de contratos de exploración y explotación de recursos naturales disponía lo siguiente:

“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

El presente prospecto de articulado fue aprobado en todos los debates que se surtieron en el Senado y en la Cámara de Representantes, pero su cuerpo vigente actualmente en el día de hoy se debe primordialmente a la objeción presentada por el Gobierno para aquella época, que principalmente se fundó en la

⁵⁵ Gaceta Congreso No. 145 de 1992.

contravención expresa de disposiciones especiales que regulan la materia de contratos de exploración y de explotación de recursos naturales renovables y no renovables, tales como el Código de Minas y de Petróleos y disposiciones complementarias, dado que estos contratos y por lo general los de asociación no se encuentran sometidos a un trámite precontractual de concurso o licitación pública.

Sobre este punto de manera categórica el Gobierno en su objeción enfatizo su argumentación del siguiente modo: “La importancia de actividades de explotación de hidrocarburos exigen 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 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 la 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 a reglas especiales en razón de las características especiales 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 prevista distinta en el proyecto de ley.⁵⁶”

Es así como el gobierno refutó el presente proyecto de artículo en el sentido que el mismo sometería la escogencia de contratistas y la adquisición de bienes y servicios objeto del giro normal de las actividades industriales y comerciales de las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta a licitaciones o concursos públicos, mecanismos estos que en términos del artículo 24 del proyecto de ley son de carácter obligatorio en concordancia con el artículo 30. El cual consiga una serie de etapas, términos perentorios y preclusivos y formalismos que se tendrían como inconvenientes frente al carácter de las actividades de ECOPETROL.

Adicionalmente, el Gobierno recalcó la importancia de la agilidad en la contratación de ECOPETROL, que requerían las actividades de naturaleza industrial y comercial, para lo cual el núcleo de su argumento se basó en el siguiente aspecto:

“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

⁵⁶Gaceta del Congreso No. 296 de 1993.

sociedades y cuyo objeto social sea prestar los servicios o suministrar los bienes que correspondan al desarrollo de su actividad industrial y comercial”⁵⁷.

Ante la precedente argumentación, el actual artículo 76 del Estatuto de contratación, plasma en su contenido las premisas fundamentales de las objeciones presidenciales, por lo cual al momento de interpretarlo no se debe ser ajeno a los antecedentes argumentativos que se presentaron en el trámite legislativo.

2.4.2 Perspectiva del régimen de contratación especial aplicable a ECOPETROL S.A. antes y después de la Ley 80 de 1993.

En primer lugar, según se expuso precedentemente todas las entidades estatales están sujetas al cumplimiento del Estatuto General de Contratación Pública, pero a la vez existe una serie de numerosas excepciones, algunas de las cuales tienen su origen en disposiciones anteriores al Estatuto (Ley 80 de 1993) que conservan su vigencia; otras han sido establecidas por normas expedidas con posterioridad al mismo.

Entre las expedidas con anterioridad al Estatuto se encuentran aquellas que mantienen su vigencia por disposición de la propia ley 80 de 1993, como⁵⁸:

- Los contratos que celebren las universidades públicas (artículo 69 de la Constitución. Régimen Especial regulado por la Ley 30 de 1992, artículo 57, Ley 647 de 2001, artículo 1)
- Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u

⁵⁷ Gaceta del Congreso No. 296 de 1993.

⁵⁸ OEA. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_inf_sc_sp.doc. Pág. 4

organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales (Ley 80 de 1993, artículo 13)

- 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 competentes en el tema. (Ley 80 de 1993, artículo 76)
- Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social (Parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993)
- En cuanto a las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, no se rigen por el estatuto general los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen. (artículo 38 de la Ley 80 de 1993)
- Los contratos que celebre el Banco de la República (Constitución Política, artículo 371, Ley 31 de 1992, artículo 3)

Entre las excepciones establecidas por normas expedidas con posterioridad al Estatuto de Contratación, se cuentan:

- Los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios (artículo 31 ley 142 de 1994, artículo 3 ley 689 de 2001)
- Los contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria, que celebre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (artículo 54, ley 105 de 1993)
- Los contratos que celebren las Empresas Sociales del Estado (artículo 195 ley 100 de 1993)

Ahora bajo estos presupuestos y especialmente de acuerdo con la naturaleza de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables hemos visto la formación de un régimen excepcional al Estatuto General de Contratación Pública, que se sustentó en la aplicación del Artículo 76 de la Ley 80 de 1993, al tenor de la importancia de que las actividades propias de las empresas industriales y comerciales del estado se encuentren en una competencia de franca lid frente a otras personas jurídicas privadas, brindando a ECOPETROL una mayor autonomía administrativa en su reglamentación especial de selección de contratistas y adquisición de bienes y servicios necesarios para el normal funcionamiento de la empresa.

Por tal motivo para dar un mayor alcance a lo previsto en el presente artículo 76 de la Ley 80 de 1993, cuando menciona 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 para estos asuntos, continuaran rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable.”*, es necesario precisar que se entiende por *“legislación especial aplicable”*.

Para ello en materia de contratos estatales se tenía la existencia y aplicación a ECOPETROL los siguientes grupos de normas:

1. Por regla general, el derecho privado según los artículos 6 del Decreto 1050 y el artículo 31 del Decreto 3130⁵⁹, ambos del mismo año.

⁵⁹ Decreto 3130 de 1968. Artículo 31. De los Actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades del Estado y las sociedades de economía mixta. Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley son actos administrativos.

2. En cuanto ejerciera funciones administrativas se le aplicaba el derecho público, y en este orden de ideas el decreto ley 222 de 1983.⁶⁰
3. Los contratos de empréstito y de obras públicas de esta entidad, se regían por el decreto ley 222 de 1983.
4. Los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, calificados como administrativos por el Decreto Ley 222 de 1983, se regían por las leyes especiales. Sin embargo, el Decreto Reglamentario 743 de 1975, sometió los contratos de asociación al derecho privado, y remitió al reglamento de la junta directiva de ECOPETROL, la regulación de los procesos de selección de contratistas, las condiciones y los términos de dichos contratos.

Ahora en interpretación que realizara el la **Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado** en concepto del ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005), radicación No. 1.667 en materia de las cuatro reglas aplicables a la empresa en materia de contratación, solo encontró que la cuarta puede ser definida como legislación especial aplicable, dado que las primeras tres se tiene como parámetros generales de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y reglas generales de los contratación de la administración. El artículo 16 del Decreto ley 222 de 1983, clasificó los **contratos de explotación de bienes del Estado** como contratos administrativos, y señaló que los mismos se regían por “las normas especiales de la materia”, es decir, los contemplados en las leyes y Códigos de Petróleos, de Minas y en el de Recursos Naturales.

⁶⁰ Decreto 222 de 1983. Artículo 254. De los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado. Salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, no serán los previstos en este decreto sino las usuales para los contratos entre particulares. Sin embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero.

Aunque en un segundo criterio de interpretación el Consejo de Estado establece que no se puede pensar, hacer extensible a la **comercialización de Hidrocarburos** la excepción por vía de régimen especial planteada por el artículo 76, en el sentido que siga rigiendo el derecho privado, dado que no existía un régimen o conjunto de normas que reglamentaran esta actividad y adicionalmente “la remisión al Derecho Privado en los decretos leyes 1050 de 3130 de 1968 se hace por vía general, es para todos los entes de la misma naturaleza de ECOPETROL”⁶¹.

Es decir para mayor claridad en concepto del Consejo de Estado, la sala no encuentra procedente extender el criterio de legislación especial a las actividades concernientes a la comercialización de los hidrocarburos, en atención a la inexistencia de un conjunto de normas especiales que hubieren quedado vigentes a la expedición del articulado contractual y a que el derecho privado no se podía tomar como una excepción al artículo 76 de la Ley 80 de 1993, el cual mantuviera su vigencia del derecho privado para actividades de comercialización.

Frente a esta posición vale la pena remitirse a lo dispuesto por la fuente interna de contratación de ECOPETROL, cuyo manual dispone que la comercialización de hidrocarburos, sea una actividad propia de su objeto social en armonía con su autonomía administrativa, tal como se dispone en sus estatutos sociales:

ARTÍCULO CUATRO: OBJETO SOCIAL.- El objeto social de ECOPETROL es el desarrollo, en Colombia o en el exterior, de actividades comerciales o industriales correspondientes o relacionadas con la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y **comercialización de hidrocarburos**, sus derivados y productos. (Negrita fuera del texto).

⁶¹ COLOMBIA – CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Ocho de septiembre de dos mil cinco (2005). M.P: Enrique José Arboleda Perdomo.

Por lo tanto como conclusión debe mencionarse que los contratos de exploración y explotación en términos del artículo 76, “continuaran rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable”. Y en materia de comercialización de hidrocarburos de acuerdo con lo previsto por el presente artículo, y teniendo en cuenta que hace parte de su objeto social, su reglamentación y regulación deberá someterse al manual de contratación interno de ECOPETROL, por los criterios que se explican en el siguiente punto.

2.4.3 Posicionamiento de un Régimen Dual de Contratación.

Hasta ahora hemos visto como desde antes de que entrara en vigencia el artículo 76 de la ley 80 de 1993, la voluntad del Gobierno y al final del Legislador de que el régimen de contratación concerniente a las actividades de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, se siguieran sujetando al trámite especial al cual se venían sometiendo al tiempo de la expedición del estatuto de contratación pública. Creando así un frente excepcional en las citadas materias a la regla general de que todas las entidades estatales en el desarrollo de su contratación debían someterse a la ley 80.

Adicionalmente fue la voluntad del legislador que las entidades que manejan recursos naturales renovables y no renovables, en virtud de su autonomía administrativa expidieran sus propios manuales o reglamentos internos de contratación, en los cuales se podrían establecer “el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse”., así de este modo se hizo flexible y oportuna la contratación en las presentes actividades por lo que para ECOPETROL dejó de ser obligatoria la tramitación de la Licitación Pública para todos los contratos que celebrara dado que la empresa contaría con sus propios criterios y de acuerdo con sus necesidades los mecanismos de selección de contratistas.

Al respecto **la Corte Constitucional** en **Sentencia C- 949 de 2001**, se pronunció declarando la exequibilidad del presente artículo al declarar:

“No ve la Corte como pueda prosperar el cargo relativo a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por violación a 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 inciso final del artículo 150 de la Carta, no acarrea el deber para el legislador de adoptar un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.

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

Con base en la precedente argumentación por parte de la Corte, ratificando la voluntad del legislador de brindar una autonomía administrativa a ECOPETROL como empresa representante del Estado para la exploración y explotación de Hidrocarburos dentro del territorio nacional en el desarrollo de su contratación estatal, la empresa para esta época posiciona un régimen de contratación “dual”, contenido en un manual de contratación interno y en la Ley 80 de 1993. Régimen

este que debe interpretarse en materia de contratación pública de la siguiente manera:

- **Contratación de Actividades concernientes a su objeto social.**

El legislador facultó a las entidades estatales que desarrollan las presentes actividades dentro de su objeto social que se rigieran por sus manuales u reglamentos internos. Determinando en ellos las normas aplicables cuando ECOPETROL actúe como sujeto contratante en la contratación de las actividades relacionadas. Claro esta teniendo de por medio que su regulación debe estar sujeta a los principios establecidos en el Estatuto de Contratación.

- **Contratación de Actividades Administrativas no concordantes al objeto social de la empresa.**

En el desarrollo de la contratación de actividades meramente administrativas, *ajenas al objeto social de ECOPETROL*, la misma se debe ceñir a las reglas, principios y procedimientos establecidos en el Estatuto de Contratación, por criterio de exclusión de las presentes actividades de someterse a manuales internos tal y como se establece en su Art.76.

Frente a la anterior dicotomía es pertinente anotar cuales son los principales aspectos que sistematiza cada una de las presentes reglamentaciones.

Frente al **Estatuto General de Contratación** se establece que:

La ley 80 de 1993, en su artículo 1° nos concreta el campo de regulación determinando la materia de aplicación del cuerpo normativo al expresar que por su

objeto se tiene *“disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”*.

Observándose así, que el presente estatuto esta estructurado en un conjunto de procedimientos y principios, los cuales demarcan el ámbito de actuación y sujeción de los contratos que celebran los entes estatales. Encontrándose en la misma la definición de cual es el fundamento de una entidad estatal cuando se encuentra contratando, el cual no es otro que “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de servicios de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (Art.3° Ley 80 de 1993).

Destinándose y definiéndose así expresamente la posición del sujeto particular que contrata con el estado, como un colaborador del cumplimiento de los fines estatales en cumplimiento de una función social, que conlleva la asunción de obligaciones.

Contenido este último que no conlleva una obligación o deber pasivo en el solo particular, sino que por lo contrario implica también sujetar la actuación de la administración a unos mínimos estándares de derechos y obligaciones en su desempeño frente a terceros.

Para ello la ley, consagra y enuncia los presentes derechos y obligaciones de las dos partes interesadas en la contratación en sus artículos 4° y 5° consecutivamente.

Conforme con la anterior delimitación en cuanto a sus objetivos y fines, se encuentra que el presente estatuto regula los procesos de selección de

Contratistas del Estado, las cláusulas excepcionales, cuantías y trámites a que deben sujetarse los contratos, define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública. Y finalmente se encuentra sustentado primordialmente en principios.

Ahora su aplicación frente a ECOPETROL se encontraba relacionado directamente frente aquellas contrataciones que tienen por objeto **actividades administrativas**, no relacionadas con el desarrollo de su objeto social como lo es la exploración, explotación, refinación, transporte, comercialización, distribución de hidrocarburos, derivados y productos.

Por otra parte el **Manual de Contratación** de la empresa que se encontraba Vigente hasta el 31° de Diciembre de 2007 determinaba que:

En un primer lugar se debe entender que la expedición del presente manual deviene de la facultad de reglamentación contenida en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, el cual tiene como objeto regular y establecer “de manera especial” el marco y parámetros de contratación de la empresa.

Este manual se aplicaba en su vigencia cuando ECOPETROL actuaba como sujeto Contratante en la *“contratación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como de los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de esta empresa.”*⁶²

Teniéndose así por criterio de exclusión y por disposición expresa en el manual, que la contratación de actividades administrativas ajenas al objeto social de la

⁶² Manual de Contratación de ECOPETROL S.A. Versión 03 – ECP-DIJ-M-01. Vigente hasta 31 de Diciembre de 2007

empresa se deben sujetar a los procedimientos de la ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios.

Este es un Manual de Contratación que se encuentra sustentado primordialmente en principios constitucionales, como lo es artículo 209 de la Constitución Política en el cual se señala que *“la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”*, principios del Estatuto General de Contratación Pública, del Código Contencioso Administrativo, la ley 489 de 1998, Políticas, y en las Directrices de Abastecimiento de Bienes y de Servicios de la empresa. Pero de manera especial en su cuerpo normativo consagra los siguientes:

Buena Fe, la cual se predica y se presumirá en todas las actuaciones y gestiones de la empresa.

Calidad, en el control y aseguramiento en los procesos de contratación a través de la exigencia de los mejores estándares a contratistas y satisfacción de expectativas y necesidades de la totalidad de los clientes de la empresa.

Economía, dentro de etapas y términos precisos, estrictamente necesarios para asegurar una selección objetiva de la propuesta más favorable.

Celeridad, en la expedición de decisiones oportunas para cumplir los fines de la contratación.

Equidad, con fundamento en el principio de la justicia que debe gobernar las actuaciones en materia de contratación, se deberán adoptar las medidas

necesarias para mantener, durante el desarrollo del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes en el momento de su celebración.

Planeación, en todo trámite precontractual y contractual salvo en situaciones de emergencia o apremio, para lo cual la empresa elabora un Plan Anual de Contratación y Compras.

Responsabilidad, en los funcionarios que intervengan en el trámite de la contratación los cuales se encuentran obligados a respetar y proteger los derechos de ECOPETROL y del contratista y terceras personas que se puedan ver afectadas con las decisiones e Responsabilidad Integral en los procesos en materia de análisis de riesgos, responsabilidad social, protección ambiental, salud ocupacional y seguridad industrial.

Transparencia, en la contratación para lo cual los procesos se deben enmarcar en los procesos de selección objetiva regulados en el manual.

Ahora para determinar que actividades se deben regular por el Manual de Contratación se encuentra reglamentado un listado como anexo dentro del manual, el cual básicamente se puede desglosar del siguiente modo:

1. Contratos para la exploración o explotación de hidrocarburos.
2. Contratos para la comercialización de Hidrocarburos, derivados y productos.
3. Contratos concernientes a actividades comerciales e industriales propias de ECOPETROL.

Al respecto hay que aclarar que la presente es una enumeración no taxativa y para lo cual si existen dudas sobre la normatividad aplicable, se debía de consultar a la Dirección Jurídica de la empresa.⁶³

La Dirección Jurídica de ECOPETROL para determinar el régimen aplicable al proceso de selección de una actividad no prevista expresamente en el Manual de Contratación ha utilizado los siguientes criterios⁶⁴:

- **Criterio de la prestación característica:** “consiste en determinar, a partir de la identificación precisa del objeto de la contratación, si éste únicamente sería del interés de una persona dedicada a la exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos, o lo que es igual, si corresponde a una contratación que es típica o característica de la industria petrolera en general. Se aclara que la gran mayoría de actividades enunciadas en el Manual de Contratación como sujetas al mismo, fueron identificadas, precisamente a partir de este criterio”.
- **Criterio de la concernencia:** “hace referencia, según la definición que obra en el diccionario de la Lengua Española a la “relación, conexión o correspondencia de una cosa con otra”. De acuerdo con esta definición, se ha entendido que una actividad se encuentran sujeta al Manual de Contratación cuando resulte “necesaria, inherente o íntimamente ligada a las actividades de exploración, explotación, refinación, transporte o comercialización de hidrocarburos”

De este modo se entiende que si no da ninguno de los siguientes presupuestos, se aplica la ley 80 de 1993.

⁶³ PINEDA DURAN, Jaime A. Presentación Especialización Derecho Minero Energético. Régimen jurídico contractual de ECP. 2007.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. José Arboleda Perdomo. Consulta del ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005). Radicación No. 1.667.

Básicamente el manual en muchas de sus disposiciones adhirió casi en su totalidad a las disposiciones de la Ley 80, “pero como se menciona la presente adhesión no fue total”⁶⁵; las excepciones y por lo tanto su regulación interna se estructura en:

- Procesos de selección de Contratistas.
- Cláusulas excepcionales.
- Cuantías y trámites a que deben sujetarse los contratos de exploración y explotación de Hidrocarburos.
- Actividades industriales y comerciales propias de ECOPETROL.
- Autorización general otorgada al Presidente de la Empresa para apartarse del Manual de Contratación para el caso de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en Colombia.

Es de gran importancia recalcar que “La ley 80 de 1993 recoge los lineamientos normativos de la legislación civil y comercial en relación con la actividad contractual de la administración pública, pero igualmente, establece peculiaridades de los contratos en atención al concepto de servicio e intereses públicos, que tiene connotación propia. Se precisa, entonces, la pertinencia de las disposiciones civiles y mercantiles en la contratación administrativa, en cuanto no pugnen con la naturaleza de esta. En este orden de ideas, se concluye que, las reglas del derecho civil y del comercial, en materia contractual, son válidas en el contrato estatal siempre que sean compatibles con éste. Criterio reconocido de tiempo atrás y contemplado en los artículos 13, 32 y 40 de la ley en referencia.”⁶⁶

De este modo se define que tanto el estatuto como el manual se encuentran primordialmente estructurados por principios, los cuales se deben entender dentro

⁶⁵ GOMEZ GARAVITO, José Luís. “Contratos Petroleros”. Primera edición. Aso jurídica. Pág. 114.

⁶⁶SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Contratación Administrativa*. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición – Actualizada. 1997. Pág. 17.

de un contexto amplio de interpretación donde no se regulan casos concretos ni eventos específicos ni delimitados, y se reconoce la existencia de un método deductivo donde se parte de lo general a lo particular dándose así un mayor espacio para la interpretación⁶⁷.

2.4.4 Frentes de aplicación del Estatuto General de Contratación Pública y del Manual de Contratación de ECOPETROL S.A. bajo un régimen dual de contratación.

En el presente aparte se identifica la doble connotación de ECOPETROL como sujeto contratante y contratista frente al Estatuto General de Contratación Pública y el Manual de Contratación de la empresa, dentro del marco contractual pasado de régimen dual de contratación.

Partimos pues que dentro del plano de la actividad contractual del Estado se establecen tres etapas distintas, que son: Precontractual, Contractual y Poscontractual.

La primera etapa hace referencia al agotamiento de las condiciones previas al contrato estatal, donde se desenvuelven actividades concúrsales como lo es la escogencia de contratistas por medio de licitaciones o concursos públicos, reglamentación del régimen de requisitos habilitantes para participar tales como inhabilidades e incompatibilidades, registro de proponentes, formas asociativas de participación.

Se hace claridad que en un altísimo porcentaje, “la Ley 80 de 1993 se concentra en esta etapa regida casi exclusivamente por el Derecho Público y en donde la participación del derecho privado, se encuentra limitada. Por lo mismo, las normas

⁶⁷ PINEDA DURAN, Jaime A. Presentación Especialización Derecho Minero Energético. Régimen jurídico contractual de ECP. 2007

supletivas han de encontrarse en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, particularmente en lo referente al procedimiento administrativo⁶⁸.

Ahora en cuanto a la **etapa contractual** se hace referencia de manera exclusiva y típica a la ejecución del contrato, la cual da inicio con su celebración y concluye con su liquidación. Esta etapa es regida de manera privilegiada por el Derecho Privado y excepcionalmente en algunos casos particulares por la ley 80 de 1993, como lo son los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, la ecuación económica y financiera del contrato, las cláusulas excepcionales al derecho común, el silencio administrativo y positivo en la actividad estatal, la tasa supletiva al interés moratorio y finalmente lo atinente a la liquidación de contratos. Por lo demás habrá que decirse que se deberá remitirse al derecho común aplicándose claro está el postulado de la Autonomía de la voluntad, principio de aplicación exclusiva para esta etapa.

Finalmente la etapa **Poscontractual** de la Ley 80 de 1993, “se limita a reproducir una serie de principios que en su concepción, contenido y alcance se encuentran recogidos por disposiciones especiales”⁶⁹. Es decir aquí el Estatuto de Contratación no tiene alcance en materias atinentes a lo contencioso y responsabilidad contractual (civil, fiscal, disciplinaria y penal), dado que las mismas se someten a un tratamiento especial prevalente.

Es así que de este modo para precisar de manera detallada el tipo y modalidad en que actúa ECOPETROL frente a un régimen dual de contratación se debe partir de los siguientes postulados:

⁶⁸ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la ley 80 de 1993*”. Legis Editores S.A. Segunda Edición 2003. Pág. 32.

⁶⁹ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Ibidem*”. Legis Editores S.A. Segunda Edición 2003. Pág. 33.

- Cuando la empresa se encontraba desarrollando actividades de contratación en etapa precontractual se sujetaba a un régimen de Derecho Público aplicándose de manera simultánea el estatuto y el manual de contratación, claro esta dependiendo de la connotación de cada actividad.
- Cuando se este haciendo referencia a la ejecución contractual, se debe tener como parámetro general que en esta etapa ECOPETROL se rige por el Derecho Privado con ciertas excepciones.

De los anteriores se puede estructurar una pirámide jurídica de la cual se deriva que en:

- Etapa precontractual en una primera instancia se aplicara el Manual de Contratación Interno de la empresa junto con la ley 80 de 1993 y en subsidio el Código Contencioso Administrativo.
- Etapa contractual se deberá aplicar en un primer criterio la legislación mercantil (si se esta frente a un acto de comercio) y a falta de esta en un segundo lugar la legislación civil.

2.4.4.1 ECOPETROL como sujeto contratante.

En materia de selección de contratistas en atención al régimen dual de contratación se establece la operancia de la ley 80 de 1993 cuando se trata de contratación de actividades administrativas y del Manual de Contratación en actividades propias de su objeto social dependiendo de la actividad que se va a contratar.

Ahora los contratos que celebre ECOPETROL se regirán expresamente por la legislación especial que les sea aplicable, y a falta de esta, por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. Es decir por el derecho privado y por lo

dispuesto en la ley 80 de 1993 en la etapa de perfeccionamiento del mismo. (Caso excepcional de aplicación del Estatuto en la etapa de ejecución del contrato estatal)

En el caso de los contratos que celebrados en el extranjero, los mismos se podrán regir en su etapa de ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, claro esta no obstante siempre y cuando no se haya condicionado el cumplimiento del mismo en Colombia. De igual modo los contratos celebrados en Colombia y que cuya ejecución sea en el extranjero, se podrán someter a la ley extranjera.⁷⁰

Ahora también se tiene un régimen especial previsto en los contratos de operación, cuando ECOPETROL, actúa en ellos como Operador. Para lo cual se aplicaran las normas especiales que determine la naturaleza de cada contrato y a falta de este por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. En consonancia con los párrafos antecedentes si el contrato se debe ejecutar o cumplir en el extranjero, se podrán someter a la legislación y normatividad extranjera.

2.4.4.2 ECOPETROL como sujeto contratista.

La segunda calidad en que pueda actuar la empresa frente a terceros es en calidad de sujeto contratista, que en términos del antiguo manual se establecía:

“Cuando actúe como proveedor o suministrador de un bien o de un servicio o ejecutor de un trabajo a favor de un tercero, o cuando actuando en esa condición subcontrate, aplicaran las leyes comerciales y civiles nacionales; si el contrato se

⁷⁰ Manual de Contratación de ECOPETROL S.A. Versión 03 – ECP-DIJ-M-01.

debe ejecutar o cumplir en el extranjero, se podrá someter a la ley extranjera.”(Subrayado fuera del texto).⁷¹

De tal modo se esclarece que la empresa en posición de sujeto contratista, en materia de contratación se sujetara a la reglamentación del Derecho Privado cuando actúe ejecutando directamente labores a favor de un tercero o dentro del mismo marco subcontrate.

2.4.5 Versión Crítica al Esquema de Contratación Dual de ECOPETROL.

En consulta de numero de radicado No. 1.667 de fecha de 8 de septiembre de 2005 que hiciera el señor Ministro de Minas y de Energía, doctor LUIS ERNESTO MEJIA CASTRO hiciera a la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL del CONSEJO DE ESTADO sobre la interpretación del artículo de la Ley 80 de 1993 “con el fin de establecer el régimen jurídico aplicable a los contratos de prestación de servicios y de consultoría que celebre ECOPETROL para apoyar la gestión contractual y comercial de la sociedad, en los siguientes términos”, en su “*ratio decidendi*” realiza una aproximación crítica al esquema dual de contratación aplicable a ECOPETROL.

Dentro del presente concepto se define el régimen jurídico aplicable a la contratación de ECOPETROL, desde una perspectiva evolutiva de la base del régimen dual – artículo 76 de la ley 80 de 1993 -. Definiéndose el alcance del presente artículo que como ya se explicó en los precedentes numerales, se trata de un régimen excepcional al Estatuto de Contratación Pública donde se encuentra vigente legislación especial aplicable en materia de contratos de exploración y explotación de Hidrocarburos y en virtud de la autonomía administrativa de ECOPETROL se brinda a ella la posibilidad de expedir manuales

⁷¹ Manual de Contratación de ECOPETROL S.A. Versión 03 – ECP-DIJ-M-01.

internos de contratación que regule aspectos procedimentales en el trámite de selección de contratistas y en la etapa de formación del contrato estatal.

El objeto de la discusión jurídica que se le manifiesta a la Sala es de si el reglamento interno debe cobijar a todos los contratos de estas entidades, o solo a los de exploración y explotación de los recursos naturales o solo a los de comercialización de estos productos o los de apoyo administrativo.

Sobre el presente problema, la Sala conceptúa sobre la existencia de una unidad de materia en la regulación del manual interno, al referirse que el presente debe pronunciarse sobre toda la actividad contractual de las entidades que manejen los recursos naturales renovables y no renovables, y no solo a los contratos de exploración explotación o comercialización, por tres criterios de interpretación:

1. **Criterio de Legislación Especial.** En primer lugar, según se expuso, los únicos contratos que tenían legislación especial aplicable que siguió vigente una vez expedida la Ley 80 de 1993. Son los de exploración y explotación, pues quedo demostrado que para la comercialización no había reglas especiales. Entonces, condicionar la posibilidad de expedir el reglamento interno a aquellos contratos que tuvieran reglas especiales, implicaría excluir los concernientes a la actividad comercial que no tenían estas normas, interpretación contraria a la historia legislativa, pues con las objeciones presidenciales se buscaba la regulación de toda actividad contractual, pues era necesario 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 participantes cumplen o desarrollan actividades similares.

2. **Criterio de interpretación Finalista.** Uno de los temas centrales de la Ley 80 de 1993 es de la unidad de regulación de los contratos, por lo que la solución adoptada, esto es un reglamento que desarrollara esta ley en sus principios haciendo flexible su aplicación, esta más acorde con este espíritu unificador que la de dividir la contratación en varios regimenes. Esta unidad normativa da mayor seguridad y puede ahorrar costos en las transacciones comerciales de estas entidades, ayudando a su eficiencia.
3. **Criterio de interpretación gramatical.** Esta interpretación surge de la locución final del primer párrafo del multicitado artículo 76 que dice a que deben sujetarse, se refiere a las entidades estatales dedicadas a dichas actividades que es el sujeto de esa oración y no a los “contratos de exploración” que es el sujeto del anterior. Además, en la segunda frase de esta primera parte del artículo que se comenta, no se hace distinción sobre el objeto o el tipo de contrato que se vaya a celebrar, por lo que obviamente incluye todos los contratos, dentro de ellos los que son materia de la consulta.
4. **Criterio de comparación legal.** Si se compara la actividad legal que se estudia, con la dada por la misma ley a las entidades financieras en el párrafo primero del artículo 32 ibídem se encuentra que son muy diferentes, pues en esta ultima claramente se consagra un doble régimen el uno para las actividades propias de su objeto social de las entidades financieras y el otro para las demás actividades. El legislador, al decidir sobre las objeciones presidenciales de que se ha venido tratando, pudo haber optado por una respuesta igual a la de la norma en cita, pero, resolvió la forma plasmada en el artículo 76.

En concordancia con lo anterior, la Sala resuelve que los presentes contratos objeto materia de la controversia se deben sujetar a la regulación del estatuto interno de ECOPETROL. Pero pareciere pues que este criterio unificador se hiciera extensible a toda la contratación de la empresa, incluso las actividades

administrativas, como lo son labores de aseo, cafetería, camarería, transporte, actividades estas que marcan la existencia de dos regimenes aplicables vigentes en un mismo tiempo, teniéndose por tal razón un esquema dual de contratación.

Frente al anterior pronunciamiento del Consejo de Estado, se encuentra que mas allá de tratar de unificar bajo un solo régimen toda la contratación de ECOPETROL, sin distinciones de naturaleza alguna, se debe tener en cuenta siempre como guía y parámetro la autonomía y capacidad administrativa de ECOPETROL para expedir el manual de contratación, tal y como la ratificó la Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001, según el cual la empresa se encuentra autorizada para regular los procedimientos de selección de contratistas, causales, cláusulas excepcionales y tramites de contratos en el desarrollo de actividades comerciales e industriales.

Ahora el conflicto que se presenta realmente es definir si este manual interno debía regular “toda la contratación” sin lugar a diferenciar actividades. Para lo cual es claro que el artículo 76 se refiere en su primer párrafo de manera exclusiva a las actividades propias del objeto social de la empresa, tales como la exploración y explotación de hidrocarburos, la refinación, transporte y comercialización de tales productos. Actividades estas sin lugar a dudas son correspondientes a la naturaleza de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Nótese pues en primer lugar, que en un criterio de interpretación concreto y apegado a lo dispuesto en la norma se hace referencia exclusiva a actividades propias de estas empresas, dentro de las cuales no se encuentra el desarrollo de actividades de naturaleza eminentemente administrativa (contratación de personal de aseo, equipos de computación, servicios de impresión, etc....). Por consiguiente al brindar el Art. 76 la posibilidad de que en las actividades propias de carácter industrial y comercial que desarrollan las entidades del Estado se

sujeten: i) a un régimen especial que les venía aplicando y ii) a un manual interno en la regulación de sus procedimientos y esquemas de contratación, se debe declarar bajo este criterio que las actividades de naturaleza administrativa se deben sujetar al estatuto de contratación pública, ya que como mencione estas no poseen tal carácter industrial y comercial.

En relación con el presente tema, el doctrinante Juan Pablo Cárdenas Mejía señala que “en cuanto a los contratos que no requieren licitación conviene observar que de acuerdo con la ley son aquellos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta⁷²”

Bajo la misma premisa el doctrinante resuelve realizar un examen del término “objeto directo”, partiendo de la base de que objeto es el “fin o intento al que se dirige o encamina una acción u operación”. Pero para poder llegar a determinar si un contrato debe o no celebrarse por licitación habrá que examinar su causa final. Si la misma es directamente el desarrollo de actividades industriales y comerciales o no.

De este modo si la causa del contrato se encuentra relacionada de manera directa con el desarrollo de la actividad industrial y comercial, el proceso de selección se encontrara exceptuado de licitación pública bajo ley 80. Y si es todo lo contrario, su finalidad es indirecta el procedimiento de la selección será el de licitación.

Sobre el particular se presentan inquietudes y dudas. Sea el caso de la adquisición de vehículos para la distribución de productos: ¿se deberá sujetar a

⁷² CARDENAS MEJIA, Juan Pablo. “*Comentarios al nuevo régimen de contratación de contratación administrativa*”. Ediciones Rosaristas. 1ª. Edición 1994. Pág.325.

licitación o se encontrara exceptuada, y por consiguiente se regirá bajo la reglamentación del manual de contratación interno?

Al extender el presente caso a la actividad de distribución de los productos de ECOPETROL, sea ya hidrocarburos o refinados, esta contratación en el régimen dual se regía por el manual de contratación, al estar señalada la presente actividad como propia del objeto social de la empresa.

ARTÍCULO CUATRO: OBJETO SOCIAL.- El objeto social de ECOPETROL es el desarrollo, en Colombia o en el exterior, de actividades comerciales o industriales correspondientes o relacionadas con la exploración, explotación, refinación, **transporte**, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados **y productos**. (Negrita ajena al texto).⁷³

Es importante advertir que “la compra de vehículos no es en sí misma la actividad comercial o industrial, entendida en sentido estricto –esto es la producción de un determinado bien-, que desarrolla la compañía, y por ello algunas personas podrían someter que el contrato no tiene por objeto directo el desarrollo de la actividad industrial y comercial de la empresa. Sin embargo, es claro que dicha compra se encuentra incluida dentro del conjunto de actos indispensables para desarrollar la actividad industrial y comercial, lo cual conduciría a concluir que tal contrato no requiere licitación o concurso”⁷⁴.

Por otra parte en cuanto al desarrollo de las actividades de comercialización que no contaban con un régimen especial previsto antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, hay que mencionar que las mismas al encontrarse dentro del objeto social de ECOPETROL y bajo el postulado de la autonomía administrativa de la empresa, su regulación es reglada de acuerdo con lo previsto en el Manual de

⁷³ESTATUTOS SOCIALES DE ECOPETROL S.A. Aprobados por la Asamblea General de Accionistas en reunión extraordinaria del día 6 de noviembre de 2007..

⁷⁴ CARDENAS MEJIA, Juan Pablo. “*Ibidem*”. Pág.326

Contratación vigente para esta etapa de estudio, el cual consagra que tiene por “finalidad establecer las normas aplicables cuando ECOPETROL actué como Contratante en la contratación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como de las concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de este empresa.”⁷⁵

Recordemos que aunque la ley 80 de 1993, tenía como finalidad la unidad de regulación de los contratos, el Manual Interno de Contratación de ECOPETROL se encuentra desarrollado por la facultad de reglamentación contenida en el propio artículo 76 de la Ley 80 de 1993, y su estructura radica primordialmente en los principios del presente Estatuto de Contratación, y su contenido básicamente trata especialmente sobre el tipo o modalidad de los procesos de selección, cuantías y trámites, pero no es ajeno totalmente al cuerpo normativo de la Ley 80 de 1993.

En un segundo plano, teniendo en cuenta un criterio de ahorro de costos en transacciones comerciales y en términos de eficiencia y competitividad se destaca que ante la presente dicotomía, que efectivamente en las contrataciones de actividades administrativas que se sujetaban a los términos, trámites y procedimientos de la ley 80 de 1993, las mismas no encuentran la misma agilidad en su finalización que es la celebración y perfeccionamiento del Contrato Estatal, dado que las licitaciones y concursos públicos contienen mayores términos y requisitos a cumplir dentro de cada etapa precontractual. Hecho el cual generaba una mayor dilatación en las presentes contrataciones, y que al tener las presentes actividades por objeto ser el apoyo administrativo a toda la industria, genera una pérdida de costos en materia de eficiencia con miras a la competitividad en la que se encuentra ECOPETROL frente a terceros privados.

⁷⁵ Manual de Contratación de ECOPETROL S.A. Versión 03 – ECP-DIJ-M-01. Vigente hasta 31 de Diciembre de 2007. Pág.3.

CAPÍTULO 3

3 DERECHO PRIVADO: UNA REALIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE ECOPETROL

3.1 PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN DE LA EMPRESA CON MIRAS A LA CAPITALIZACIÓN

Desde hace años ECOPETROL ha estado cambiando, con el fin de prepararse para ser exitosa en un nuevo contexto competitivo. Ya ha renovado su identidad visual, ha fortalecido su estrategia de crecimiento ajustando el MEGA a 550.000 barriles diarios de petróleo equivalente (bpde), ha dado importantes pasos hacia la internacionalización, ha afianzado los sistemas de gestión y ha incursionado en nuevos negocios, como el de los biocombustibles.⁷⁶

Es claro que desde el año 2003 se han venido presentando nuevos eventos dentro de la historia reciente de la empresa, cuando la empresa se convierte en una sociedad pública por acciones, la abre a nuevos mercados internacionales y se crea la Agencia Nacional de Hidrocarburos. En el 2004, se implementó la estrategia para maximizar la producción de los campos existentes y se redujo sustancialmente el hurto de combustibles.

En el 2006 la empresa entra a ser un operador internacional, dentro de la octava ronda de bloques de exploración y explotación que adelanta la Agencia Nacional de Petróleo de Brasil, ECOPETROL ganó, junto a Petrobrás, el bloque Tucano

⁷⁶ ECOPETROL. “Una Organización para el Futuro”, *Revista ECOS*. No. 178 – Año 21 – Agosto – Septiembre 2007. Pág.3.

156, ubicado en el estado de Bahía, noreste de Brasil. En el presente la empresa participa con el 30%, será el operador del bloque; Petrobrás tiene el 70% restante.

Pero es claro que uno de los acontecimientos de mayor trascendencia dentro de la historia de la empresa y en general de todos los colombianos es su proceso de capitalización. Después del proceso de reestructuración y transformación con el Decreto 1760 de 2003, en donde la empresa tiende a comportarse como un jugador más en la industria petrolera nacional, con la obligación de competir en la asignación de áreas para exploración y producción, sin contar con las ventajas del antiguo sistema de asociación y la administración de las reservas.

Con este nuevo esquema de competitividad, la empresa comenzó su proceso de transformación internamente, modificando la estructura organizacional, optimizando la planta de personal, cambios en el régimen laboral e incrementación de presupuestos de inversión y para exploración. Negocio este que debe tener prevalencia y mayor disponibilidad presupuestal dado que al fin y al cabo es el fortín económico de la empresa⁷⁷.

Mas sin embargo, la empresa contaba con algunas restricciones que le dificultan competir en igualdad de condiciones con otras petroleras, asociadas a las dificultades para financiar sus planes de inversión para los próximos años y lograr autonomía administrativa, presupuestal y financiera.

Los objetivos con el presente proceso son:

- Conseguir recursos frescos para llevar a cabo un plan agresivo de inversiones.
- Fortalecer los presupuestos de inversión de la empresa.

⁷⁷ ECOPETROL. “Editorial”, *Revista ECOS*. No. 178 – Año 21 – Agosto – Septiembre 2007. Pág.2.

- Estas medidas permitirán robustecer los presupuestos de inversión de ECOPETROL. A pesar de que la empresa ha triplicado sus inversiones operativas en los últimos tres años y está ejecutando un presupuesto sin antecedentes de US\$1.405 millones en 2006, todavía es necesario incrementarlo más para fortalecer la empresa y enfrentar la coyuntura actual, marcada por la probable pérdida de la autosuficiencia de petróleo en Colombia a principios de la próxima década⁷⁸.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA

Conforme con la expedición de la Ley 1118 de 2006 y la 1150 de 2007 se determina la naturaleza jurídica de ECOPETROL, para lo cual hay que distinguir los siguientes momentos:

1. EMISION Y ADJUDICACION DE ACCIONES.

La Ley 1118 del 26 de Diciembre de 2006 autorizó a ECOPETROL la emisión de acciones para capitalizarse hasta un 20 %, lo que conlleva al cambio de naturaleza jurídica a una sociedad de economía mixta. Para analizar la aplicación del presente régimen se debe decir que la presente normatividad entró en vigencia desde el 27 de diciembre de 2006, pero la misma se encontraba condicionada en cuanto su operatividad debido a lo establecido en el artículo sexto en el cual se establece:

ARTÍCULO 6. Régimen aplicable a ECOPETROL S.A.- Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de ECOPETROL S.A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa. (Subrayado fuera del texto)

⁷⁸ ECOPETROL. “Futuro Petrolero”, *Revista ECOS*. No. 178 – Año 21 – Agosto – Septiembre 2007. Pág.10.

Al observar lo dispuesto en el presente artículo se establece una limitación de aplicabilidad en cuanto al tiempo, en atención a que sólo se entenderá que comenzara a regir el régimen de derecho privado bajo el cual se registrarán las actuaciones que desarrolle la empresa cuando ECOPETROL se haya transformado en una sociedad de economía mixta. Es importante mencionar que el presente régimen común en ningún momento se encontrará sujeto a limitaciones por factor cuantía, es decir el derecho privado tendrá vigencia y registrará en las actuaciones de la empresa sin importar el monto del aporte estatal al capital social de la empresa.

¿Pero cuándo se entiende que ocurre la presente transformación? Al respecto se debe responder partiendo de dos momentos, i) proceso de emisión de las acciones y ii) proceso de adjudicación de las mismas. Actualmente el proceso de emisión de acciones comprende los siguientes destinatarios:

- i) “Personas naturales, donde podrán comprar máximo 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- ii) Personas jurídicas, a las cuales se les impone limitación de adquisición por cuanto no podrán adquirir más del 3% de las acciones en circulación de la compañía.
- iii) Fondos de Pensiones y Cesantías, Fondos mutuos de Inversión y Patrimonios Autónomos pensionales de ECOPETROL, los cuales no podrán adquirir más del 3% de las acciones en circulación”⁷⁹.

De este modo una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la Ley 1118 de 2006, ECOPETROL se constituirá como sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

⁷⁹ECOPETROL - Programa de emisión y colocación de Acciones.

Los principales aspectos que caracterizan la promulgación de la presente reglamentación son los siguientes:

- La garantía de que la Nación conserve como mínimo el 80 % de las acciones en circulación con derecho a voto.
- Adiciona nuevas funciones a la entidad como lo es la investigación, desarrollo y comercialización de fuentes convencionales y alternas de energía, producción, mezcla, almacenamiento, transporte y comercialización de componentes oxigenantes y biocombustibles, operación portuaria y líneas conexas.
- Un nuevo régimen jurídico que al estar constituida como sociedad de economía mixta se registrará exclusivamente por reglas de derecho privado.
- Se debate la aplicación del alcance del Decreto 222 de 1983 artículos 111 y siguientes a ECOPETROL en materia de imposición de servidumbres como resultado de su proceso de capitalización. Esta tema será abordado en el capítulo de transformación y reestructuración de la empresa hacia una Sociedad de Economía Mixta.
- Naturaleza laboral de los trabajadores. Donde los Servidores Públicos de ahora en adelante tendrán el carácter de trabajadores particulares. Aplicándoseles el Código Sustantivo del Trabajo, y simultáneamente la Convención Colectiva de Trabajo y el Acuerdo 01 de 1997 dado el caso.
- Implicaciones en materia disciplinaria. Régimen de Transición de procesos con apertura de investigación por mas de dos años a partir de la transformación como Sociedad de Economía Mixta en los cuales será competente la Oficina de Control Disciplinaria. Donde las demás investigaciones que se encuentren por tramitar conocerá la Procuraduría General de la Nación.
- Implicaciones tributarias. Cargas fiscales

Si bien el régimen jurídico contractual de ECOPETROL conformada como Sociedad de Economía Mixta es el Derecho Privado, ello no significa que la empresa se convierta en un particular ya que el artículo segundo de la Ley 80 de 1993 establece:

ART. 2º—De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1. 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 de-más personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.... (Subrayado y negrita fuera del texto)*

De manera particular, en relación con las sociedades de economía mixta sus elementos configurativos, conforme a los mandatos constitucionales y legales son: (i) creación o autorización legal; (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales o comerciales; (iv) sujeción a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares; y, (vi) vinculación a la administración como integrantes del sector descentralizado y consecuente sujeción a los controles administrativos⁸⁰.

⁸⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 722/07. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Pág. 36.

Se precisa pues que las presentes sociedades se soportan directamente a partir de la autorización legal de la constitución, son entidades descentralizadas de la administración y finalmente la precisión del régimen jurídico será de competencia del legislador conforme con el artículo 210 de la constitución en concordancia con los artículos 150 – 7 y 209.

De este modo como resultado de este proceso ECOPETROL contará en su composición accionaría con la participación de particulares, conservando el Estado mínimo el ochenta por ciento (80%) de las acciones en circulación, y desarrollará actividades de naturaleza industrial y comercial, o de gestión económica en competencia con sociedades exclusivamente privadas, para lo cual, consideró necesario el legislador darle flexibilidad y eficacia a dicha gestión disponiendo que se rija por las reglas del derecho privado, sin que por tal circunstancia pueda considerarse que pierda su naturaleza de entidad pública.⁸¹

Es claro pues que al pertenecer ECOPETROL al nivel descentralizado y ser un organismo vinculado, y comportarse en sus actuaciones como un sujeto de derecho privado no puede llegar por estas condiciones considerársele como un particular.

3.3 NORMATIVIDAD APLICABLE A ECOPETROL SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA.

Dentro de la normativa a aplicable a ECOPETROL, se encuentra reglamentado como de estricto cumplimiento unas series de legislaciones, manuales, políticas, instructivas y directivas que aplican en los procesos de selección de contratistas que adelanta la empresa.

1. Ley 1118 de 2006, artículo sexto (6).

⁸¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 722/07. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

2. Ley 1150 de 2007, Artículos trece (13) y catorce (14).
3. Ley 489 de 1998.
4. Políticas de gobierno de corporativo.
 - 4.1. Código de Buen Gobierno.
 - 4.2. Código de Ética.
5. Manual de Contratación.
6. Manual de Control Administrativo.
7. Política de Abastecimiento de bienes y servicios.
8. Evaluación de desempeño de contratistas.
9. Instructivo de HSE en contratación.
10. Clausulado General para la Garantía Única de Cumplimiento.

3.3.1 Ley 1118 de 2006, Artículo sexto (6).

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

3.3.2 Ley 1150 de 2007, Artículos trece (13) y catorce (14).

ARTÍCULO 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. “las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente

según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”.

ARTICULO 14. Del Régimen Contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la presente ley.

3.3.3 Ley 489 de 1998.

Dado el carácter adquirido de sociedad de economía mixta, la empresa deja de aplicar el ejercicio de la función administrativa, dado que debe cumplir con actividades de naturaleza industrial y comercial del Estado conforme con las reglas del derecho privado.

Este criterio ha sido ampliamente estudiado por la jurisprudencia estableciendo que:

Entonces, en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de “función administrativa” ya que conforme a la misma ley debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado, bien entendido que como lo señaló esta corporación y ya se dio cuenta en esta misma providencia: “no obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la administración pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados”⁸²

No obstante que la empresa no aplicó dentro de sus actividades el ejercicio de funciones administrativas ello no implica que sus actos no se encuentren sometidos a los principios consagrados en el artículo 209 de la constitución, dado el inminente carácter de entidad pública al conservar el 80 % del capital accionario.

De este modo aplica pues a la contratación de ECOPETROL los principios que deben regir la función administrativa en Pro de los intereses generales, tales como buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

3.3.4 Políticas de Gobierno Corporativo.

- *Código de Buen Gobierno.*

El tema del buen gobierno se ha venido asociando con la formación de la empresa moderna, de donde se establece la delegación de funciones y toma de decisiones

⁸²COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 722/07. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Pág. 37.

a administradores o directivos de la empresa distintos de los dueños de la empresa.

El modelo de la corporación (que en nuestro lenguaje equivale a una sociedad anónima) surge a partir de la incorporación de diferentes empresas en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII. “*The East India Company*” obtiene el “*Royal Charter*” en 1600, su conformación inicial ya guarda semejanza con las actuales corporaciones. Su estructura de gobierno estaba compuesta por la corte de propietarios (La actual asamblea general de accionistas) y la corte de directores (la junta directiva) compuesta por el gobernador, el gobernador asistente y 24 directores.

En Estados Unidos la idea de Gobierno Corporativo se estructura en un “*Trust*”, figura en la cual “los gerentes y empresarios entregaban la propiedad de la empresa a un *Trust* colectivo, el cual era administrado por una junta de *Trustees*, a menudo los mismos gerentes de las empresas. En retorno los aportantes recibían acciones en el *Trust* iguales a los activos aportados.”⁸³

En Colombia el Gobierno Corporativo se refiere a los medios internos por los cuales las corporaciones son operadas y controladas. Un régimen adecuado de Gobierno Corporativo ayuda a asegurar que las corporaciones utilicen su capital eficientemente.

ECOPETROL reconoce la importancia de guiarse por políticas de Gobierno Corporativo que preserven la ética empresarial, la correcta administración y el control de la Sociedad, mediante el reconocimiento y respeto de los derechos de los accionistas, inversionistas y demás grupos de interés a través de políticas

⁸³ CONFECAMARAS. “*Historia del Gobierno Corporativo en el mundo. Definición y objetivos del gobierno corporativo*”.

claras de transparencia en la gestión y divulgación de información, generando una mayor confianza a los grupos de interés y al mercado en general.

El objetivo del presente Código de Buen Gobierno es compilar y estructurar las mejores prácticas de gobierno corporativo adoptadas e implementadas por ECOPETROL con el fin de generar competitividad, preservar, mantener y promulgar la integridad y la ética empresarial, asegurar la confianza de los accionistas e inversionistas en la gestión de la Sociedad, el cumplimiento de los compromisos con sus grupos de interés y el conocimiento público de su gestión.

Ahora dentro del marco de estructura organizacional el mismo se encuentra dirigido a todas las actuaciones de los miembros de la Junta Directiva, Presidente de la Sociedad, Vicepresidentes, Directores, Gerentes, Jefes de Unidad, Coordinadores, trabajadores, colaboradores, contratistas, proveedores, accionistas e inversionistas, las cuales deben estar enmarcadas en las disposiciones de este Código, para que el gobierno de la Sociedad pueda desarrollar su actividad empresarial dentro de los principios éticos y el buen manejo societario. Los principios del presente Código son la transparencia, la probidad y la rendición de cuentas al mercado, accionistas, inversionistas y grupos de interés.⁸⁴

La empresa dentro de sus políticas de buen gobierno relaciona tres aspectos que deben gobernar sus actuaciones frente a terceros, su misión y visión y prospecto.

- Misión: Creamos riqueza y bienestar para todos los colombianos.
- Visión: ECOPETROL será una empresa internacional de petróleo & gas, altamente competitiva, con talento humano de clase mundial y socialmente responsable.

⁸⁴ECOPETROL “Código de Buen Gobierno”.

- **Mega:** Ser una empresa integrada de hidrocarburos en la cadena de valor logrando en el 2011, producir 550.000 barriles de petróleo equivalente por día. Tener nuestras refinerías y sistemas de transporte entre los mejores de Latinoamérica. Ser la mejor opción de suministro y de transporte de hidrocarburos para el país.

El código de Buen Gobierno primordialmente en un primer aspecto reglamenta los derechos y tratos equitativos de los accionistas de la empresa, sus obligaciones, relaciones económicas, la asamblea general de accionistas y la composición de su junta directiva. En un segundo plano establece cual es la estructura administrativa de la empresa, partiendo del órgano ejecutivo (Presidencia) y de los demás órganos directivos.

Este resultado es el fruto de un proceso de transformación organizacional dentro de la empresa, que al entrar dentro de un marco de competitividad y al incursionar en nuevos negocios internacionales requiere de contar con una organización mas ágil y eficaz para así mantener la confianza de sus accionistas, quienes exigen que se haga lo necesario para asegurar que la empresa tenga la capacidad para ejecutar su estrategia, y por lo tanto que les ofrezca un futuro rentable.

Por otra parte se identifican los grupos de interés de la sociedad y su responsabilidad integral frente a ellos, como los accionistas, empleados, familiares y jubilados, también se encuentran los proveedores de bienes y servicios, clientes y por ultimo el Estado. Se regulan los medios de información y su transparencia, conflictos de interés e inhabilidades y incompatibilidades y mecanismos de resolución de conflictos.

- *Código de Ética.*

¿Qué es un Código de Ética? Es un referente formal e institucional de la conducta personal y profesional que todos los trabajadores de una empresa,

independientemente del cargo o función que ocupen, deben tener. Es la forma de establecer un patrón en el manejo de relaciones internas y con los grupos de interés como clientes, proveedores y contratistas; socios de negocio; el Estado y el Gobierno; los accionistas; sus empleados, jubilados y familiares; los entes de control, las comunidades y la sociedad en general.⁸⁵

El presente código es el principal orientador de las conductas de los trabajadores de la empresa frente a los terceros que intervienen como grupos de interés de la empresa, las cuales se deben encontrar acorde con un conjunto de valores y principios éticos que terminan por reflejar cual es la organización que quiere ser la empresa frente a la sociedad. Tales como el respeto, la responsabilidad, confidencialidad, objetividad, integridad. Se debe aclarar que el presente código se debe entender como un marco de referencia general, mas no se contemplan todas las situaciones o hechos en que se puede encontrar un trabajador de la empresa⁸⁶.

3.3.5 Manual de Contratación.

Su principal objetivo es establecer las normas aplicables cuando ECOPETROL actué como contratante tanto de actividades propias de su objeto social (exploración, explotación, comercialización) y de actividades administrativas. Reglamenta procedimientos de selección, trámites, cuantías, perfeccionamiento del contrato estatal y en que modalidades de contrataciones no aplica el presente manual.

Parte de la naturaleza del derecho privado y se encuentra estructurado en el postulado de la ética, Políticas de buen gobierno corporativo. Código de Ética, de

⁸⁵ ECOPETROL. “Código de Ética”. Pág. 6.

⁸⁶ ECOPETROL. “Código de Ética”. Pág. 5.

Buen Gobierno, Estatutos sociales y en los principios de la Función Administrativa y de la Gestión Fiscal por disposición expresa de la ley 1150 de 2007 y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación pública.

En los acápite posteriores se explicara de manera detallada el contenido del presente manual.

3.3.6 Manual de Control Administrativo.

El objetivo de este manual es regular la delegación de Autorizaciones y Aprobaciones que en materia de contratación con terceros y gestión administrativa de las diferentes actuaciones de ECOPETROL, confiere el Presidente de la sociedad en servidores públicos de los niveles directivo y ejecutivo de ECOPETROL, buscando una adecuada descentralización, delegación y desconcentración de funciones sin pérdida de control y bajo los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.⁸⁷

En este contexto, el manual de control administrativo como componente fundamental del Sistema de Control Interno, se entiende como un instrumento para el desarrollo de la cultura de auto control, establecida como política corporativa.

Este manual rige los diferentes actos de la gestión administrativa que requieren Autorización y/o Aprobación por parte del Presidente, hacia los servidores públicos de los niveles directivo y ejecutivo de la sociedad, designados en cada uno de los cargos administrativos, para las siguientes actuaciones:

⁸⁷ ECOPETROL - Manual de Control Administrativo. Versión. 06 ECP - DLD - M - 01

La esencia del MCA es la delegación de autorizaciones y aprobaciones y por tanto no contiene normas ni procedimientos específicos, los cuales se encuentran detallados en los manuales propios de cada caso.

3.3.7 Política de Abastecimiento de Bienes y de Servicios.

El objetivo de la presente política es la de “definir la política aplicable en ECOPETROL, para el abastecimiento de bienes y servicios que se requieren en todos los negocios de la Sociedad, como un efectivo aporte a la competitividad de la organización. La política está enmarcada dentro de los conceptos de planeación, costo, calidad, oportunidad y transparencia, y establece los lineamientos generales del abastecimiento de bienes y servicios”⁸⁸.

La presente política se encuentra sustentada y diseñada en los principios de la normatividad vigente aplicable a la empresa. Cuyo marco legal se encuentra soportado en las reglas y normas que regulan la materia, dentro de las cuales se encuentra el Manual de Contratación.

Esta política se encuentra estructurada a partir de un conjunto de directrices las cuales tienen como finalidad la medición del impacto del costo – beneficio que implica la cadena del proceso de abastecimiento de bienes y servicios de la empresa. Donde se estudian aspectos determinantes al momento de definir las estrategias de provisión y suministro, tales como la formación de un marco de planeación, la realización de inteligencias de mercados, la opción de búsqueda de un mejor negocio, la estandarización de procedimientos de acuerdo con un Sistema de Gestión de Calidad, los criterios básicos para establecer relaciones

⁸⁸ DIRECCION GENERAL DE OPERACIONES – GEA. Política de Abastecimiento de Bienes y Servicios para ECOPETROL S.A. Versión ECP-GEA-D-01.

comerciales con proveedores y el uso de un componente tecnológico en la definición de las estrategias.

Sobre este modelo de abastecimiento es importante resaltar los presentes dispositivos y pautas que forman la línea estructural de la cadena de suministro:

En lo que se refiere a estrategias de abastecimiento de la empresa, se encuentra la implementación de dos mecanismos, como lo son **la MATRIZ DE POSICIÓN DE APROVISAMIENTO** que es la herramienta adoptada por ECOPETROL, para priorizar el abastecimiento de bienes y servicios, teniendo en cuenta el impacto en la operación medido por el riesgo y la oportunidad, y el nivel de gasto anual.

Y la **MATRIZ DE GERENCIA DEL SUMINISTRO**, que se define como el instrumento apadrinado por ECOPETROL S.A., que de acuerdo con el impacto en la operación, la complejidad del mercado y el riesgo asociado a la necesidad que debe ser satisfecha mediante la contratación, determina el proceso de selección que se debe surtir. Dicha herramienta involucra el análisis de los siguientes elementos: Factor Crítico para la Adquisición, Estrategia Comercial, Selección Objetiva de Oferentes, Estrategia para la Administración de Inventarios, y Elementos para obtener el Mejor Negocio para ECOPETROL S.A.⁸⁹

Esta herramienta se encuentra calificada dentro del Manual de Contratación como elemento determinante del tipo de proceso de selección. Más que todo se justifica en los concursos cerrados y contrataciones directas, adicionalmente de manera taxativa y obligatoria se establece su aplicación en las contrataciones de equipos

⁸⁹ DIRECCION GENERAL DE OPERACIONES – GEA. Política de Abastecimiento de Bienes y Servicios para ECOPETROL S.A. Versión ECP-GEA-D-01.

de perforación de pozos, donde siempre se determinara mediante la aplicación de la presente⁹⁰.

Por último es importante resaltar cual es el marco de criterios que se utilizan para la definición del mejor negocio, dentro del cual se analizan las especificaciones del bien o servicio, los aspectos Comerciales, la capacidad del proveedor, el servicio postventa, la responsabilidad social empresarial, el costo total de la propiedad y el costo de adquisición.

3.3.8 Evaluación de Desempeño de Contratistas.

El presente instructivo se aplica para todos los procesos de selección de contratistas y contratos que desarrolla la empresa, con el fin de unificar la metodología de evaluación del desempeño de los contratistas de ECOPETROL.

Con la aplicación del presente instructivo se quiere verificar dentro de la etapa de ejecución el cumplimiento de las condiciones contractuales pactadas dentro del contrato. Tales como técnicas, plazos del contrato, aspectos HSE.

¿Ahora quién es el competente para llevar a cabo tal labor? Sobre este punto se establece que tratándose de contratos, la evaluación será efectuada por el Interventor en forma periódica durante el plazo de ejecución, y al finalizar durante el plazo de liquidación; tal evaluación será aprobada por el Administrador del contrato. Y en lo que se refiere a compras la evaluación será efectuada por el funcionario de seguimiento de pedidos (o quien haga sus veces) y será aprobada por el Funcionario Autorizado.⁹¹

⁹⁰ Manual de Contratación de ECOPETROL S.A. Versión 03 – ECP-DIJ-M-01

⁹¹ GEA. *Instructivo para la evaluación del desempeño de contratistas o proveedores.* ECP – GEA – I - 04

Finalmente se hará una evaluación final, la cual deberá tener en cuenta el desempeño del contratista durante todo el plazo de ejecución del contrato. Que posteriormente se le notificara al contratista con una anterioridad a siete (7) días hábiles antes de su aprobación definitiva. La cual se podrá recurrir con los recursos de ley (reposición).

3.3.9 Aspectos HSE en Materia de Contratación.

El presente instructivo aplica para todos los procesos de selección que adelante ECOPETROL, y a los contratos que se celebren. Con el fin de Unificar el tratamiento de los aspectos de Salud Ocupacional, Seguridad Industrial y Ambiente (HSE) en materia contractual.

La aplicabilidad del presente instructivo depende de un análisis que se haga del impacto del contrato, que impliquen riesgos potenciales a personas y bienes. Para lo cual en caso afirmativo en los pliegos de condiciones, términos de referencia, se debe introducir como requisito mínimo los aspectos en HSE. Estableciéndose así como requisito mínimo para que la propuesta sea admisible o elegible, consecuentemente como factor de asignación de puntaje y finalmente en la minuta del contrato se recomienda introducir un capítulo de obligaciones relativas en materia de HSE⁹².

3.3.10 Clausulado General para la Garantía Única de Cumplimiento.

En atención a la diversidad de clausulados existentes en materia de garantías de cumplimiento por parte de las compañías de seguros, y con el fin de dar una mayor agilidad al trámite y aprobación de las mismas, se estandarizo un solo Clausulado General Único de Cumplimiento diseñado exclusivamente para ECOPETROL, el cual es el resultado de un estudio de los clausulados generales de las garantías únicas de cumplimiento a favor de Entidades Estatales que

⁹² ECOPETROL. Aspectos HSE en materia de contratación. Versión 01.

actualmente ofrece el mercado colombiano, y una consulta con los principales reaseguradores de este ramo en el país.⁹³

La garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales fue establecida en desarrollo de principio de economía por el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

ART. 25. —Del principio de economía. En virtud de este principio:

19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantías de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.

⁹³ <http://www.ecopetrol.com.co>. Consultada en Marzo de 2008.

Y el artículo 16 del decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, concretó:

*ART. 16. —Del objeto de la garantía única. La garantía única a que se refiere el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, **tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales.** Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía.*

Sin perjuicio del coaseguro en el caso de las entidades aseguradoras, la garantía podrá ser expedida por una o más entidades legalmente facultadas para hacerlo.

PAR. —La garantía de seriedad de la propuesta no podrá ser inferior al diez por ciento del valor de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según lo determinen los pliegos de condiciones o términos de referencia. En los casos de licitaciones para la concesión de espacios de televisión, la garantía mínima ascenderá al 1.5% del valor total del espacio licitado.

(Subrayado y negritas ajenos al texto)

Claro está que bajo los supuestos del nuevo régimen jurídico contractual, existe un gran efecto sobre la garantía única de cumplimiento:

“La forma de cobrar los siniestros, ya que ECOPETROL como Sociedad de Economía Mixta, en los contratos que celebre a partir de la fecha, no pactará cláusulas excepcionales y no expedirá actos administrativos sino contractuales, y por ende las reclamaciones ante las aseguradoras las deberá efectuar únicamente conforme lo señala el artículo 1077 del Código de Comercio:

ART. 1077. —Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

De hecho, en el clausulado único de esta garantía exclusivo para ECOPETROL se dispone que la aseguradora deberá efectuar el pago del siniestro *dentro del mes siguiente a la entrega de la comunicación escrita que le dirija ECOPETROL a LA ASEGURADORA, acompañada de los documentos que acrediten la ocurrencia del siniestro y cuantía de los perjuicios.*

Lo anterior significa que ECOPETROL ya no cobrará los siniestros mediante la expedición de actos administrativos⁹⁴.”

De este modo sobre el particular ECOPETROL al constituirse como sociedad de economía mixta y al regirse por el Derecho privado, sigue siendo una entidad estatal, es claro que podrá seguir exigiendo en el desarrollo precontractual de los procesos de selección de contratistas, la constitución por parte del contratista de las pólizas y garantías únicas de cumplimiento a favor de entidades estatales, como la póliza de seriedad de la oferta.

3.4 REGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL

3.4.1 Contexto General.

Ahora bien pero dentro de este contexto jurídico de derecho privado, debe observarse que la presente ley que modifica su naturaleza jurídica no se puede interpretar sin tener en cuenta de manera conjunta y en congruencia lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones

⁹⁴ DIRECCION JURIDICA – ECOPETROL. *Pregunta de la Semana (9 de Noviembre – 16 de Noviembre de 2007)*

generales sobre la contratación con Recursos Públicos” Su artículo 13 dispone que:

"Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. "las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”.

Y de su artículo 14:

Del Régimen Contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la presente ley.

De este modo ECOPETROL por la potestad autónoma del legislador conferida en el artículo 210 de la Constitución configuró el régimen jurídico de la empresa como sociedad de economía mixta la cual en sus actuaciones se tutela por el derecho privado, con observancia de los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y se encontrarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el régimen de contratación estatal, tal y como lo dispone los antecedentes artículos.

Adicionalmente la Ley 1150 de 2007 establece cual será el régimen de las sociedades de economía mixta en su artículo 14, exceptúa de manera expresa de la aplicación del Estatuto General de la Administración Pública, a las sociedades que se encuentren en un mercado de competencia con el sector privado nacional o internacional o que desarrollen sus actividades en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por sus reglamentos propios desarrollados en virtud de su objeto u actividad comercial.

Sobre este punto es claro determinar que con la separación de funciones efectuada en el 2003 donde la administración y adjudicación de la explotación y exploración del petróleo queda en cabeza de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ECOPETROL entra a competir directamente con otros entes privados con el fin de ejecutar estas actividades. Motivo por el cual se ratifica su excepción de someterse al estatuto de contratación pública como sociedad de economía mixta.

En concordancia con los anteriores supuestos pregonados en las presentes leyes, se encuentra la operatividad y entrada en vigencia del nuevo régimen jurídico de ECOPETROL, sujetándose en principio a un régimen común de derecho privado que se encontraba condicionado en su aplicación a un proceso de emisión y adjudicación de acciones, que al final del cual la empresa se encontraría estructurada como sociedad de economía mixta exceptuada como tal del estatuto general de contratación pública. Pero no obstante a la puesta en marcha de su actuación privada, ECOPETROL se seguirá sujetando a los principios de la Función Administrativa y gestión fiscal; capítulo el cual abarcara el objeto principal de este estudio.

3.4.2 Régimen de Transición entre los Dos Regímenes.

Recordemos que el antiguo régimen de contratación se entendía como dual, donde las actividades propias del objeto social de la empresa se regían por lo dispuesto en el Manual de Contratación y las netamente administrativas por el Estatuto General de Contratación Pública.

Con la expedición de la Ley 1118 de 2006 se condicionó la operatividad del derecho privado como único régimen contractual, una vez la empresa se constituyera como sociedad de economía mixta. Accidente este como lo observamos anteriormente ocurre cuando se emitan y se adjudiquen total o parcialmente las acciones.

El 13 de noviembre de 2007, aconteció tal fenómeno. Al culminar el proceso de emisión de acciones y consecuentemente producirse la adjudicación de acciones a los particulares.

Frente a este nuevo escenario en la historia de ECOPETROL y al confrontar lo previsto en la Ley 1118 de 2006 y lo previsto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Ello significa que además de las estipulaciones que las Partes pudieren haber acordado en el contrato respectivo, se deben cumplir las exigencias establecidas en las normas con sujeción a las cuales se celebró dicho contrato, por lo cual se producen los siguientes sucesos:

1. Al haberse emitido y colocado parcialmente las acciones, ECOPETROL S.A. quedara organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.
2. De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta lo ordenado por el artículo sexto (6) de la citada ley todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de ECOPETROL S.A., a partir del 13 de noviembre de 2007 se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

No obstante teniendo en cuenta que al momento de esta fecha no se encontraba aprobado el nuevo manual que regiría la empresa, en decisión de la presidencia se optó por la aplicación de un régimen de transición entre las dos normas en materia de contratación.

El término de transición sería a partir de la fecha y hasta el momento en que inicie a regir el nuevo Manual de Contratación (1 de enero de 2008). De este modo durante este término aplicó, para toda la contratación de la Empresa, como régimen único, el Manual de Contratación vigente desde el 1° de septiembre de 2006, esto es, el aprobado por la Junta Directiva en las sesiones del 18 de enero y 4 de agosto de 2006 (Actas 045 y 053).

El régimen aplicable en concordancia con lo anterior se estableció que “en los contratos que se celebren a partir de la fecha de esta Circular, ni se presumen ni se podrán pactar las Cláusulas Excepcionales regladas en el numeral 5.3.1. Del Manual de Contratación vigente. Las cláusulas de multas y de terminación anticipada se podrán pactar como resultado del acuerdo de voluntades con el Contratista, pero no constituirán Cláusulas Excepcionales.”⁹⁵

Con el fin de reglamentar la operatividad del régimen de transición la Dirección Jurídica de la empresa dispuso los siguientes criterios que aplicaran en materia de procesos de selección y de contratos celebrados:

1. “Los procesos de selección que hubieren iniciado antes del 13 de noviembre de 2007 y se hallaren en curso:

Continuarán su trámite hasta su terminación, conforme a la Ley vigente al tiempo de su iniciación. En esta medida, si se estuvieren tramitando con sujeción a la Ley 80 de 1993, se continuarán tramitando hasta su terminación con el acto de adjudicación o declaración de desierto, de acuerdo con dicha Ley.

2. Los contratos celebrados antes del 13 de noviembre de 2007:

Se desarrollarán o ejecutarán conforme a su clausulado y a lo dispuesto en las leyes que se hallaban vigentes al tiempo de su celebración. Por consiguiente, si considerando esas normas, en ellos se presumieren o se hubieren pactado Cláusulas Excepcionales, se podrá hacer uso de las mismas, esto es, se podrán aplicar si se presentaren las circunstancias

⁹⁵ ECOPEPETROL. Circular de Presidencia a Vicepresidencias, 16 de noviembre de 2007.

respectivas, mediante la expedición de los correspondientes actos administrativos.

3. Si al 13 de noviembre de 2007 se hubiere tramitado el proceso de selección pero aún no se hubiere celebrado el respectivo contrato:

Los Funcionarios Autorizados deberán ajustar la minuta de este, antes de su firma, excluyendo de la misma las Cláusulas Excepcionales.

4. Naturaleza de los actos que expida ECOPETROL S.A.:

Consecuente con el régimen aplicable en materia de contratación, a partir del 13 de noviembre de 2007, salvo lo establecido en el numeral 2 de este memorando, los actos que expida ECOPETROL S.A. para, durante, o como consecuencia de cualquier etapa del proceso contractual (*planeación, precontractual, contractual o de ejecución y liquidación*) serán considerados como actos contractuales derivados de la autonomía de la voluntad.⁹⁶

Ahora en materia de prorrogas y adiciones de contratos que se celebraron en la vigencia anterior, ¿Cuál sería el régimen aplicable para su contratación y ejecución?

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de mayo de 1994, sostuvo que el negocio jurídico a que da lugar la prórroga *“Desde el punto de vista de sus requisitos, formalización, perfeccionamiento y ejecución, es totalmente distinto al contrato al que pueda referirse, por lo cual la manifestación de voluntad y el propio surgimiento de la carga de derechos y obligaciones que emanan de la prórroga, debe hacerse conforme a las normas vigentes en el momento en que tal negocio surge a la vida jurídica”*.

⁹⁶ CIRCULAR DIRECCION JURIDICA a Vicepresidencias, Direcciones, Gerencias, Unidades, Oficina de Control Interno, Oficina de Control Disciplinario Interno. Fecha: 20 de Noviembre de 2007. Asunto: Transformación de ECOPETROL S.A. en Sociedad de Economía Mixta – Régimen de Contratación

Si el tránsito de legislación implica que los contratos ya celebrados y en vigor se rigen por las correspondientes cláusulas contractuales y las leyes vigentes al tiempo de su celebración, las reformas o adiciones a esos mismos contratos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, no se rigen por los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, sino por la nueva legislación; si la ley garantiza los convenios o contratos celebrados, para que se rijan por la ley vigente en la fecha de su perfeccionamiento, los nuevos convenios, adiciones, reformas o prórrogas de los mismos, no están comprendidos por este tratamiento de excepción y se rigen por la nueva legislación”.⁹⁷

Conforme con lo anterior si nos encontramos actualmente frente a la posibilidad de prorrogar o adicionar en valor un contrato primigenio que se celebró bajo el esquema dual de contratación anterior, dado el carácter de ser una nueva manifestación de voluntad el presente negocio se regirá por las disposiciones legales vigentes al momento de su perfeccionamiento. Es decir si para después del 1 de enero de 2008, se pretende celebrar un contrato adicional a un contrato celebrado y perfeccionado ya bajo el régimen anterior, la nueva manifestación de voluntad se deberá sujetar a lo dispuesto por el nuevo manual de contratación en concordancia con el derecho privado.

3.4.3 Nuevos Escenarios de Contratación.

3.4.3.1 Principios y Postulados que orientan la contratación de ECOPETROL.

3.4.3.1.1 Ética.

Las actuaciones que despliegue la empresa se deben encontrar acorde con un conjunto de valores y principios éticos que terminan por reflejar cual es la organización que quiere ser la empresa frente a la sociedad, tales como el respeto, la responsabilidad, confidencialidad, objetividad, integridad. Estas

⁹⁷ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P: Betancur Cuartas, Jaime. Concepto 17 de mayo de 1994.

normas éticas se encuentran plasmadas en el Código de Ética y de Buen Gobierno Corporativo.

3.4.3.1.2 Buena Fe.

La Buena Fe entra a jugar un papel de gran trascendencia donde las partes no solo se obligarán a lo estipulado dentro del contrato, sino a todo aquello que haga parte de la naturaleza contractual del acto u contrato.

El artículo 83 de la Constitución Política consagra:

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas".

El presente artículo se está refiriendo "expresamente a las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, y que tales relaciones, en lo que a la buena fe se refiere, están gobernadas por dos principios: el primero, la obligación en que están los particulares y las autoridades públicas de actuar con sujeción a los postulados de la buena fe; el segundo, la presunción, simplemente legal, de que todas las gestiones de los particulares ante las autoridades públicas se adelantan de buena fe"⁹⁸.

El presente principio de Buena Fe, se origina por desprotección de los particulares frente al Estado a la hora de conformar relaciones jurídicas. La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta, se escribió⁹⁹:

⁹⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 023/98 M.P: ARANGO MEJIA, Jorge. Pág. 7

⁹⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 023/98, ARANGO MEJIA, Jorge. Pág. 7.

"La Buena Fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal". (Gaceta Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Pág. 3).

De tal modo ECOPETROL cuando actué como sujeto contratante en el despliegue de sus actividades debe observar por el respeto del presente principio, obrando de buena fe frente a terceros interesados o invitados, evitando inducir a error o alejando de la realidad las verdaderas necesidades de la contratación frente a los participantes de los concursos o invitaciones. Es decir es deber de la empresa actuar con lealtad en sus relaciones jurídicas, y del mismo modo tiene el derecho a esperar que los demás procedan en al misma forma.

3.4.3.1.3 Postulado de la Autonomía de la Voluntad.

La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta.

En concordancia con este principio, se debe establecer que en el marco del ámbito privado de contratación de ECOPETROL las relaciones jurídicas con sus grupos de interés y terceros deben estar regidas por principios de igualdad jurídica y de la autonomía de la voluntad donde ninguno de ellos puede imponer obligaciones o condicionamientos sin la voluntad o consentimiento del otro.

Mas sin embargo la libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general.

La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres.

Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal.¹⁰⁰

De este modo configurándose como postulado principal la Autonomía de la Voluntad dentro del marco del derecho común y al trasladamos a la actividad normal de la administración pública donde existe un mayor condicionamiento y

¹⁰⁰COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-240/93. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Pág.11.

limitación a la voluntad de los particulares a través de medios excepcionales, en principio se pensaría que esta atentando contra principios rectores del derecho común, mas sin embargo por regla general la actuación unilateral de la administración en estos casos se motiva es en evitar la parálisis de los contratos estatales o la grave afectación del servicio público.

Es decir dentro de esta actuación especial de la administración pública, es normal que la misma manifieste su voluntad de manera unilateral en estas circunstancias, a través de prerrogativas públicas creando, modificando u extinguiendo situaciones jurídicas que involucran a los particulares sin su consentimiento expreso. Por lo cual se debe afirmar que este medio es totalmente extraño a la actividad privada.

Conforme con lo anterior ante el nuevo régimen de derecho privado de ECOPETROL desaparecen de su marco de aplicación las cláusulas excepcionales que contiene la ley 80 de 1993, como caducidades, interpretación, modificación y liquidación unilateral. Aunque esta ultima se podrá pactar de mutuo acuerdo entre las partes cuando lo estimen conveniente con la finalidad de poder realizar un balance de los pagos y de la ejecución del contrato.

No obstante se podrán pactar multas y terminaciones anticipadas pactadas como desarrollo de la autonomía de la voluntad las cuales se podrán aplicar mediante actos contractuales y no mediante actos administrativos.

Ahora se podrá dar paso a un capítulo de cláusulas excepcionales de derecho común, que dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce -aunque no con carácter absoluto- la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas

emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público¹⁰¹.

Como lo es en el caso del contrato de mandato donde el código civil artículo. 2191 plasma que *“el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio”*. O lo también establecido en el Art. 2185 del CC que dispone *“el mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo”*. Este es el caso cuando ECOPETROL actúa como operador, para lo cual deberá suscribirse a lo previsto por el contrato – que es ley para las partes- y a la normatividad civil o comercial que regula el mandato.

Finalmente al valerse de la autonomía de la voluntad en la administración privada y pública, se deben mirar los siguientes aspectos:

- i) En el régimen común la presente se erige como principio y sustento fundamental de la fuerza vinculante de los contratos privados, de la cual se deriva el poder que tiene una persona para constreñir el cumplimiento y realización de las prestaciones a otras, aún en contra de su voluntad.
- ii) Respecto al régimen público, se establece una paradoja de incompatibilidad entre el principio de legalidad el cual se presenta como rector de la actuación administrativa y entre la noción de autonomía de voluntad, donde se debe observar el comportamiento de la administración en concordancia con el principio de libertad aplicable a los particulares. Estableciéndose en este sentido que ECOPETROL al regirse por el derecho privado, en todos sus actos conllevaría una administración más autónoma y menos reglada en sus relaciones contractuales, dándose paso a relaciones más igualitarias entre las partes.

¹⁰¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 367 /95. José Gregorio Hernández Galindo. Pág. 8.

3.4.3.1.4 Principio de Equidad.

Como corolario de lo anterior el principio de equidad, ingresara a regular el trámite de los procesos contractuales de la empresa, dándose un tratamiento igualitario a los Proponentes.

De este modo si anteriormente en la contratación que desplegaba ECOPETROL el particular interesado se sentía desprotegido o en situación de inferioridad por el inmenso aparato estatal administrativo lleno de tramites que congestionaban y dilataban la adjudicación de ahora en adelante sus actuaciones se deben comportar en relaciones de buena fe, en condiciones de igualdad y equidad de derechos y cargas económicas.

3.4.3.1.5 Principio de Publicidad.

Se manifiesta en los proyectos de Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia (*opcional*), de Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia definitivos (*obligatoria*), de Informes de Evaluación de propuestas (*opcional*), de los actos que ECOPETROL emita (*obligatoria*), de contratos de cuantía igual o superior a 100 SMLM (*obligatoria*). Se exceptúan los contratos no sujetos a las normas dispuestas en este Manual y aquellos que la Junta Directiva de la Empresa determine que no se deben publicar por razones estratégicas.¹⁰²

3.4.3.1.6 Principio de Transparencia.

En toda la contratación se deben tener en cuenta reglas objetivas para establecer cuando procede determinado Proceso de Selección, para la escogencia de invitados, para identificar el ofrecimiento más favorable.

¹⁰² UNIDAD DE CONTRATACION – DIRECCION JURIDICA ECP. Presentación Noviembre de 2007.

3.4.3.2 Naturaleza de la manifestación de voluntad de ECOPETROL frente a terceros.

Con este nuevo régimen, cabe preguntarse ¿la naturaleza de sus actos debe ser como acto administrativo que crea, modifica u extingue una situación jurídica? o como ¿un acto de carácter particular y privado que nace a la vía jurídica como consecuencia de un acuerdo de voluntades entre dos partes con el fin de producir efectos jurídicos?

Sobre este punto se debe analizar que de frente a la aplicación del derecho común en relación con los actos, contratos y trabajadores de la empresa, sus actos son netamente privados y no se deben sujetar a formalidades y enunciaciones administrativas.

Al respecto la empresa mediante circular de fecha del 20 de noviembre de 2007 expedida por la Dirección Jurídica en la cual se dispone que *“Consecuente con el régimen aplicable en materia de contratación, a partir del 13 de noviembre de 2007, salvo lo establecido en el numeral 2 de este memorando, los actos que expida ECOPETROL S.A. para, durante, o como consecuencia de cualquier etapa del proceso contractual (planeación, precontractual, contractual o de ejecución y liquidación) serán considerados como actos contractuales derivados de la autonomía de la voluntad”.* (Subrayado fuera del texto)

Esto nos conlleva al análisis de manera inmediata de cuales son los mecanismos de defensa que tiene el sujeto particular contratista de la empresa frente a los actos que emite y afectan por lo tanto sus interés.

3.4.3.3 La formación del contrato.

Para entender la naturaleza de los contratos que celebra a ECOPETROL bajo el nuevo panorama de derecho privado, y su diferencia frente al contrato

administrativo el cual se encuentra conformado por ciertos privilegios reconocidos a la administración contratante, que dentro de la relación contractual le dará una posición de superioridad frente al sujeto contratista, es ineludible describir la naturaleza del contrato estatal y el porqué de su distinción.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el estatuto previsto en el derecho privado, o que resulten de la aplicación de la autonomía de la voluntad o los que se enuncian en el presente artículo.

De este modo el contrato estatal es ante todo un instrumento para la satisfacción de las necesidades de las personas, no constituye en si mismo un fin. Dentro de este entendimiento, cada contrato está llamado a cumplir un rol y una determinada función que la doctrina en el estudio de los diferentes tipos de contratos denomina como la función económica y jurídica del contrato.¹⁰³

El contrato es un acto jurídico convencional donde concurre la manifestación de voluntad de las partes interesadas, por una parte el sujeto contratante y por otra el contratista donde cada uno manifiesta su intención de celebrar el negocio en tanto a su objeto y su contraprestación.

De este modo se establece que el elemento central del contrato es el acuerdo de voluntades, pero hay que distinguir dos momentos frente al acuerdo, la separación de lo precontractual de lo contractual.

Antes de perfeccionarse el contrato se agota de manera previa un proceso de selección ya sea a través de licitación o concursos públicos o selecciones directas.

¹⁰³ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*”. Pág. 345.

Donde la primera se encuentra regulada eminentemente por el derecho público y la posterior por el derecho privado.

Si se observa con rigor en la ley 80 de 1993 se encontrará que “un buen número de sus normas y principios tienen aplicación cabal en la fase precontractual o de formación de la voluntad del Estado, que se identifica con los procesos de selección, y muy escasas referencias a la parte que incluye la ejecución del contrato propiamente dicha. Para ésta existe una remisión genérica al derecho privado, mientras que para la primera, se recurre al derecho público.”¹⁰⁴

El contrato estatal se caracteriza principalmente por ser un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y solemne. *Bilateral*, en cuanto las partes adquieren obligaciones que se miran como recíprocas; *oneroso*, en cuanto reportan utilidad o beneficio para ambas partes, gravándose el uno a favor de otro; *conmutativo*, dado que el artículo 28 de la ley 80 de 1993 le otorga tal calidad, y además porque, según el artículo 1498 del Código Civil, cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.; es *solemne*, en cuanto la manifestación de la voluntad es ineficaz si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*.

Por otra parte el legislador con la expedición de la ley 1118 de 2006 pretendió que ECOPETROL constituida ya como una sociedad de economía mixta, en todos sus actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de la empresa, se rigieran por las reglas exclusivas del derecho privado. En razón de lo dispuesto por el legislador, y sin lugar a dudas es inherente que las reglas y principios propios del derecho privado se apliquen a todos los contratos que celebre ECOPETROL.

¹⁰⁴ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Ibidem*”. Pág. 346

3.4.3.3.1 Requisitos para su existencia.

3.4.3.3.1.1 Voluntad.

Partimos pues de que el contrato surge de un acuerdo de voluntades donde se manifiesta de manera expresa la intención de celebrar un negocio bajo un objeto y una contraprestación determinada. De la presente premisa se establece como requisito esencial para la existencia del contrato la manifestación de la voluntad, que es una expresión del principio civil de la autonomía de la voluntad y del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.N), que se expresa en el consentimiento de la persona.

En el contrato concurren las voluntades por parte del Estado y del contratista, donde la primera se encuentra precedida de un proceso licitatorio o concurso el cual contiene una serie de etapas, en la cual la entidad formula una invitación a personas indeterminadas o determinadas dependiendo de la modalidad del proceso de selección que se escoja, de donde se escuchan o se reciben ofertas y posteriormente se someten a una etapa de evaluación y finalmente se adjudica al mejor postor teniendo en cuenta lo establecido en los pliegos o términos de referencia de la contratación.

Recordemos que “el pliego es la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir en primer termino para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato”¹⁰⁵

¹⁰⁵ DROMI, José Roberto. Citado por RODRIGUEZ, Gustavo H. “Nuevos Contratos Estatales” Librería jurídica Wilches, 1994, Pág. 313.

Sobre el particular hay que esclarecer que la simple invitación a contratar no esta manifestando la voluntad de la entidad estatal, es una simple y mera invitación a los interesados en la contratación para que alleguen sus ofertas. Sobre el particular, el nuevo Manual de Contratación dispone que las solicitudes de oferta que realice ECOPEPETROL no constituyen oferta comercial y no la obligan a celebrar el contrato correspondiente, quedando en libertad de declarar fallido o desistir unilateralmente del proceso de contratación cuando se presenten causas justificadas las cuales deben ser motivadas¹⁰⁶. En el numeral 3.4.3.4.1 se explicara con más detalle el porqué de esta afirmación y el debate que se ha generado respecto a la naturaleza de las solicitudes de oferta que realizan las entidades públicas en el trámite de una licitación o concurso.

Es decir la voluntad de la entidad estatal se genera desde la decisión de celebrar el contrato con el particular que con su ofrecimiento económico resultó el mas favorable a la empresa y adicionalmente cumplió con las condiciones exigidas en el pliego o términos de referencia para ejecutarlo o suministrar los bienes y servicios requeridos por la entidad. Pero esta realmente se reflejará de manera expresa al momento de celebrar el contrato u orden de compra por escrito, requisito este necesario para el perfeccionamiento del contrato.

Por su parte el contratista, luego de participar en el procedimiento de selección y luego de que se le comunica la decisión de contratar por parte de la empresa manifiesta su voluntad al momento de celebrar el contrato.

Sobre este punto es importante referirnos a lo dispuesto en el antiguo régimen de contratación sea ley 80 o manual interno de contratación – los cuales mencionaban que “el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”. Hecho el cual categoriza la obligatoriedad de suscribir el contrato

¹⁰⁶ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 6.

por parte del contratista luego de que este le es adjudicado, so pena de declárasele en su cabeza una inhabilidad para contratar como lo es la imposibilidad de contratar con el estado por un termino de cinco años a partir de la declaratoria de conformidad con lo previsto en el literal i) artículo 8 de la ley 80 de 1993.

Ahora frente a un eventual desacato de esta preceptiva por parte del adjudicatario, se establece una sanción por parte del presente estatuto de contratación del siguiente modo:

Artículo 29 Numeral 12. “si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del deposito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía”

En el nuevo régimen de contratación de derecho privado si el proponente con quien se decide contratar no acepta dicha decisión o no suscribe el contrato dentro del término estipulado para ello, ECOPETROL podrá contratar, dentro de los 15 días siguiente, con el proponente que se ubicó en el segundo orden de elegibilidad siempre y cuando su propuesta fuere favorable para la empresa y estuviere vigente para la fecha y su ofrecimiento económico fuere favorable para la sociedad. Este procedimiento se repetirá una y otra vez hasta que se entiendan cumplidos los anteriores requisitos.

En el particular se presta atención que en el caso de que el proponente favorecido sea quien no decide prestar su voluntad para contratar, existe ya un criterio establecido por el manual el cual garantiza la no dilatación de la contratación,

perdida de esfuerzos y recursos económicos al poder contratar con el proponente que resultó en el segundo orden de elegibilidad.

¿Pero existe una sanción para el primer proponente que no quiso contratar? Sí la habría, dado que recordemos que en la actuación contractual de la empresa por disposición expresa de la ley 1150 de 2007 artículo 13, seguirá rigiendo y aplicando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en el estatuto de contratación pública. Motivo por el cual ante esta situación el contratista en particular sería objeto de una declaratoria de inhabilidad para contratar con el estado por el término de cinco años a partir de la declaratoria.

Por otra parte, si se presenta el escenario de que ECOPETROL ya manifestó su libre decisión de contratar, y agotado el trámite de selección del contratista, el nuevo manual incorpora una nueva figura en los procesos de selección de contratistas que es la suspensión del proceso. Por lo cual el proceso se podrá suspender en cualquiera de sus etapas, por:

1. “Circunstancias técnicas, operativas, económicas o de mercado.
2. Fuerza mayor, orden de autoridad, acto irresistible de terceros
3. Razones de utilidad o conveniencia que puedan afectar los intereses de la sociedad o impidan la continuidad del proceso”¹⁰⁷.

Inclusive si existen razones que así lo justifiquen, el proceso de selección podrá incluso ser cancelado.

De este modo se interpreta que la empresa podrá suspender el proceso o cancelarlo en cualquiera de sus etapas, incluso se podría cancelar cuando ya la empresa haya manifestado la decisión de contratar, recordando claro está que

¹⁰⁷ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 13

deben existir razones que se encuentren debidamente justificadas y motivadas por parte del funcionario autorizado que lo obligan a ello. “Además esta decisión deberá siempre estar precedida del visto bueno del funcionario autorizado del nivel superior y deberá ser comunicada a los participantes e interesados en la contratación”¹⁰⁸.

Sobre este punto es importante aclarar como se citó en acápites anteriores, que las solicitudes de oferta o invitaciones a contratar efectuadas por ECOPETROL no constituyen automáticamente una oferta mercantil, por lo cual está no se encuentra obligada a celebrar el contrato correspondiente, quedando dentro de su libertad contractual la manifestación o declaración de fallido o desistir de manera unilateral el proceso de contratación. Claro está que se deben presentar las causas motivadas y justificadas por parte del funcionario autorizado aclarando el porqué del acaecimiento de esta decisión.

Finalmente frente a estas situaciones se puede presenciar dos hechos:

- i) Que el proponente suscriba el contrato respectivo dentro del término señalado, para lo cual la entidad estatal manifestará su intención y voluntad de contratar de manera conjunta desde la expedición del acto que decide contratar y posteriormente con la remisión del acto y el contrato firmado por el Funcionario Autorizado para contratar.
- ii) Que el adjudicatario no suscriba el contrato respectivo dentro del termino señalado, frente a lo cual la entidad podrá prestar su consentimiento con el segundo proponente de acuerdo al orden de elegibilidad del informe de evaluación y aplicaría como sanción la

¹⁰⁸ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 13...

garantía de seriedad de la propuesta y se podrán interponer las acciones legales procedentes.

3.4.3.3.1.2 Objeto.

Es la prestación debida, por el cual el contratista se obliga a ejecutar con la suscripción del contrato y por la cual la entidad estatal se obliga a pagar una suma de dinero estimada.

El objeto debe ser posible, determinado y lícito, conforme a la ley, al orden público y buenas costumbres. Si el objeto no es posible ni determinado se genera la inexistencia del acto y si es ilícito la sanción es la nulidad absoluta, dado que aunque en este supuesto el acto se formaría, estaría de por medio viciado de nulidad (Artículo 1741 del Código Civil).

Dentro de este requisito se puede incluir toda la violación de las normas imperativas de buena fe, en la planeación precontractual, selección objetiva y transparente en condiciones de igualdad para la selección de contratistas y en relación con la finalidad de la contratación.

3.4.3.3.1.3 Causa.

Debe ser posible y lícita. Esta se ha identificado con los motivos o móviles del contrato. El reproche de ilicitud de la causa surge cuando se contraria una norma imperativa, al orden público y a las buenas costumbres, pero se requiere que los móviles sean determinantes en la celebración del contrato y comunes o al menos conocidos por ambas partes.

Recordemos sobre este punto que el artículo 2 de la Constitución Política nos indica los móviles que deben perseguir las entidades en el desarrollo de sus actuaciones en cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

No obstante la presente carga no solo es para el estado, sino que se extiende a los particulares contratistas los cuales desempeñan el papel de colaboradores con la administración, claro está sin perder de vista su especulación económica y cumplimiento de la función social.

3.4.3.3.2 Requisitos para su validez.

3.4.3.3.2.1 Capacidad para contratar y las partes del contrato estatal.

3.4.3.3.2.1.1 Capacidad del sujeto contratante.

En el artículo 352 de la Constitución Política se menciona expresamente cuales son las entidades estatales, y delega en la ley orgánica del Presupuesto la reglamentación de la capacidad de los entes y organismos para contratar. El citado artículo dispone:

"Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.").

Adicionalmente la ley 80 de 1993 en su artículo 2 dispone que “para los solos efectos de esta ley” se entenderán por entidades estatales, por lo cual se esta haciendo referencia a la capacidad para contratar de que trata el artículo 352 de la carta política.

“Y es de elemental lógica, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que en el mencionado estatuto se determine qué entidades estatales tienen capacidad para contratar y cuáles son los funcionarios que obran en sus respectivos nombres.

Hay que aclarar que, a primera vista, podría pensarse en una contradicción entre los artículos 352 y 150, inciso final. ¿Por qué? Porque la última parte de la primera norma establece que es la ley Orgánica del Presupuesto regulará "la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar", y, según el último inciso de la segunda, "Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". Tal contradicción, sin embargo, es apenas aparente, como se explicará.

En la ley orgánica pueden hacerse definiciones sobre la capacidad de contratar, para efectos de la ejecución presupuestal. En el Estatuto General de Contratación, por el contrario, se hace la determinación concreta de los funcionarios que contratarán, como se ha hecho por medio de la ley 80 de 1993. No existe, pues, contradicción alguna.”¹⁰⁹

De este modo se tiene que en materia de contratación pública, las entidades estatales por regla general al estar sometidas al estatuto de contratación especial en el tema de su capacidad para contratar se deben sujetar a lo dispuesto por el presente estatuto.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. M.P: ARANGO MEJIA, Jorge. Sentencia C-374/94. Pág. 12.

Ahora para el caso de regímenes excepcionales a la ley 80 de 1993, y particularmente en el caso en que nos ocupa, se debe esclarecer que ECOPETROL al estar excepcionada de la aplicación del presente estatuto en su contratación se somete a lo reglamentado para ello, por su manual interno de contratación.

Bajo la perspectiva del antiguo y el nuevo Manual de Contratación en materia de capacidad para contratar se regula lo pertinente delegando las presentes facultades a los Funcionarios Autorizados definiéndose su competencia por el factor cuantía, formas asociativas de participación y conflictos de interés de acuerdo con lo previsto por el Manual de Control Administrativo de ECOPETROL.

3.4.3.3.2.1.2 Capacidad del sujeto contratista.

De conformidad con el estatuto de contratación la ley presume la capacidad de todas las personas naturales, salvo las que ella misma declare como incapaces.

En el tema de figuras de asociaciones de participación, como uniones temporales y consorcios la ley 80 de 1993 determina *“Dichas personas podrán participar mediante la conformación de Consorcios y Uniones Temporales entendidos de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o mediante otras formas de asociación en tanto establezcan la responsabilidad solidaria de sus integrantes en relación con la presentación de la propuesta y la celebración, ejecución y liquidación del contrato.”*).

Es importante mencionar la regulación en este aspecto, la cual se encuentra comprendida en su mayor parte por el estatuto general de contratación en el tema. El presente faculta a las personas la unión de esfuerzos de manera mancomunada en la presentación de propuestas y en la capacidad de suscribir el eventual contrato resultante del proceso de selección de acuerdo con lo previsto en la materia en el artículo 7 de la ley 80 de 1993. Bajo la aplicación de las dos figuras se deriva una responsabilidad solidaria entre sus miembros, donde los socios responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Esta es una garantía que tiene la entidad estatal, ya que ella se puede dirigirse contra uno o todos los miembros del consorcio.

Bajo la perspectiva del antiguo manual derogado, en materia de asociación se sujetaba a lo dispuesto por el estatuto de contratación, ahora frente al nuevo régimen de derecho privado por el cual se debe tramitar la contratación de la empresa, en materia de capacidad para contratar el nuevo manual interno de contratación excluye de su contenido la remisión expresa que se hace al estatuto de contratación frente a la conformación de Consorcios y Uniones Temporales.

Frente a los demás aspectos objeto de reglamentación del manual se seguirá aplicando la delegación de la contratación a los Funcionarios Autorizados de acuerdo con lo previsto en el Manual de Control Administrativo (MCA), y así mismo se encontraran sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para contratación pública y conflicto de intereses. Como se puede observar frente al nuevo régimen la única remisión al estatuto general de contratación pública que se hace de manera expresa dentro del manual interno es frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de conformidad con lo ordenado por los artículos 13 y 14 de la ley 1150 de 2007.

Como conclusión se determina que la capacidad de los contratistas se rige por las reglas generales de capacidad contenida en la legislación civil, no obstante el

contratista tiene un requisito adicional establecido por el artículo 22 de la ley 80 de 1993 necesario para poder contratar con el estado. ¿Cual es? La inscripción en el Registro Único de Proponentes que se debe realizar en la Cámara de Comercio del domicilio del interesado.

El objeto del presente registro es dar a conocer a la entidad estatal y en general a todos los interesados de la contratación, la información del contratista. El presente registro es de carácter público y por lo tanto cualquier persona podrá solicitar que se le expidan certificaciones. El presente contiene información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos.

Bajo el régimen dual de contratación al cual se sometía la empresa, solo se exigía en las contrataciones que se adelantaban por ley 80 (servicios administrativos). Dado que ni el manual derogado ni el vigente lo exigen para las contrataciones referidas al objeto social de la empresa.

3.4.3.3.2.1.3 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El presente régimen se encuentra regulado por el estatuto de contratación, y puede sobrevenir en tres situaciones:

- **Procesos de selección.**

La inhabilidad o incompatibilidad no se presenta al momento de la presentación de la propuesta, sino en el transcurso del proceso o durante la ejecución del contrato. Cuando sobreviene en el proceso de selección el proponente renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Es decir la entidad desde el momento del acaecimiento del hecho, la entidad no toma más en cuenta la presente propuesta dentro del proceso de selección y por lo

tanto no producirá efecto alguno su presentación. Pero se debe aclarar que tampoco se configura como un rechazo, ya que para que este se configure se debe reconocer como legalmente presentada y ser tenida en cuenta su participación dentro del proceso¹¹⁰.

Dentro de las contrataciones que desarrolla la empresa, se traslada la carga es al participante dentro del proceso el cual deberá informar dentro de la carta de presentación de la propuesta que no se encuentra incurso en ninguna inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley que le impida participar y ser posible adjudicatario del contrato.

Es substancial indicar que cuando la inhabilidad o incompatibilidad se presenta es en uno de los integrantes del consorcio, y ya se haya presentado la oferta, no es posible llegar a modificarla por evidente violación al principio de igualdad, ni tampoco se podría ceder su participación a un tercero, dado que respecto a este se tendría que exigir el cumplimiento de los requisitos mínimos y condiciones específicas que se exigieron a todos los participantes conforme al pliego de condiciones o términos de referencia de la contratación.

- **Contratos en ejecución.**

El presente régimen también se puede presentar respecto de contratistas, frente a la cual “si se llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución¹¹¹”.

¹¹⁰ DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo. “*Ibidem*”. Pág. 107.

¹¹¹ DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo.”*Ibidem*”. Pág. 105.

La presente declaratoria de inhabilidad o incompatibilidad y la cesión del contrato deberá mediar de un estudio motivado de la entidad donde se analice si el tercero al cual se le cede el contrato acredita condiciones técnicas, financieras y de experiencia iguales a las del cedente, y así evitar la eventual parálisis del contrato. Aceptada la cesión del contrato deberá procederse a formalizarse por escrito y se sujetara a las suposiciones civiles y mercantiles que le sean aplicables.

De este modo acaecida y configurada pues una inhabilidad o incompatibilidad se produce una serie de resultados y consecuencias tales como: El contrato celebrado estará viciado de nulidad absoluta y conforme con el artículo 45 de la ley 80 de 199, se procederá a su terminación directa e inmediata y respecto del funcionario que contrató a sabiendas de la existencia del presente hecho se genera una responsabilidad disciplinaria y penal. Cosa distinta sería que durante el procedimiento de selección no se sobreviniera, pero si durante su ejecución.

En relación con el régimen vigente de contratación aplicable a ECOPETROL en materia de inhabilidades e incompatibilidades de contratistas este seguirá rigiendo para los procesos de selección que desarrolle la empresa por remisión expresa que hiciera la ley 1150 de 2007 al disponer:

Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. “*las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente*

según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”¹¹².

Vicios del Consentimiento.

Existen tres vicios reconocidos dentro del ordenamiento jurídico colombiano:

- Error: es la discrepancia entre el pensamiento y la realidad. Puede ser de derecho o de hecho. Mientras el de derecho no vicia el consentimiento por razones de seguridad jurídica, sí el hecho en algunos eventos.¹¹³

Existe una serie de tipos de errores de hecho tales como la naturaleza del negocio, sobre la identidad de la cosa, sobre la sustancia del objeto, en la persona con quien se tiene intención de contratar y error en la causa.

Aunque se podría entender que no debería de haber error en la manifestación de la voluntad, dado que la adjudicación del contrato precede de un proceso licitatorio o concursal donde se manifiesta al público en condiciones de igualdad el objeto de la contratación, las condiciones u especificaciones técnicas del contrato o servicio a prestar. Es aquí donde se debe entender la prevalencia de la buena fe en la actuación que despliega la entidad estatal evitando de por medio inducir a error a los interesados o participantes de la contratación con discrepancias de la realidad.

No obstante puede ocurrir que se presente errores de este tipo en la contratación, como lo puede ser el acaecimiento de un error acerca de la persona en contrataciones *intuito personae* donde se tiene la creencia de que se ha contratado con determinada persona teniendo en cuenta sus calidades técnicas o profesionales que lo hacen idóneo para celebrar el contrato o servicio respectivo. Aunque se aclara que en el caso en que la persona con quien erradamente se ha

¹¹² Ley 1150 de 2007 Artículo 13

¹¹³ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo "*Ibidem*". Pág. 373.

contratado tiene derecho a una indemnización si ha actuado de buena fe, este es el típico caso de la culpa *in contraendo*.

- Dolo: Es el conjunto de una serie de maquinaciones fraudulentas de las que se sirve de una persona para engañar a otra, en cuanto al acto jurídico en general, o en cuanto a sus condiciones.

Esta situación se puede presentar cuando el contratista adjunta dentro del proceso de selección como requisito para participar o como experiencia, certificados falsos o que no correspondan a la realidad.

Ahora por parte de la entidad estatal esta puede actuar con dolo cuando adecue las necesidades de la contratación con el fin de que solo una persona pueda cumplir con los requisitos de participación o experiencia. Es decir, un ejemplo puede ser que se tramite la contratación por una selección directa sin que realmente en la persona que se invita concurren las calidades especiales de conocimiento, experiencia, reconocimiento, seguridad, confianza que se exigen de ella para celebrar un *intuito personae*. Cuando realmente el objeto de la contratación dentro del mercado se encuentre categorizado porque lo pueden desarrollar personas indeterminadas.

Otro caso puede ser que el funcionario autorizado para contratar tenga conocimiento de que en determinado proceso de selección participa una persona en la cual recae una inhabilidad, como sería el caso de que se le adjudicara un contrato a un familiar.

- La Fuerza.

Es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para que así este presente su consentimiento en el acto jurídico. Debe cumplir los requisitos de causar una impresión fuerte sobre la persona y ser irresistible.

Ausencia de lesión Enorme

La lesión enorme nace de la existencia de desequilibrios al momento del pacto que implica una divergencia objetiva entre el valor convenido y el real del bien.

El **artículo 1946** del **Código Civil**, consagra que *“el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme”*, y a su vez el **artículo 1947**, dispone que *“el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato”*.

¿Pero cual es su verdadera naturaleza? La Corte Suprema de Justicia la ha categorizado como una medida excepcional y limitante, *“cuyo punto de partida, la regla básica y medular, sigue siendo el respeto a la libertad contractual y a la autonomía privada, con todo lo que ello representa en el campo de la iniciativa particular y el desarrollo económico; tanto, que sus restricciones suelen afectar, de una u otra manera, los procesos de producción de riqueza, empleos y bienestar social, a fortiori cuando son profundas y severas. Por eso la Corte, en el caso de la laesio ultradimidium, ha señalado atinadamente que “la **acción rescisoria por lesión enorme es la medida excepcional al principio general de la soberanía contractual**” (se resalta; Cas. Civil. jul. 16/93, exp. 3269), por lo que se trata de un instituto que “no se aplica de manera absoluta y general a toda clase de negociaciones, sino que por el contrario **es una figura exceptiva que únicamente es predicable de algunas** , tales como la compraventa común de bienes (Art. 1946), permuta de bienes de la misma especie (Art. 1958), partición (Art. 1405), aceptación de una asignación sucesoral (Art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (Art. 2231), estipulación de los mismos en la anticresis (Art. 2466) y cláusula penal (Art. 1601)” (se destaca; Cas. Civ. nov. 29/99, exp. 5327)...*

la lesión solo tiene cabida en frente de unos determinados negocios jurídicos — numerus clausus— y es fruto del acentuado desequilibrio de las prestaciones — por ello tildado de enorme , laesio enormis —, deducido de la comparación del precio de venta con el comercial que el bien tenía al momento de la enajenación, mal podría, con el propósito de extenderse sus alcances, asimilársele, confundírsele o amalgamársele con el sistema inspirado en un criterio subjetivo — en el que tienen cabida consideraciones referentes a la ‘explotación’ más que a la simple o mera ‘desproporción’¹¹⁴”

Por su parte, los doctores Ospina Fernández y Ospina Acosta, estiman que “a imitación del derecho romano, del español antiguo y del francés, nuestro Código Civil ha consagrado un sistema..., fragmentario y empírico en materia de la lesión en los actos jurídicos, **sancionándola únicamente en casos contadísimos** ”¹¹⁵ (31). (se destaca).

Es claro pues el carácter excepcional que goza la Lesión Enorme bajo los supuestos normativos del régimen de Derecho Privado, siendo solo procedente en determinados casos. Ahora bien para determinar su operancia en materia de contratación estatal, es pertinente examinar su procedibilidad bajo los siguientes supuestos:

- No procede bajo contratos precedidos de Licitaciones Públicas o Privadas. Dado que burlaría todo el sistema legal que las protege, “las cuales se encuentran respaldadas en normas legales que disponen, entre otras cosas, un llamado general para que toda persona que se considere con posibilidades de contratar, haga la respectiva propuesta con la publicación

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – Sala de Casación Civil. Sentencia 1998 – 00058 de Julio 6 de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

¹¹⁵ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Temis, Bogotá, 1994, Pág. 285

por los medios idóneos a fin de que llegue al conocimiento del mayor número posible de contratistas. Y se quebrantaría, porque sería muy fácil para un proponente presentar la oferta menor o más baja y así conseguir el contrato y más, tarde, acudir a la justicia para reclamar por una posible lesión enorme, en virtud de que se sentiría afectado en sus intereses patrimoniales porque el precio que propuso es inferior a la mitad del verdadero licitado, lo cual sería un engaño flagrante a la ley”¹¹⁶.

- En materia de contratación estatal goza de total aplicación en similares condiciones que el derecho privado. recuérdese lo dispuesto por el estatuto de contratación en su artículo 13, el cual menciona que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*. Por lo tanto aplicaría de un modo restrictivo, solo para casos de a) Compraventa de inmuebles (L. 57/1887, Art. 32); b) Permuta con inmuebles (Art. 1958); c) Aceptación de la herencia (Art. 1291); d) Partición de la herencia (Arts. 1401 a 1410); e) Cláusula penal (Art. 1601); f) Mutuo con interés (Art. 2231); g) Hipoteca (Art. 2455); y h) Anticresis (Art. 2466)
- Lesión enorme como requisito de validez del contrato. Sobre este punto se encuentran dos posiciones encontradas:

El Dr. Luís Guillermo Dávila sin duda alguna viabiliza la aplicabilidad de la Lesión Enorme en la contratación estatal, pero advierte que su finalidad debería ser la de configurarse como un requisito de validez del contrato, al indicar que la presente figura “operaría en los mismos términos del derecho privado, y con igual y desafortunadas limitaciones, dado que su aplicación

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Septiembre de 1976, expediente 1648. Consejero Ponente: Oswaldo Abello Noguera. Pág. 598, 603 – 604.

está restringida a algunos casos de compraventa o permuta de bienes raíces, cuando debería ser consagrado como un vicio de la voluntad que provenga de la equivocación¹¹⁷.

Frente a esta posición el Dr. José Alejandro Bonivento Fernández, se pronuncia enfáticamente negando el presente supuesto, al expresar “Precisamente, la lesión enorme no es procedente sino en determinados actos jurídicos, a saber: a) Compraventa de inmuebles (L. 57/1887, Art. 32); b) Permuta con inmuebles (Art. 1958); c) Aceptación de la herencia (Art. 1291); d) Partición de la herencia (Arts. 1401 a 1410); e) Cláusula penal (Art. 1601); f) Mutuo con interés (Art. 2231); g) Hipoteca (Art. 2455); y h) Anticresis (Art. 2466)... **Esa limitación legal destruye cualquier consideración moderna de la lesión como vicio del consentimiento, por cuanto no habría razón para tenerlo para unos actos jurídicos y excluirlo en la gran mayoría.** Si es vicio del consentimiento, como tal, debe incidir en los negocios jurídicos, como sucede con el error, el dolo y la violencia, y hemos advertido, claramente, que no está prevista sino en contadísimos actos jurídicos ” (se destaca)”¹¹⁸.

De este último modo, se esclarece que la ausencia de lesión enorme en el contrato no se puede particularizar como requisito de validez del mismo, dado su carácter excepcional aplicable solo a ciertos contratos, por lo que no habría un criterio claro y preciso que esclareciera porque si aplicaría para unos pocos y para la gran mayoría no.

Mas aun no es posible aceptar el criterio del Dr. Dávila, de aceptar la ausencia de lesión enorme como vicio de la voluntad “cuando provenga de la equivocación”,

¹¹⁷ VINUEZA, Luis Guillermo. “*Ibidem*”. Pág. 375.

¹¹⁸ José Alejandro Bonivento Fernández. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2004, págs. 84 y 85.

dado que cualquier participante podría aludir después de que se le adjudicó, la existencia de un error o equivocación al momento de configurar su ofrecimiento económico, alegando que esa omisión o equivocación lo conllevó a presentar la propuesta artificialmente mas baja y en últimas su afectación en sus intereses patrimoniales.

Todo esto en suma, si se tiene en cuenta que la lesión enorme no procede en contratos que precedan de licitación pública, en las cuales concurren varios participantes, ya que se podría desvirtuar y desnaturalizar el objetivo y finalidad principal de la licitación publica o privada, que es garantizar la equidad e igualdad de condiciones entre los proponentes o invitados a participar a través de la publicación de los pliegos de condiciones de la contratación y a la vez que exista el mayor numero posible de participantes, condiciones estas que una vez construidas y puestas en conocimiento del participante no pueden constituirse o alegarse como desconocimiento de las especificaciones de la contratación que induzcan a un posible error o equivocación.

Finalmente como corolario de todo lo anterior como conclusión se debe expresar que:

Al estar el contrato de ECOPETROL sometido a las reglas del Derecho Privado, es claro que la lesión enorme solo aplicaría excepcionalmente para contratos de compraventa de bienes inmuebles que precedan de una contratación directa.

3.4.3.4 Formación del consentimiento.

3.4.3.4.1 La oferta en el género de la contratación pública y privada.

De acuerdo con lo establecido en los capítulos precedentes, el contrato antes de su perfeccionamiento se encuentra precedido de una serie de manifestaciones de

voluntades de las partes precontractuales, y así una vez acaece una concurrencia de voluntades surge dentro del plano legal la formación del negocio jurídico.

Es aquí en este plano precontractual donde situáremos la diferencia existente entre la simple invitación a contratar y la oferta mercantil, que en muchas ocasiones da lugar a confusiones, dado que sus características y efectos son distintos, como lo es la obligatoriedad e irrevocabilidad y el momento de su aceptación, es aquí donde analizaremos que esas voluntades que constituyen la esencia del contrato y que como veremos cada una es independiente y con unos efectos propios y transitorios.

Ahora bien, en la materia que aquí nos ocupa que es el desarrollo de la actividad contractual de ECOPETROL, frente al postulado de la oferta mercantil se introduce una discusión de carácter doctrinario e interpretativo a la luz del artículo 857 del Código de Comercio, el cual señala:

En todo genero de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

Lamentablemente, el presente artículo desconoce la esencia de una licitación – pública o privada -, que es la simple formulación e invitación a contratar que realiza la administración pública a personas determinadas o indeterminadas, a través de la constitución de unos pliegos de condiciones o términos de referencia, con una serie de requisitos mínimos y generales para participar, factores de evaluación y ponderación de ofrecimientos económicos con el fin de que las personas le alleguen sus ofertas y al final contratar al mejor oferente que se ajuste

a lo exigido por la entidad con el único fin de que se le alleguen o se le formulen propuestas o ofertas.

Por lo tanto, el pliego de condiciones no se debe constituir como una oferta de contrato, que le de las características y connotación de una oferta mercantil, como lo sería su obligatoriedad e irrevocabilidad.

Frente a este artículo se presenta una disyuntiva en la medida de que invierte las cargas de las partes que concurren en una licitación o concurso público, dando la calidad de oferente a la entidad estatal y al pliego de condiciones como la constitución de la oferta, hecho que como se puede observar no corresponde a la realidad ni al comportamiento usual en la contratación estatal.

La oferta que realiza ECOPETROL, aunque se entiende que es un acto jurídico unilateral, no obstante se debe aclarar que al reconocerse tal calidad, no se quiere decir que la simple invitación a contratar configura la formación de un contrato produciendo de manera automática efectos jurídicos. Es claro que estas simples manifestaciones previas a la oferta y la formación del contrato se entienden regladas como precontractuales, sin lugar a consecuencias jurídicas.

De este modo señalo que en materia de contratos estatales, una vez presentada la invitación a contratar por parte del ente estatal ya sea a personas indeterminadas o determinadas, el interesado o invitado en el proceso de selección presentará su propuesta en una determinada etapa señalada en los pliegos de condiciones o términos de referencia de la contratación. Es decir las ofertas se presentan dentro del proceso de selección de contratistas, en atención a la invitación a contratar que realiza la administración pública de ECOPETROL.

Finalmente la entidad estatal escoge la oferta o propuesta que con su ofrecimiento económico sea el más favorable para ECOPETROL y que haya cumplido con lo exigido en los pliegos o términos, desistiendo de las demás ofertas.

La diferencia fundamental entre la simple invitación a contratar y la oferta mercantil estribará en que la segunda requiere del cumplimiento de una serie de requisitos, y que solamente cuando estos se entiendan configurados la invitación se podrá convertir en oferta.

Sobre este aspecto el Manual de Contratación vigente dispone: **las solicitudes de oferta que realice ECOPETROL no constituyen oferta comercial y no la obligan a celebrar el contrato correspondiente, quedando en libertad de declarar fallido o desistir unilateralmente del proceso de contratación cuando se presenten causas justificadas las cuales deben ser motivadas.**¹¹⁹

Debe quedar claro que dentro del proceso de selección de contratistas, ECOPETROL al momento de iniciar el proceso, este acto se configura como una mera invitación al público, por lo cual “el llamado a licitación, es ni más ni menos, que un pedido de ofertas, que debe ser anunciado siempre en la forma prescrita en la ley”¹²⁰ de acuerdo a las condiciones y requisitos señalados por los pliego de condiciones.

En efecto, los pliegos de condiciones establecen las directrices generales y especiales con arreglo a las cuales los oferentes deben fraccionar su propuesta, dentro de las cuales, algunas aparecen como esenciales y otras, por su naturaleza, devienen adjetivas o accesorias, dentro de una consideración integral del contenido

¹¹⁹ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 6.

¹²⁰ COLOMBIA – CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Fallo del seis (6) abril de mil novecientos noventa (1990). MP: Julio César Uribe Acosta

de la oferta de contrato¹²¹.

Por consiguiente dentro de la estructura del proceso concursal, la oferta se presenta y se constituye es por el **proponente** dentro del proceso de selección como “ una expresión de negocio jurídico unilateral, cuyo carácter recepticio, le imprime un carácter obligatorio, queriendo significar con lo anterior que, quien oferta, deviene obligado a mantener su promesa de negocio futuro. Así las cosas, es indispensable reparar en que, del contenido del negocio de oferta de contrato surge la promesa obligatoria, para el proponente, de que, llegado a ser adjudicatario del negocio futuro o definitivo, deberá ajustar su conducta al contenido negocial de la oferta, que las más de las veces se concreta en el negocio definitivo.

Así las cosas, cuando los oferentes dentro del proceso de licitación pública, v.gr. ofertan y prometen un determinado contenido negocial -disponibilidad de equipo-, quedan obligados, caso de ser adjudicatarios, a cumplir, llegado el plazo o verificada la condición a la cual esté sujeta tal prestación, con lo prometido, como que en tal eventualidad dicha prestación adquiere carácter de exigibilidad.”¹²²

Es decir, el hecho de que “los proponentes que se encuentran participando en un proceso de licitación o concurso, queden obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de la presentación de su propuesta y por tanto no puedan jurídicamente retractarse o desistir de la misma, sirve de argumento principal para sustentar su carácter de irrevocable”¹²³

¹²¹ COLOMBIA – CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Fallo de Abril doce (12) de mil novecientos noventa y nueve (1999) MP: Daniel Suárez Hernández

¹²² COLOMBIA – CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Fallo de Abril doce (12) de mil novecientos noventa y nueve (1999) MP: Daniel Suárez Hernández-

¹²³ COLOMBIA - CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Abril veinte (20) de dos mil seis (2006). Consejero Ponente: Luís Fernando Álvarez Jaramillo

De este modo, es necesario afirmar que no podría aceptarse la tesis de que las invitaciones a contratar que realiza ECOPETROL constituyen oferta mercantil, dado que la empresa quedaría obligada a constituir y a perfeccionar el negocio con todos los proponentes que participan del proceso de selección por el carácter de irrevocabilidad que rodea la oferta comercial.

Evento ante el cual no podría desistir del proceso de selección, aun así, si de por medio se presentaran razones, circunstancias técnicas, operativas, económicas, de mercado o de fuerza mayor, orden público, hechos irresistibles de terceros, razones de utilidad que realmente justificaran y motivaran la cancelación del proceso.

A este tenor el manual de contratación esta reglamentando y preservando la figura de la presentación dinámica de ofertas conforme a la naturaleza del concurso o proceso de selección, donde la oferta se materializa es al momento en que la misma se presenta o se radica en la entidad pública que realizó la invitación a contratar.

Es claro entonces, que aunque ECOPETROL de ahora en adelante se deberá comportar de acuerdo a las reglas del derecho privado, en materia de solicitudes de oferta en materia contractual, las mismas no tendrán el carácter de mercantiles, y por lo tanto no le serán aplicables los efectos jurídicos propios de la naturaleza de la oferta mercantil.

3.4.3.4.2 Contenido y Requisitos de la oferta.

Establecida ya la diferencia entre las dos situaciones antes descritas, claro es, que la administración pública, en este caso ECOPETROL, es el sujeto destinatario de la oferta, por lo cual el sujeto participante o invitado en el proceso de selección del contratista al momento de formular su propuesta u oferta a la empresa, deberá contener una serie de aspectos y particularidades de forma y de fondo, que se

deberán ceñir a lo dispuesto por el pliego de condiciones o términos de referencia constituidos para el proceso de selección formulados por la empresa contratante.

El artículo 845 del Código de Comercio define lo que se debe entender por una oferta, para lo cual dispone:

La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

1. Existencia de una declaración de voluntad.

Esta declaración de voluntad debe ser expresa, es decir utilizando todos los medios idóneos para hacerla conocer, verbalmente o por escrito; o bien tácita, es decir expuesta con actos concluyentes que no den lugar a la opinión contraria, como suceden con las ofertas expuestas al público en general.¹²⁴

2. Que este encaminada a la celebración de un negocio jurídico.

Debe realmente existir una intención de contratar por parte del oferente, es decir que debe estar dispuesto a vincularse al negocio jurídico cuando el destinatario la acepte.

3. Que sea completa.

La oferta debe contener todos los elementos esenciales del negocio jurídico que se quiere perfeccionar. Sea el caso en que cuando el negocio sea consensual se perfeccione con la simple aceptación de la oferta; caso contrario ocurre cuando el negocio jurídico sea solemne, dado que quedara pendiente cumplir con las exigencias formales especiales que implican la solemnidad del negocio.

¹²⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles Tomo II Contratos Atípicos*”. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta Edición. 2002. Pág. 79.

Primordialmente la formulación de las ofertas que realicen los interesados a ECOPETROL, en su elaboración deberán sujetarse a lo dispuesto por los pliegos de condiciones o términos de referencia, en la medida de que una vez culminada la etapa de presentación de propuestas, y se cierre la participación en el proceso de selección, la empresa “verificara el cumplimiento de los requisitos de participación que se hayan exigido en el Pliego de Condiciones ó en los Términos de Referencia, hará las comparaciones mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios y condiciones de mercado”¹²⁵

De este modo las propuestas deberán tener las condiciones esenciales del negocio jurídico, de acuerdo con lo plasmado en los Pliegos de Condiciones ó Términos de Referencia, Esto con el fin de que la aceptación de la oferta presentada a ECOPETROL sea inmediata, y no constituya un nuevo negocio en el marco de adendos o modificaciones a los Pliegos de Condiciones ó Términos de Referencia.

Claro esta, siempre y cuando nos hallemos en el contexto de un concurso abierto o cerrado, donde exista una participación plural de interesados o invitados, dado que en el marco de una selección directa o dentro del contexto de una negociación del componente económico de la propuesta – “facultad que se deberá consignar previamente en los correspondientes Pliego de Condiciones o Términos de Referencia, respetando para el efecto los principios de eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”¹²⁶, se está en el contexto de una negociación integral que en términos del manual de contratación, involucre diferentes aspectos

¹²⁵ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078.Pág. 11

¹²⁶ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078.Pág. 12

de la contratación y no solo el económico, en tanto se asegure la satisfacción de la necesidad en las condiciones requeridas por ECOPETROL.

Adicionalmente en consonancia con lo establecido anteriormente, la oferta debe ser pura y simple, y no debe estar condicionada, en la medida de que una aceptación incondicional implicaría una nueva oferta.

3.4.3.4.3 Características de la oferta

La misma se encuentra caracterizada por una serie de aspectos como lo es su obligatoriedad y autonomía.

En materia de obligatoriedad cito lo dispuesto por el artículo 846 del Código de Comercio que dispone:

La propuesta será irrevocable. Por consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

Sobre este punto ARRUBLA, enuncia categóricamente que al parecer habría una discrepancia en la norma, por cuanto en una primera parte se esta enunciando de manera tajante la irrevocabilidad de la oferta, por lo cual frente a una eventual retractación por parte del oferente no habría consecuencia jurídica alguna frente a este hecho dado que el destinatario puede optar por aceptarla o rechazarla y por consiguiente ejercer acciones que demanden el cumplimiento de las condiciones de la oferta.

No obstante en su siguiente aparte se establece que una vez comunicada la oferta no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen con este hecho. Frente a esta situación se esta hablando es de un

mecanismo resarcitorio, distinto sin lugar a dudas, del ejercicio de las acciones de cumplimiento que se derivarían de la primera parte del artículo de irrevocabilidad de la oferta.

En concreto ARRUBLA, dispone que “como las normas deben interpretarse en todo su contexto y no en sus partes, debemos concluir que la oferta sí es revocable, pero su revocación injusta obliga a indemnizar perjuicios al oferente”.

Frente a esta última interpretación que realiza el doctrinante, hay que observar que este hace referencia a una “*revocación injusta*”. Criterio este en mi parecer que no se encuentra acorde con la norma, dado que en ningún momento la misma está haciendo referencia a la naturaleza o motivación de la revocación – justa o injusta-, simplemente menciona que una vez comunicada no podrá retractarse el proponente de su oferta.

Frente a la conclusión llegada por ARRUBLA, ¿que se debe entender por una revocación injusta? ¿Creeríamos entonces pues que en el caso de una revocación justa el oferente no estaría obligado a indemnizar por tal hecho al destinatario afectado? ¿Al existir una doble connotación – justa e injusta-, entrarían a jugar los postulados de exoneración de responsabilidad de fuerza mayor, caso fortuito y hecho de un tercero?

Efectivamente en un análisis de la norma, si se existe la posibilidad de la revocación de la oferta, pero como una situación de facto, la cual tiene como consecuencia directa en el destinatario la viabilidad del ejercicio de un mecanismo resarcitorio de los perjuicios ocasionados con la revocación. Pero se debe dar claridad que como aspecto primordial de la oferta la misma goza de obligatoriedad, por lo tanto, por disposición expresa de la norma el oferente no puede retractarse de la oferta antes del vencimiento del término de su duración, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Otro aspecto que determina la oferta es su autonomía, que se entiende como la independencia de ella de la muerte o de la incapacidad legal que sobrevenga al oferente después de la exteriorización.¹²⁷

El artículo 846 del Código de Comercio establece que, *“La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.”*

3.4.3.4.4 Presentación de la oferta.

Bajo la perspectiva del nuevo manual las ofertas se podrán presentar de manera verbal o escrita, de acuerdo con las condiciones exigidas en el pliego de condiciones o términos de referencia. Incluso se abre la posibilidad de que las mismas se puedan presentar por correo certificado, fax, mensaje de datos y por medios electrónicos, aclarando de por medio que su uso debe ser acorde con lo dispuesto por los pliegos.

Asimismo con el fin de dar una mayor agilidad a la contratación cuando se este en presencia de una negociación directa, “se podrán incluso grabar las conversaciones telefónicas quedando registrada las propuestas que se encuentran interesadas en participar y aquellas que no, adquiriendo para tales casos plena formalidad y obligatoriedad frente a la administración. Finalmente en estos casos cuando se haya surtido la negociación el funcionario autorizado de la contratación deberá enviar al proponente, la última propuesta, con el fin de que esta sea ratificada por escrito.”¹²⁸

¹²⁷ Fontanarrosa. Ob. Cit. Pág. 63.

¹²⁸ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 10

El proponente adicionalmente podrá presentar propuesta bajo modalidades de subasta o modalidad interactiva.

Esta última modalidad se estructura en un primer paso de cumplimiento de requisitos mínimos de participación y aspectos técnicos o superación de puntaje o porcentaje mínimo atribuido a éstos. Superada esta etapa ECOPETROL podrá llamar a los proponentes (que cumplieron en la primera) a presentar ofrecimientos económicos sucesivos, de los cuales podrá resultar adjudicaciones diferentes.

Finalmente se dispone que en los contratos de obra que impliquen una gran magnitud y alto grado de complejidad, se aplique un trámite de nivelación de propuestas técnicas. Su procedimiento es el siguiente:

1. “Aplica solo para contratos de Obra que tengan alto grado de complejidad.
2. Procede en etapa de presentación de propuestas, antes de la presentación de la propuesta técnica y a solicitud de ECOPETROL.
3. Se debió prever su posibilidad de manera previa en los pliegos de condiciones.
4. Se debe realizar en igualdad de condiciones.
5. Los proponentes podrán ajustar, precisar, o modificar aspectos meramente técnicos.
6. Tiene como fin que los proponentes puedan ajustar sus propuestas técnicas de acuerdo con aspectos de tipo técnicos que requiere la contratación.
7. Solo podrán presentar propuestas técnicas, aquellos proponentes que luego de la nivelación técnica, se hayan ajustado a las

especificaciones técnicas que exige ECOPEPETROL para la contratación¹²⁹.

3.4.3.4.5 Aceptación de la oferta.

La aceptación es el acto jurídico de carácter unilateral por medio del cual el destinatario de la oferta manifiesta su aceptación incondicional a ella, por medio de esta se entiende que se perfecciona la oferta.

Se debe entender que la aceptación es un acto voluntario, donde la administración decide aceptarla o rechazarla, es pura y simple, oportuna en la medida de que la oferta no es indefinida tiene una vigencia, y debe ser expresa o tácita.

El término de la aceptación en contratación estatal se entiende definido en el pliego de condiciones, en el cual la entidad estudiará y evaluará las ofertas presentadas dentro del proceso de selección, con el fin de que escoja la mas favorable a sus intereses.

Para todos los contratos que celebre ECOPEPETROL, la aceptación de la propuesta y consecuente decisión de contratar, se podrá efectuar a través de un mensaje de datos, fax o cualquier otro procedimiento comercial en este tipo de contrataciones.¹³⁰

3.4.3.5 Perfeccionamiento del contrato.

De acuerdo con lo expuesto en el numeral anterior pareciera que con la simple aceptación de la oferta se perfeccionara el contrato, pero ello no es la regla

¹²⁹ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 11.

¹³⁰ Manual de Contratación vigente de ECOPEPETROL. Pág. 12.

general. Sobre este punto hay que especificar la naturaleza del contrato, si es consensual o solemne.

Si nos encontramos frente a un contrato consensual, indudablemente el contrato se entenderá perfeccionado al instante en que se aceptó por parte de la administración la propuesta. Caso contrario en los contratos solemnes o de plenas formalidades en los cuales será necesario para su surgimiento a la vía jurídica el cumplimiento de determinada formalidad, por lo cual no basta con la concurrencia del ofrecimiento y de la simple aceptación.

Anteriormente con el régimen dual de contratación en materia de perfeccionamiento del contrato estatal, se adquiría tal categoría cuando se elevaba a escrito y se expedía el Certificado de Registro Presupuestal conforme lo predica la ley 80 de 1993.

Ahora dada la agilidad y desarrollo diario de los negocios en el sector privado, se debe omitir tales formalidades tanto así que en algunos casos se podrá prescindir de formalidades plenas y acudir al negocio verbal en contrataciones de menor cuantía o las que considere la entidad conforme al desenvolvimiento de los negocios y en los casos de urgencia manifiesta o siniestro.

De este modo se concluye que el contrato se entiende perfeccionado cuando se dé acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, pero para efectos probatorios, “todos los contratos de ECOPETROL se consignarán en documento escrito”¹³¹.

Del presente supuesto se interpreta que dado el carácter de derecho privado al cual se encuentra sometida la empresa en el desarrollo de sus actos jurídicos y

¹³¹ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 13.

contratos, se esta prevaleciendo la agilidad en los negocios, tanto así que se esta dando una interpretación mas flexible en el sentido que en todas las contrataciones en el momento en que concurren las voluntades de las partes y se encuentren de acuerdo sobre el objeto y la contraprestación de la contratación se entenderá formado el negocio, sin lugar a cumplir con formalismos propios del derecho público como lo es la expedición del Certificado de Registro Presupuestal y la elevación a escrito.

Este último punto bajo esta concepción privatista surge es como un requisito eminentemente probatorio, mas no como un requisito necesario e implícito para la formación del negocio jurídico.

Pero dentro del aspecto procedimental de un concurso, ¿cuándo realmente se manifiesta el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación?

Recordemos que dentro de la estructura concursal el oferente – indeterminado o determinado- es quien presenta su oferta a la administración y luego de un análisis y estudio objetivo y comparación de todas las propuestas que se allegan al proceso, la entidad manifiesta su voluntad de contratar con determinada persona, que de acuerdo con las reglas del proceso cumplió y se adecuó a los intereses económicos de la empresa. Es claro que en las contrataciones verbales con un solo proponente dentro del contexto de una negociación el acuerdo de voluntades se puede manifestar de manera inmediata en un solo momento, por lo cual en ese instante se entendería perfeccionado el negoció.

Pero surge una gran disyuntiva en los procesos o concursos cerrados y abiertos, donde hay dos o más participantes interesados en la contratación, que como lo mencione anticipadamente se tiene que cumplir con una estructura procedimental.

Con el fin de dilucidar este aspecto existen varias teorías que abarcan el tema y nos podrían dar respuesta al interrogante.

- A. **La manifestación de la aceptación.** El contrato se entenderá perfeccionado en el momento en que se manifieste la aceptación sin ser necesario el conocimiento que de la misma tenga el oferente.
- B. **El momento de la recepción por el oferente.** El contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la propuesta.
- C. **El momento de la expedición.** Se perfecciona el contrato, cuando el aceptante expide la noticia de su aceptación.
- D. **El de la recepción.** El momento de la perfección del negocio será aquel en el cual llega el documento de aceptación o la noticia de ella, sin necesidad de que se entere el oferente.

Hay claras diferencias entre las cuatro teorías que saltan a la vista del espectador, al respecto nuestra legislación prevé lo siguiente en el Código de Comercio:

Art. 864._ El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Al parecer el presente artículo se encuentra inicialmente identificado con una de las teorías explicadas (recepción), pero como las normas se deben interpretar como un todo, en conjunto, y no de manera aislada se debe hacer referencia al artículo 845 del Código de Comercio el cual dispone que la oferta deberá ser comunicada al destinatario, es decir, se hará partícipe de ella. Consideremos que para hacer a otro partícipe, es necesario al menos expedirle la noticia. De esta

manera nos colocamos frente a la teoría de la expedición, aplicable también a la aceptación en una analogía *mutatis mutandi*.¹³²

Es decir se entenderá perfeccionado el negocio cuando ECOPETROL manifieste su voluntad a través del acto de decisión de contratar, en ese momento en su expedición se entenderá perfeccionado el contrato dado que previamente ya existe la intención y expresa manifestación de contratar por parte del oferente que se materializa en la carta de presentación de propuesta y posteriormente la entidad expresara la suya en el acto de decisión (antes adjudicación) de contratar.

Este presupuesto se ajusta cabalmente al criterio de la agilidad de los negocios conforme al derecho privado y eliminación de trámites burocráticos y formalismos innecesarios que demoran y dilatan el perfeccionamiento de los negocios de la empresa.

3.4.3.6 Mecanismos de defensa y solución de controversias.

Nos encontramos aquí frente a la naturaleza de la jurisdicción competente que debe conocer las controversias originadas en el campo precontractual y contractual de los contratos y de los actos que emite ECOPETROL en torno a sus actividades como sujeto contratante frente a contratistas, terceros interesados, accionistas y la sociedad en general.

Ciertamente bajo el esquema dual de contratación ECOPETROL como entidad estatal en su actividad contractual manifestaba su voluntad a través de actos de naturaleza administrativa, ya sea en contrataciones propias de su objeto social o meramente administrativas.

¹³² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles Tomo II Contratos Atípicos*”. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta Edición. 2002. Pág. 86.

De este modo al manifestar su voluntad por medio de actos administrativos la empresa deberá obrar en cumplimiento de los cometidos estatales, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y principios orientadores de la actuación administrativa como los principios de la economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Si partimos de un esquema clásico es natural que cuando se esta en presencia de un acto administrativo, en caso de diferencias, discrepancias o situación de inconformidad por parte del sujeto afectado el medio jurisdiccional competente para conocer de la reclamación es el contencioso administrativo, sin perjuicio de que se ejerza en primera instancia los recursos de la vía gubernativa. Pero cuando se está en presencia de un acto de naturaleza eminentemente privada, donde las dos partes se comportan bajo el esquema del derecho privado, las reclamaciones presentadas por los contratistas o terceros lesionados serán conocidas por la jurisdicción ordinaria.

Ahora si seguimos bajo este anterior supuesto para definir la competencia jurisdiccional a la que se debe someter una controversia presentada con ocasión de la ejecución de un contrato, de igual modo se deberá identificar su naturaleza jurídica – administrativo o privado-, por ello si estamos frente a un contrato administrativo, la jurisdicción competente para conocer del asunto es la contencioso administrativa y por el contrario en casos de contratos privados las reclamaciones o demandas serán de competencia de la jurisdicción ordinaria.

Los contratos que celebre ECOPETROL con el nuevo régimen se regirán por la legislación especial que les sea aplicable, de conformidad con las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

Los contratos celebrados en el extranjero se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan celebrado, a menos que se deban cumplir en Colombia. Cuando se trate de contratos que han de ejecutarse fuera de Colombia y esta circunstancia indique que sea conveniente utilizar un procedimiento de negociación o un Manual de Contratación diferente del aquí previsto, las partes del contrato podrán aplicar el procedimiento de negociación o un Manual de Contratación diferente del aquí previsto, sin perjuicio de la obligación que tiene ECOPETROL de aplicar reglas que aseguren la transparencia, objetividad, idoneidad, experiencia y mejor selección.¹³³

Adicionalmente se prevé que de acuerdo con el régimen de derecho privado que debe regir a la empresa en sus actuaciones se dispone que en lo no previsto por el Manual y sin perjuicio de atender las disposiciones constitucionales, apliquen como subsidio las normas comerciales y civiles.

Para puntualizar en la materia hago referencia expresa a la Ley 1107 de 2006 la cual define el ámbito de jurisdicción de lo contencioso administrativo del siguiente modo:

ARTÍCULO 1o. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría <sic> así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas **incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%** y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los*

¹³³ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág.16.

distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. (Negrita fuera del texto).

Recordemos pues que ECOPETROL de acuerdo con el cambio de naturaleza jurídica que sufrió el 13 de noviembre de 2007 como sociedad de economía mixta todos sus actos jurídicos se deben regir por el derecho privado, pero se debe aclarar que ello no obsta para que las controversias presentadas con ocasión de sus actos contractuales sean conocidas por el juez contencioso.

Lo anterior se explica por cuanto considero necesario el legislador, según la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo, modificar la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso – administrativa, consistente en la eliminación del calificativo “administrativos” que contenía el artículo 82 del C.C.A., para las controversias y litigios cuyo conocimiento está atribuido a dicha jurisdicción, para establecer un **criterio orgánico** para su determinación, así como solucionar importantes diferencias que, sobre dicha cláusula vienen presentándose en las diferentes jurisdicciones y que generan una profunda inseguridad jurídica en asuntos tan trascendentales como el establecimiento del juez competente para la solución de conflictos en los que está comprometida una persona jurídica de derecho público.(negrita ajena al texto)¹³⁴

En relación con la materia, respaldando la citada posición, el **Consejo de Estado** Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera en providencia del ocho (8) de febrero de 2007, se pronunció categóricamente, al mencionar que:

“La ley 1107 de 2006 dijo, con absoluta claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios

¹³⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 722/07. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

donde sean parte las “entidades públicas”. Con este nuevo enfoque, ahora, el criterio que define quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el “orgánico”, no el material, es decir, que ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no”¹³⁵

A modo de síntesis el Consejo de Estado, en la citada providencia resume la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1107, así:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo

ii) Debe conocer de las controversias y litigios de responsabilidad extracontractual, en los que sea parte una entidad pública, sin importar el tipo de órgano, ni la función que ejerza, basta con que se trate de una entidad pública, con la excepción del numeral siguiente.

iii) Las materias a que se refieren los numerales anteriores, las juzga esta jurisdicción, inclusive, tratándose de sociedades donde el Estado posea un capital superior al 50%. Si el capital público es igual o inferior a este porcentaje, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria.

iv) En materia laboral, esta jurisdicción sigue conociendo de los asuntos que tenía asignados, excepto los previstos en la ley 712 de 2001, la cual continúa vigente, en los términos del párrafo del Art. 2 de la ley 1.107 de 2006.

v) También debe conocer de las controversias y litigios de las personas privadas “... que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado” –Art. 1, ley 1.107 de 2006-, incluidas las contrataciones de las empresas privadas de SPD, donde se pacten y/o ejerciten los poderes exorbitantes –Art. 31

¹³⁵ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Providencias del ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007). M.P: Enrique Gil Botero.

ley 142, modificado por la ley 689 de 2001-, y las materias a que se refiere el Art. 33 de la misma ley.

vi) *Esta jurisdicción no conoce, sin embargo, de los proceso de ejecución que reúnan las características descritas, salvo los que están asignados por normas especiales –ejecutivos contractuales (Art. 75, ley 80) y de sentencias dictadas por esta jurisdicción (Art. 132.7 del CCA)-, que prevalecen sobre las disposiciones generales.*

Este tipo de procedimiento no es de conocimiento de esta jurisdicción, porque la ley 1.107 dispone que ésta juzga “... las controversias y litigios...” de las entidades públicas y, técnicamente hablando, los procesos ejecutivos no constituyen controversia ni litigio, luego no hacen parte de esta jurisdicción¹³⁶. Se repite, excepto en los dos temas a que se refiere el párrafo anterior.”¹³⁷

De acuerdo a lo anterior en principio se establecería que los actos jurídicos que emita ECOPETROL no se escapan del control jurisdiccional que ejerce el juez contencioso administrativo frente las controversias y litigios que se originen en su expedición de conformidad con lo dispuesto por el criterio orgánico que finalmente estableció el legislador y respaldo la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

No obstante, otro es el pensamiento y criterio que han tomado algunos jueces en el país a través de pronunciamientos judiciales en procesos de **imposición de**

¹³⁶ En este mismo sentido, dice NELSON R. MORA G. que “La acción ejecutiva se dirige contra el Estado por intermedio del juez, a fin de solicitar de este la tutela jurídica para obligar al deudor al pago o ejecución de una obligación contenida en un título ejecutivo, título que por su sola apariencia se presenta como indiscutible para el juez y contiene un derecho reconocido previamente, a favor del acreedor y a cargo del deudor; por ello, el órgano jurisdiccional del Estado puede actuar coercitivamente contra el deudor y sus bienes, imponiéndole la obligación de pagar, dar, hacer o no hacer.” (Procesos de ejecución. Ed. Temis. Bogotá. 1972, pág. 31)

Agrega que “El juicio ejecutivo, más que un juicio, es un procedimiento por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo”

¹³⁷ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Providencias del ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007). M.P: Enrique Gil Botero. Pág. 38.

servidumbres, sobre la existencia de un solo juez competente para conocer de las controversias y litigios en que se ve involucrada una entidad pública.

Al respecto el **Juzgado Administrativo de Neiva** mediante auto interlocutorio de admisión de demanda de fecha de veintinueve (29) de noviembre de dos mil siete (2007) dentro del proceso especial de imposición de servidumbre, promovido por ECOPETROL contra los demandados José Yesid Días Sánchez y otros, dispuso que frente a la reforma efectuada al artículo 82 del C.C.A:

“si realizamos una interpretación literal y comparativa a dichas normas encontramos que el legislador no es que haya ampliado o reformado el concepto de objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o que un “criterio funcional o material” se haya acudido al “criterio orgánico u subjetivo”, sino que simplemente distinguió y acabó una vieja discusión acerca de quien conocía del proceso cuando el conflicto se originaba en la actividad de las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%., disponiendo que lo serían de la jurisdicción contenciosa administrativa si tenían registrado ese capital social..

En su concepto el juzgado, estableció la prevalencia de un criterio material al momento de definir el juez competente en las controversias originadas en las empresas de naturaleza pública, condicionando tal supuesto a que *“solo si la controversia se relaciona con la actividad de la empresa”* recalcando que en ningún momento el legislador amplió los asuntos que debía conocer la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que en su fallo concluyó:

Por tanto, una vez examinado que no hay lugar a incluir nuevos procesos, trámites, incidentes, controversias o litigios a esta jurisdicción sino únicamente aquellos que el legislador ha dispuesto, es posible y necesario concluir que la competencia jurisdiccional para conocer del presente asunto la tiene la jurisdicción

*ordinaria civil, pues definitivamente por la naturaleza jurídica de la controversia que se propone, el juez natural de la misma es ese juez y no otro.*¹³⁸

En la misma línea, se pronunció el **Tribunal Superior Distrito Judicial de Neiva Sala Civil Familia Laboral**, en providencia de seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008) dentro del proceso especial de servidumbre, promovido por ECOPETROL contra Ignacio Méndez Vanegas y otros, argumentando que frente al proceso del asunto el mismo se encuentra resaltado por un factor de especialidad, en el cual el Juez Ordinario Civil es el competente para pronunciarse de fondo:

“A juicio de la Sala, en las diligencias, el factor determinante para establecer la competencia, no es si el bien inmueble denominado “Manga Vieja”, es agrario o no, simplemente enfrentamos la existencia de una norma especial (Decreto 222/83 – ley 80/93 modificada por la ley 1150 de 2007) que dispone un trámite breve y sumario para la Ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres, por lo que es la jurisdicción civil y no la agraria, la competente para conocer de la misma.

*Ciertamente, la imposición de servidumbre que se procura por parte ECOPETROL S.A. no representa una controversia de naturaleza agraria, implica una actividad industrial y de utilidad pública, por lo que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Gigante debe asumir el conocimiento del proceso de Imposición de Servidumbre instaurado por la Empresa Colombiana de Petróleos S.A.”*¹³⁹

Bajo el mismo criterio de especialidad, el **Juzgado Primero Administrativo de Yopal – Casanare** dentro del proceso de imposición de servidumbre interpuesto

¹³⁸ COLOMBIA, JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE NEIVA. Auto Interlocutorio de fecha de Veintinueve (29) de noviembre de dos mil siete (2007).Juez: José Millar Lugo Barrero.

¹³⁹ COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL. Providencia de seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008). M.P: Maria Deissy Rojas Hoyos. Pág. 6.

por ECOPETROL contra María Antonia Novoa de Solano, mediante providencia del catorce (14) de febrero de dos mil ocho (2008), determinó que su despacho no era competente para avocar su conocimiento, por cuanto el Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) en su artículo cuarto expresa que de los juicios de expropiación conocerán los Jueces de Circuito de la ubicación del inmueble respectivo y en segunda instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

“Significa lo anterior que por expresa remisión del apartado del artículo 26 citado, cuando se trate de tramitar lo relacionado a la ocupación e imposición de la servidumbre en materia petrolera deberá aplicarse la regla de competencia contemplada en el artículo 4º de la misma codificación, es decir que el competente en Primera Instancia es el Juez del Circuito de la Ubicación del Inmueble; normatividad – se reitera- que tiene carácter ESPECIAL ESPECÍFICO Y ES REGULADORA DE LOS PROCESO DE IMPOSICION DE SERVIDUMBRES y por tanto prevalece en su aplicación.”¹⁴⁰

Finalmente esta línea jurisprudencial fue acogida por el **Consejo de Estado** este año, en providencia de ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2008), la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, al resolver sobre la demanda interpuesta por ECOPETROL para que se declare la servidumbre legal de ocupación de tránsito permanente para la industria de petróleo sobre el predio rural denominado “Tierra Grata” ubicado en el Municipio de Cimitarra – Santander, al fundamentar su decisión de carecer de competencia funcional para conocer del presente asunto por cuanto dispone que en el mismo no se presenta controversia alguna:

“De la norma en cita (Art. 82 C.C.A. modificado por la ley 1107 de 2006) se colige que, para que pueda desplegarse el funcionamiento de la jurisdicción contenciosa

¹⁴⁰ COLOMBIA. JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO YOPAL – CASANARE. Providencia de catorce (14) de febrero de dos mil ocho (2008). Juez: Roberto Vega Barrera.

debe generarse entre las partes una controversia o litigio, aspecto éste que no puede inferirse en este asunto, como quiera que no existe entre las partes un contradictorio del cual deba pronunciarse el Juez.

Por lo anterior, estima el Despacho que esta Jurisdicción carece de competencia para conocer de este asunto, por lo cual, ordenará la devolución del proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil para lo de su cargo”¹⁴¹

Recapitulando al respecto, de manera breve tenemos que los argumentos que precedieron la estructura de la línea jurisprudencial de preeminencia del Juez Ordinario son:

1. Prevalencia del criterio funcional y material del juez contencioso, “pero y solo si la controversia se relaciona con la actividad de dicha empresa”. (Juzgado Primero Administrativo de Neiva)
2. Factor de especialidad del Decreto 222 de 1983, tramite breve y sumario conocido por la Jurisdicción Civil, dado que es el natural de la clase de conflictos originados en imposición de servidumbres petroleras. (Tribunal Superior Distrito Judicial de Neiva y Juzgado Primero Administrativo de Neiva)
3. Inexistencia de controversia y litigio en un proceso de imposición de servidumbre. (Consejo de Estado, Providencia del ocho de Febrero de 2008.)

Respecto al primer y segundo argumento, es claro que los mismos se encuentran en contravía de la voluntad del legislador, dado que dentro de la exposición de motivos de la Ley 1107 de 2006, el criterio que se impuso para determinar la competencia en lo contencioso administrativo fue de manera expresa el orgánico.

¹⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Providencia de ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2008). M.P: Mauricio Fajardo Gómez. Pág. 7.

Esta decisión se sustentó en “*Las dificultades que suscita la aplicación del criterio material consagrado en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo generan una enorme inseguridad en la definición del juez competente, sobre todo cuando se trata de controversias que comprometen una empresa industrial y comercial del Estado, una sociedad de economía mixta, o una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, en desmedro evidente de los usuarios de la justicia que, en estos casos son las víctimas que padecen los daños causados por la actividad oficial. (...)*”

*Surge, pues, la imperiosa necesidad de resolver este problema que genera un indudable obstáculo al adecuado ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, y la forma de hacerlo, sin traumatismos, es adoptar un **criterio orgánico de competencia.***

Así, se resolverían de manera definitiva las contradicciones evidenciadas hasta el momento, dado que se establecería una clara regla de competencia en la ley, en la que solo sería necesario verificar si se trata de una controversia en la que está involucrada una entidad pública o un particular que desempeñe funciones públicas. Dicho criterio no amerita mayores esfuerzos interpretativos para establecer, en cada caso concreto, el juez competente para resolverlo (Negrita ajena al texto).

Adicionalmente dice el informe de ponencia que “*La modificación propuesta por el Senador Darío Martínez aporta un criterio de competencia para las entidades públicas y las privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, pero no deja muy claro qué pasa con las sociedades de economía mixta. “Para resolver el problema, proponemos aclarar, que dentro de*

las entidades públicas se entienden incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%.”¹⁴²

Por todo lo anterior se debe disponer que el criterio que actualmente define la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, es el Orgánico de acuerdo a lo previsto por la exposición de motivos de la ley 1107 de 2006 y lo interpretado por la Corte Constitucional en sentencia c-722/07 y el Consejo de Estado providencia del ocho de febrero de 2007.

Ahora frente al segundo argumento de tener el proceso de imposición de servidumbres, la naturaleza de especial y específico, es de gran relevancia al respecto observar que dentro de los criterios de interpretación que desarrolló el Consejo de Estado frente al criterio orgánico que estructura la nueva cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso, solo se exceptuó de la jurisdicción contenciosa, los asuntos o controversias de las sociedades de economía mixta con capital público igual o menor al 50% y los procesos de ejecución, estos últimos como ya se menciona, porque estos no constituyen controversia ni litigio.

Por lo que se debería entender que al adoptarse por el Legislador de manera clara, el establecimiento de un criterio orgánico, donde existe un juez único competente para conocer de las controversias o litigios en que se ve involucrada una entidad pública, no hay lugar a utilizar distinciones acerca de la naturaleza jurídica del conflicto o de la controversia para definir el juez competente, dado que precisamente con el fin de evitar la disparidad de decisiones dentro de los distintos jueces, la solución que se brindó a la problemática fue concentrar de manera uniforme la competencia en la jurisdicción contencioso administrativo,

¹⁴² COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Providencias del ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007). M.P: Enrique Gil Botero. Pág. 33.

eliminándose así la aplicación del criterio material para fines de definición de competencias.

Finalmente, en relación con el tercer argumento que corresponde al último fallo del Consejo de Estado, en el cual se definió que en procesos de imposición de servidumbres, la jurisdicción contenciosa no era competente, dado que a su juicio en este tipo de procesos no existe controversia o litigio alguno y que por consiguiente el juez natural que los debe conocer es el Ordinario, ya que para desplegarse el funcionamiento de la jurisdicción administrativa debe generarse entre las partes un contradictorio, al respecto preciso lo siguiente:

Recordemos que en el particular se esta tratando es del trámite de imposición de servidumbres petroleras contenido en el artículo 111 del Decreto 222 de 1983, en el cual, no se puede dejar de lado la clara diferencia que existe respecto de la servidumbre civil que se establece entre particulares. Dado que la servidumbre petrolera se sustenta en un criterio de utilidad pública de acuerdo a lo previsto por el Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) en su artículo 4°.

Artículo 4°. Declárese de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución. Por tanto, podrán decretarse por el Ministerio del ramo, a petición de parte legítimamente interesada, las expropiaciones necesarias para el ejercicio y desarrollo de tal industria.

Es decir puede ocurrir que el particular se oponga a la imposición de la servidumbre, pero debe recordarse que el criterio de utilidad pública sustenta la imposición de la servidumbre en este caso, y ante esto el interés general prevalece al particular. Por lo que la servidumbre petrolera no depende del arbitrio de los propietarios de los predios sirvientes el concederla o no, dado que esta es el producto de disposición legal, generada en el uso y utilidad pública.

No obstante no se puede desconocer de plano la existencia de discrepancias o controversias en la etapa de negociación directa entre el particular del predio y ECOPETROL, en la medida de que el propietario del predio afectado no se encuentre a satisfacción con la suma de la indemnización por la ocupación del predio fijada por los peritos, dado que “la afectación de un predio con una servidumbre, se traduce en perjuicios para sus propietarios, ya que puede verse obligado a dejar de cultivar una zona o franja de terreno, a disminuir el ritmo de producción, a la desvalorización de la tierra, a la rotura de cercas, muros, diques, etc. Y si bien se trata de reconocer el derecho de otro a la servidumbre, esto no implica que esa aceptación cause un daño en el patrimonio del dueño del predio sirviente. Es un mero acto de justicia, por cuanto nadie tiene por qué perjudicarse como consecuencia de la admisión del derecho de otro”¹⁴³

Ahora se debe señalar que la presente indemnización de perjuicios comprende el daño emergente (valor de la cosa afectada) y el lucro cesante (lo que se deja de percibir o de ganar como consecuencia del daño material), configurándose así de manera plena la totalidad de los perjuicios.

Por tal razón puede suceder que el propietario o poseedor del predio se niegue a permitir la instalación e inicio de las obras pertinentes, dándose paso así a la imposición de la servidumbre por vía judicial.

Esta situación se configuró en los antecedentes del pronunciamiento del Consejo de Estado así:

“ECOPETROL advierte en la demanda que realizó gestiones para indemnizar al propietario de los terrenos por los perjuicios que le causarían la servidumbre en su predio, sin que pudiera lograrse acuerdo alguno para la ejecución de las obras, en

¹⁴³ ECOPETROL –Distrito de Oleoductos – Asesoría Legal. “*Ibidem*”, Bogotá, Junio de 1991. Pág. 36

razón de las exageradas pretensiones económicas exigidas por el señor Jaime Orlando Arroyabe Arboleda”¹⁴⁴

En todo caso por el carácter de utilidad pública de la servidumbre petrolera, al no existir acuerdo de voluntades entre los interesados se da inicio a la instauración de la demanda de imposición de servidumbre por parte de ECOPETROL, etapa procesal en la cual se dispone a disposición del juzgado el valor de la indemnización que deba pagarse por la ocupación del predio y el Juez ordena la imposición provisional de la servidumbre y asimismo designa peritos, para que fijen el monto de la indemnización y finalmente en la sentencia se precisa la clase de servidumbre que se trata.

Como se puede observar, realmente dentro de este trámite procesal no existe lugar a dirimir controversias, dado que la imposición de la servidumbre realmente no depende de la voluntad de las partes, sino que su imposición precede de un criterio de utilidad pública, en la cual el Juez cumple lo dispuesto en la ley.

Como conclusión general, tenemos que de acuerdo a lo previsto por la ley 1107 de 2006, lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-722/07, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera providencias del ocho de febrero de 2007, Consejero Ponente Enrique Gil Botero y ocho de febrero de 2008 Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, las controversias y litigios en que se vea involucrada ECOPETROL serán conocidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativo, al ser una Entidad Pública, prevaleciendo así el criterio orgánico para su definición.

¹⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Providencia del ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2008). M.P: Mauricio Fajardo Gómez.

Ahora en lo que se refiere a procesos especiales de servidumbres petroleras en los cuales sea parte ECOPEPETROL, será competente la Jurisdicción Ordinaria, teniendo en cuenta la posición del Consejo de Estado en providencia de ocho de febrero de 2008, al disponer que en este tipo de procesos no puede inferirse la existencia de una controversia o litigio, aspecto fundamental y necesario para desplegar la actividad y el control jurisdiccional de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

De este modo en todo caso se esta garantizando la voluntad del legislador, al existir un único juez natural competente en las controversias en que participe una Entidad Pública, dado que como se expuso anteriormente en concepto del Consejo de Estado, los procesos de imposición de servidumbres no se encuentran caracterizados por la existencia de una controversia o litigio entre las partes.

Es así como la idea según la cual “los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa, y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema”¹⁴⁵, para privilegiar así el principio de unidad de jurisdicción que permite al juez administrativo juzgar los conflictos sobre contratos con un amplio contenido de derecho privado.

En este orden de ideas la noción tradicional, que distingue los regímenes público o privado según que el acto (o contrato) sea la manifestación de una función administrativa o de una función comercial sería reemplazada por el reto de construir una noción unitaria en la que la función administrativa combina *finalidades* de interés general con *medios* de derecho privado.¹⁴⁶

¹⁴⁵ COLOMBIA CEC, Sección Tercera. Auto del 23 de septiembre de 1997, citado y ratificado por el auto del 22 de octubre de 1998, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. ESP, t.3853, fls. 256 a 264.

¹⁴⁶ BENAVIDES, José Luís. “*El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*”. Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 74

3.4.3.7 Las servidumbres petroleras en ECOPETROL bajo el nuevo esquema de régimen de Derecho Privado.

El artículo 879 del Código Civil Colombiano define la servidumbre como:

Servidumbre Predial o simple servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño”

La servidumbre es un derecho de carácter real porque afecta y beneficia a bienes inmuebles, porque acompaña al bien afectado cualquiera que sea su propietario y se transmite a los sucesores universales o particulares. La servidumbre puede ser de duración indefinida, algunos dicen que perpetua, o por un tiempo determinado, según lo estipulen los propietarios. La servidumbre, además, es por naturaleza indivisible y no puede ser adquirida ni extinguida por partes.¹⁴⁷

Requieren de la existencia de dos predios, que sean inmuebles, por naturaleza o por adhesión, asimismo la existencia de una utilidad para un predio, y una carga o gravamen para el otro y finalmente que los predios sean de distintos dueños.¹⁴⁸

En nuestro ordenamiento jurídico solo existen las servidumbres prediales (urbanas o rurales) y las mineras (con régimen especial). En el particular me pronuncio respecto de las últimas, y especialmente la de oleoducto y tránsito. La principal característica por la cual se distingue de las demás, es porque esta surge por motivos de utilidad pública e interés social, entre el dueño de un predio y, en Colombia, con la Empresa Colombiana de Petróleos. El Decreto 1056 de 1953, declaró de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, refinación, transporte y distribución.

¹⁴⁷ ECOPETROL –Distrito de Oleoductos – Asesoría Legal. “*Las Servidumbres*”. Bogotá, Junio de 1991. Pág. 7.

¹⁴⁸ URRUTIA MEJIA, Hernando. “*Los Procesos de Servidumbre*”. ED. Doctrina y Ley. Bogotá D.C., 1994. Pág. 15.

La Servidumbre petrolera se define como “una servidumbre legal, en virtud de la cual se constituye independientemente de la voluntad del propietario del predio sirviente, sea de forma coercitiva por la autoridad competente o por mutuo acuerdo entre las partes, mediando una justa indemnización por los perjuicios causados, y cuya duración va hasta la finalización de las actividades de explotación del hidrocarburo, con el fin de proporcionar las comodidades y los medios necesarios para el acceso, transporte y ejecución de las obras que se requieran para el ejercicio de la actividad petrolera y demás complementarias”¹⁴⁹.

Existen varias clases de servidumbres, dentro de las cuales se encuentran:

Por los tiempos de la servidumbre, permanentes, transitorios, por el uso que se hace de ellas, dentro de las cuales se encuentran las de ocupación y uso de terrenos, de acueducto, de tránsito y de oleoducto (uso público y uso privado).

La servidumbre petrolera de oleoducto y tránsito es de carácter legal, basada en principios de utilidad pública e interés social, cuyo objeto es el de obtener que el dueño de un predio permita que por éste se tiendan redes de oleoductos, gasoductos o poliductos, así como el consiguiente y necesario tránsito, producto de la exploración y explotación del petróleo y sus derivados¹⁵⁰.

Ahora sus modos de adquisición son los siguientes:

1. Por título: Es el resultado del acuerdo de voluntades entre el propietario del predio sirviente y el beneficiario (ECOPETROL), plasmado en escritura pública y posteriormente registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Esto en el caso de que no surjan controversias entre las dos partes, y se encuentren conformes con el pacto o acuerdo celebrado.

¹⁴⁹ ARCE ROJAS, David. “*Los Derechos Superficiales en los Proyectos de Infraestructura*”. Universitas Bogotá (Colombia) No. 114. Julio – diciembre de 2007. Pág. 97.

¹⁵⁰ ECOPETROL –Distrito de Oleoductos – Asesoría Legal. “*Ibidem*”, Bogotá, Junio de 1991. Pág. 26

2. Por reconocimiento expreso: Al ser una servidumbre continua y aparente, no hay obstáculo legal para que pueda constituirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente, según lo establece el artículo 940 en su inciso 1°.
3. Por prescripción: Posibilidad de que la servidumbre se adquiriera por prescripción de diez años, contados a partir desde el momento en que se instale la tubería y el dueño del predio (Servidumbre, durante ese lapso, no ejerza sobre éste actos indicativos de su contrariedad con tal hecho.
4. Por decisión Judicial (Imposición): Esta posibilidad se presentará en el caso de que el propietario del predio que se verá afectado, se niegue a permitir la instalación de los conductos destinados a transportar los derivados del petróleo. Entonces se acudirá al procedimiento especial, conocido como imposición de servidumbre y reglamentado por el decreto 222 de 1983. La sentencia que ponga fin a la controversia, de ser positiva, ordenará la obligación del propietario renuente, a soportar la servidumbre y a permitir su ejercicio¹⁵¹.

Como se expone en el numeral primero, normalmente el primero de los mecanismos generalmente utilizados es la negociación directa con el propietario del predio sirviente, el cual se sintetiza en el siguiente procedimiento:

“Con el contrato de exploración y explotación, o el aviso de construcción de una instalación petrolera, o el contrato de concesión de oleoducto público, el industrial del petróleo debe avisar al propietario del predio sirviente acerca de las obras y extensión de terreno requeridas en su predio para la actividad petrolera.

Luego inicia la negociación, en la cual el petrolero y el tenedor de la tierra tratan de llegar a un acuerdo amigable con respecto a la suma a pagar a título de indemnización por la ocupación de su predio, daños y perjuicios que le puedan causar por la ejecución de las obras, así como también, por el lucro cesante.

¹⁵¹ ECOPEPETROL –Distrito de Oleoductos – Asesoría Legal. “*Ibidem*”. Bogotá, Junio de 1991. Pág. 30.

Si la negociación resulta todo un éxito, simplemente se constituye la servidumbre y esta se registra en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble, tal como lo dispone el Decreto 1250 de 1970 y el Decreto 960 del mismo año.”¹⁵²

En el particular nos interesa analizar el caso en que no haya acuerdo entre las partes y se haga necesario imponer la servidumbre por vía judicial, para lo cual el procedimiento varía dependiendo si se trata de persona privada o pública.

Si el interesado es una persona privada y se requiere desplegar la actividad judicial, deberá aplicarse el trámite previsto por el decreto 1886 de 1954 para ocupaciones permanentes o transitorias. “Este decreto es independiente del Código de Petróleos, pero de gran utilidad para la constitución de servidumbres petroleras, por tal razón se debe aplicar de manera armónica con el ya citado código”¹⁵³.

Por medio de la expedición del citado decreto, se consagró la estimación anticipada por razones de utilidad y conveniencia pública, tratando de evitar el entorpecimiento de obras indispensables para el progreso social y en su artículo 9º, ordena que esta estimación anticipada de perjuicios se aplique a quienes sean empresarios de oleoductos por ocupación permanente, vale decir, como consecuencia de la servidumbre de oleoducto y tránsito¹⁵⁴. Sus principales requisitos son:

- a. Debe presentarse a solicitud de parte, ante el Juez Civil Municipal de la jurisdicción en la cual estén ubicados los terrenos objeto del gravamen,

¹⁵² ARCE ROJAS, David. “*Ibidem*”. Pág. 97.

¹⁵³ ARCE ROJAS, David. “*Ibidem*” 96.

¹⁵⁴ ECOPELROL –Distrito de Oleoductos – Asesoría Legal. “*Ibidem*”. Bogotá, Junio de 1991. Pág. 30

antes de la iniciación de las labores de exploración y explotación del petróleo.

- b. Intervienen dos peritos: Uno designado por el explorador o explotador y otro por el dueño del terreno o su ocupante.
- c. Si no existe acuerdo entre los dos peritos, estos de común acuerdo designarán un tercero y si no logran nombrarlo, a solicitud de cualquiera de las partes lo hará el Recaudador de Hacienda Nacional de la lista de los peritos de sucesiones y donaciones, correspondiente al municipio donde estén ubicados los terrenos.
- d. No obstante, cualquiera de las partes se encontrará facultado ante el Juez Civil del Circuito de la jurisdicción donde estén los inmuebles, una revisión del avalúo y del monto de dicha indemnización, dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la diligencia de avalúo citada en el anterior numeral. El presente recurso si es ejercido por el explorador o explotador del petróleo, deberá consignar de manera previa en la sucursal de la Caja Colombiana de Ahorros, o en la recaudación de Hacienda Nacional del Municipio, a la orden del Juez Civil del circuito respectivo, el 50 % del valor de la indemnización que hubieren señalado los peritos.
- e. Finalmente desarrollado el avalúo y pagado su valor, el explorador y explotador de petróleos podrá iniciar las obras y no podrán interrumpirse bajo ninguna circunstancia.

En esencia, el Decreto 1886 de 1954, es una norma de carácter especial, con finalidades de interés público y utilidad social y ello tiene preeminencia sobre las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Es decir, que no se rige por el procedimiento abreviado que consagra esta última codificación para todo lo relacionado con las servidumbres. Aceptarlo así, sería además una incongruencia, ya que el Decreto 1886 fija su propio procedimiento y no se remite en ningún momento a otras disposiciones. No es, pues, una prueba anticipada, o

algo así, es un trámite especial para estimar anticipadamente perjuicios, no para configurar la demostración de hechos que luego se utilizarán judicialmente o extrajudicialmente¹⁵⁵.

Por otra parte cuando la imposición de servidumbre sea solicitada por una entidad pública, podrá acudir al trámite previsto en el artículo 111 del decreto 222 de 1983, el cual dispone de manera expresa que los predios “deberán soportar todas las servidumbres legales que sean necesarias para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de las obras públicas...”.

Este es un procedimiento de carácter especial y de urgencia, que tiene como objetivo imponer de manera inmediata la servidumbre y determinar el valor de la indemnización para lo cual el Juez designará peritos para que fijen el monto a indemnizar.

El presente decreto contempla dos posibilidades:

a. Ocupación Temporal.

En desarrollo de la función social de la propiedad, los propietarios, poseedores y tenedores de predios están obligados a permitir la ocupación temporal de los mismos con el objeto de establecer la servidumbre en particular. Claro está esta ocupación durará el tiempo estrictamente necesario, “con el menor daño posible para el predio, con el fin de extender, el oleoducto, o ejecutar las obras indispensables para el transporte – explotación de los derivados del petróleo”.¹⁵⁶

El procedimiento para la ocupación, inicia con el aviso previo que debe realizar la entidad demanda notificándole por escrito la necesidad de dicha ocupación

¹⁵⁵ ECOPETROL –Distrito de Oleoductos – Asesoría Legal. “*Ibidem*”. Bogotá, Junio de 1991. Pág. 39.

¹⁵⁶ ECOPETROL –Distrito de Oleoductos – Asesoría Legal. “*Las Servidumbres*”. Bogotá, Junio de 1991. Pág. 32.

temporal, y así mismo deberá contener la determinación del tiempo que llevara la ocupación y la extensión de terreno que se afectará con la imposición.

Respecto del valor de la ocupación, se invitara al propietario, poseedor o tenedor del bien a convenir con la empresa oficial. Para tal efecto el artículo 109 del citado decreto dispone que se tenga en cuenta los precios que fijen los peritos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, o en su defecto los avalúos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Transcurrido un mes a partir de la comunicación enviada por la entidad interesada, sin que se hubiera logrado obtener el consentimiento para la ocupación temporal o no hubiere acuerdo sobre el valor entre las partes, por disposición expresa de la ley, se llevará a cabo la ocupación en el predio identificado con apoyo de la autoridad competente. De igual modo se consagra que si en el transcurso del presente trámite se causan perjuicios al predio sirviente, procederá indemnización en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo.

b. Imposición propiamente dicha.

El trámite de esta imposición se impone por vía judicial, ante el juez competente que de acuerdo a la última posición del Consejo de Estado, en providencia del ocho de febrero de 2008 es el Juez Ordinario. Y se encuentra sustentada en los fines que prevé el artículo 111 del Decreto 222 de 1983:

“Los predios de propiedad particular deberán soportar todas las servidumbres legales que sean necesarias para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de obras públicas”

Al momento de la presentación de la demanda, la entidad interesada pondrá a disposición del juzgado la suma que estime debe proceder como indemnización

por lugar a la imposición de la servidumbre. Y seguidamente se dará paso a la notificación prevista en el Código de Procedimiento Civil.

“En todo caso el juez, dentro de los dos días siguientes a la presentación de la demanda, practicará una inspección judicial sobre el predio que haya de ser afectado por la servidumbre y autorizará la imposición provisional de la misma, si así lo solicitare la entidad demandante

El valor de la indemnización será señalado por peritos nombrados por el Juez”¹⁵⁷

Como se puede observar se tratar de un procedimiento especial que se caracteriza por ser de urgencia manifiesta para las entidades públicas, como lo es ECOPETROL dado que se esta comprometiendo el inicio de labores y actividades de utilidad pública.

De este modo es importante analizar su aplicación en concordancia con la nueva naturaleza jurídica de ECOPETROL, de Sociedad de Economía Mixta como resultado de su proceso de capitalización.

El decreto 222 de 1983, en su artículo 1° define su alcance así:

ARTÍCULO 1º. DE LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA ESTE ESTATUTO. *Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.*

Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

A las Empresas Industriales y Comerciales del estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento

¹⁵⁷ Decreto 222 de 1983, artículo 111.

(90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.

Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios. (Negrita ajena al texto).

Actualmente ECOPETROL como resultado de su proceso de capitalización cuenta con una participación pública del 89.9% dentro de su capital social, por lo cual se encontraría exceptuada de la aplicación del procedimiento de imposición de servidumbres por vía judicial establecido en el artículo 111 y siguientes del decreto 222 de 1983, dado que el presente decreto de acuerdo a su alcance aplica únicamente a sociedades de economía mixta donde el Estado tenga una participación superior al 90 % del capital social.

Que hacer entonces frente a este vacío legal, dado que ECOPETROL al no encontrarse dentro del alcance del decreto 222 de 1983 no estaría obligada a aplicar los procedimientos de ocupación temporal, ni la imposición propiamente dicha. Adicionalmente se debe observar hasta que punto, esta clara ausencia de regulación expresa, beneficia o perjudica a la empresa y que alternativas quedan frente a este escenario. Se podrá hacer uso de la estimación anticipada de perjuicios prevista por el decreto 1886 de 1954, recordando de por medio que este simplemente es un trámite especial para estimar anticipadamente los perjuicios, o ejercer la vía ordinaria del proceso abreviado del Código de Procedimiento Civil.

Para definir las anteriores inquietudes, recordemos que la esencia de la servidumbre petrolera bajo el criterio del Código de Petróleos, artículo 4 y el

Decreto 222 de 1983, artículo 108 es que se encuentra catalogada como de utilidad pública y que esta característica es la que la diferencia de la civil. Claro está que por el hecho de que la servidumbre petrolera de oleoducto y tránsito sea diferente de la civil, no implica desconocer que se regulan por los mismos principios fundamentales que contiene el Código Civil. Vale decir, que mientras no haya disposición especial contraria, la servidumbre petrolera de oleoducto y tránsito debe regirse por la mencionada actividad, obviamente sin perjuicio de sus características y procedimientos especiales, que en últimas frente a ECOPETROL no resultan aplicables.

Adicionalmente el nuevo Código de Minas (Ley 685 Agosto 15 de 2001), en su artículo noveno dispone:

Artículo 9º. Las disposiciones de los Capítulos XII, XIII y XIV del Código de Minas, sobre “servidumbres establecidas, en favor de las minas”, “indemnización a que son obligados los mineros” y “aguas para las minas” se aplicarán a falta de disposiciones especiales, a la industria del petróleo.

*Además, **en favor de la explotación de petróleo se consagra el derecho de establecer la servidumbre de oleoductos**, comprendiendo en ella el terreno suficiente para las estaciones de bombeo y demás dependencias necesarias para el funcionamiento de los oleoductos, y el de establecer muelles, cargaderos y tuberías submarinas y subfluviales todo esto previo el cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 54 de este Código. (Negrita ajena al texto).*

Estas razones permiten afirmar que la servidumbre petrolera sigue gozando en su surgimiento de motivos de utilidad pública, actualmente y únicamente por vía de remisión al Código de Petróleos, al declarar de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y

distribución, y, por ello, ECOPETROL está facultada para exigir que se le permita la instalación de oleoductos, gasoductos y poliductos con el consiguiente tránsito, sobre predios ajenos.

Ahora el problema que surge es con que medios cuenta la empresa para constituir la servidumbre, frente a la negativa del propietario del predio sirviente de permitir la instalación de los elementos y herramientas necesarios para el inicio de las obras.

Si pensamos en la aplicación del Decreto 1886 de 1954, recordemos que por disposición expresa iniciadas las obras de exploración y explotación, no se podrá hacer uso de la estimación anticipada de perjuicios.

Por lo cual ECOPETROL quedaría sujeto a que toda vez que quiera constituir una servidumbre tendría de manera anticipada proceder de acuerdo al procedimiento establecido por el citado decreto sin poder dar inicio a las actividades y obras de exploración y explotación. Y teniendo en su contra un agravante, que es el tiempo en que finaliza dicho procedimiento, dado que se encuentra caracterizado por trámites, términos y disposiciones que dilatan la fijación del valor del avalúo y como consecuencia directa el inicio de las labores del proyecto de exploración y explotación, como lo es la posibilidad de las controversias que pueden surgir en el avalúo y en el nombramiento de un tercer perito entre los dos peritos que fijan las partes, dado que en el último evento sería una entidad oficial la que se encargaría del nombramiento.

Ahora adicionalmente, las partes gozan de la posibilidad de ejercer un recurso de revisión del avalúo ante el Juez Civil del Circuito donde se encuentren los inmuebles, dentro del mes siguiente a la diligencia del mismo.

Como se puede observar todos estos factores retrasarían los proyectos de ECOPETROL, teniendo en cuenta que **No** se podría tocar el inmueble sirviente de la servidumbre mientras se dirime el trámite judicial y a su vez no se podría dar inicio a las labores propias de obras necesarias para la exploración y explotación del petróleo.

Es decir este trámite en los términos expuestos resultaría inoperante, de frente al carácter de urgencia y de utilidad pública que goza la industria del petróleo. De este modo resulta claro que los procedimientos establecidos por el Decreto 222 de 1983, gozan de una mayor eficacia dado que los mismos evitaban de manera contundente la parálisis de las obras y de los proyectos petroleros, al garantizar como lo es en el caso de la imposición propiamente dicha, que ECOPETROL pudiera ejercer y dar inicio a las actividades de exploración y explotación en el predio sirviente objeto de la constitución de la servidumbre, ya que en todo caso dentro de los dos días siguientes a la presentación de la demanda, el juez deberá practicar una inspección judicial sobre el predio afectado y a su vez autorizará la imposición de la servidumbre, siempre que en la demanda así se haya solicitado.

Por lo cual fácilmente se evitan los retrasos en los cronogramas de los proyectos de ECOPETROL, al poder hacer uso de los predios mientras posteriormente se fija una indemnización integral de los perjuicios que se hayan efectuado con las obras o actos ejercidos por la empresa.

No obstante otra es la realidad y está es clara a la luz de la normatividad vigente, por consiguiente no queda otra vía de que el mismo legislador en concurrencia del Gobierno en cabeza del ministro del sector, sea el llamado a tramitar un proyecto de ley de reglamentación de imposición de servidumbres petroleras en el cual se involucre a industriales privados y públicos, en un solo procedimiento

normativo, teniendo en cuenta el criterio de utilidad pública que rodea la industria del petróleo.

3.4.3.8 Equilibrio económico vs. Teoría de la imprevisión.

- **Equilibrio Financiero o Ecuación Económica del Contrato.**

Es el derecho del contratista a la intangibilidad de la remuneración, que no es otra cosa que el derecho a percibir la remuneración pactada por los bienes o servicios que presta a la administración, sin que el valor real de su prestación se altere como consecuencia de factores o fenómenos que ocurran con posterioridad a su celebración que no sean imputables al contratista. *Su campo de aplicación es el derecho público.*

El equilibrio económico del contrato puede verse afectado por tres causas fundamentales:

1. Por causas imputables a la administración pública: El rompimiento de la ecuación se produce por la sola actuación de la administración como contratante. Cuando la entidad contratante incumple sus obligaciones contractuales o cuando introduce modificaciones que afectan la ecuación económica.
2. Por actos de la administración general como Estado: Conocida como “hecho del príncipe”. Involucra causas imputables al Estado, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, mediante actos administrativos de carácter general.
3. Por factores exógenos a las partes del negocio: Causas externas al contrato y que afectan la ecuación económica del mismo. “Teoría de la imprevisión”.

La modificación del contrato la podrá realizar directamente la entidad estatal o a solicitud de parte ante el juez del contrato en caso de diferencias que se susciten con las condiciones del restablecimiento económico del contrato.

El principal aspecto del restablecimiento del equilibrio financiero o económico del contrato es que permite la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones del contrato. El restablecimiento se enmarca en la disminución patrimonial y en los costos causados por las situaciones imprevistas y todo dentro del concepto de daño emergente únicamente.

- **Teoría de la imprevisión¹⁵⁸.**

El artículo 868 del Código de Comercio establece:

Revisión del contrato por circunstancias imprevistas. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

Para que se configure la teoría de la imprevisión, es necesaria la concurrencia de cuatro elementos:

¹⁵⁸ BENAVIDES, José Luís. “*Ibidem*”. Pág. 420

1. Que el hecho perturbatorio sea exógeno.
2. Que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar.
3. Que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional.
4. Que no imposibilite su ejecución.

Su principal efecto es el restablecimiento de la situación del contratista hasta un punto de no pérdida. Así pues bajo un régimen de derecho privado frente a un eventual desequilibrio o rompimiento de cargas económicas de una de las partes del contrato se pasa del sistema anterior propio del estatuto de contratación pública de “ecuación o equilibrio económico del contrato” a la aplicación de la figura propia del derecho privado de la “teoría de la imprevisión”.

3.4.3.9 Eliminación de los términos y plazos perentorios y preclusivos.

Bajo el régimen dual de contratación – ley 80 de 1993 y manual interno de contratación- los procesos de selección de contratistas se encontraban estructurados por una serie de etapas precontractuales desde su inicio – acto de apertura- hasta su conclusión o fin -acto de adjudicación- en el cual al final se escogía al contratista que cumplió con las condiciones económicas, técnicas, jurídicas y financieras exigidas en el pliego de condiciones o términos de referencia.

La ley 80 de 1993 en su artículo 30 estructura los procedimientos de selección reglando la motivación y planeación que debe preceder a todo acto de apertura de proceso de selección, el contenido de los pliegos de condiciones que se deben encontrar de acuerdo con reglas objetivas, claras y completas que coloquen en condiciones de igualdad a los participantes, garantizando así la transparencia del

proceso y evitando de por medio favoritismos en la contratación dirigida de manera predeterminada a particulares.

El presente estatuto de contratación pública de este modo además de contener las principales reglas a las cuales se debe someter toda licitación pública que desarrolle una entidad estatal, tiene una serie de términos y plazos perentorios y preclusivos dentro de cada etapa de carácter obligatorio y de estricto cumplimiento para la entidad estatal, so pena de incurrir en una violación manifiesta de la ley. Un ejemplo claro de ello es lo dispuesto por su artículo 30, numeral 3:

Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Como se puede observar la entidad estatal se encuentra sujeta a una serie de términos que impone un mínimo o máximo de días en los cuales se deberá desarrollar la actividad precontractual, como lo es la fijación de avisos de prensa dando a conocer al público por medios idóneos el objeto y fin de la contratación. Inclusive regula de manera casuística las contrataciones que se desarrollen en pequeños poblados o municipios.

Adicionalmente indica en que término se deberá celebrar la audiencia de precisión de los pliegos, que se debe entender por el plazo de licitación, plazos de evaluación de propuestas, tiempo de publicidad de informes de evaluación y el término de adjudicación del contrato.

Se trata pues de una regulación reglada del proceso de selección donde se determina de manera exacta e inequívoca su etapa y sus términos, los cuales no explicaré a fondo dado que teniendo en cuenta el actual régimen excepcional al estatuto de contratación pública al cual no se encuentra sometido ECOPETROL no es necesario detenernos en este aspecto, y mas aun cuando el régimen vigente es de derecho privado.

Ahora frente a los dos manuales de contratación internos de la empresa, si es relevante indicar que el antiguo manual se encontraba sometido al cumplimiento de términos dentro de las etapas de los concursos que desarrollaba. Como es el caso de la presentación y evaluación de propuestas y adjudicación del proceso, los cuales inicialmente se debían llevar a cabo en el término estipulado en los pliegos de condiciones y si el funcionario autorizado así lo decidía se podía ampliar hasta por un término igual al inicialmente previsto. El presente limite no aplicaba en selecciones directas ni cuando se estaba en el contexto de una negociación.

Bajo el manual de interno de derecho privado se establece de modo discrecional cuales deben ser los términos que regulan las etapas precontractuales del contrato, perdiendo el carácter de perentorios o preclusivos y reglados del manual derogado. Pudiéndose ampliar y prorrogar las veces que quiera con la única

limitación en el caso de la etapa de evaluación de propuestas de que la misma se encontrara vigente¹⁵⁹.

Claro está no falta advertir que al perder los términos de cada etapa de la contratación de la empresa el carácter de concluyentes, decisivos y reglados, esto no obsta para que se dilaten los procesos por parte de los funcionarios de manera injustificada volviéndolos interminables y perpetuos.

3.4.3.10 Contratos e instrumentos jurídicos atípicos de derecho privado aplicables a ECOPETROL.

Resulta claro que los contratos que se suscriben hoy en día son una gran fuente de obligaciones en la contratación pública y privada, dado que enmarcan y formalizan las actividades que implican el día a día de las personas y empresas del país, como lo son la adquisición de bienes y servicios, prestación de servicios, obras, concesiones, transporte, entre otros.

A efectos de su clasificación existen dos grandes divisiones, típicos y atípicos, donde los primeros se encuentran reglados de manera positiva en los Códigos y Leyes y los atípicos, que son ajenos a la consagración taxativa en los textos positivos, y por el contrario surgen de la costumbre nacional o extranjera, fallos y precedentes de tribunales o cortes nacionales o extranjeras, que en la práctica son de uso normal y reiterativos en el día a día de las empresas.

Sobre el particular puede decirse que ECOPETROL dentro de su cotidianeidad lleva a cabo diariamente por intermedio de sus Funcionarios Autorizados de la Contratación, varios contratos de naturaleza típica y atípica. En la primera categoría encontramos: prestación de servicios o servicios profesionales, consultorías, obras, concesiones, encargos fiduciarios y fiducias públicas,

¹⁵⁹ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág. 11.

mandatos, ventas, arrendamientos, entre otros. Los cuales se encuentran claramente identificados y reglamentados por la ley y la doctrina,

Pero sin ir más allá, la empresa encuentra en los contratos atípicos la celebración de las actividades propias del objeto social de la empresa, como lo son la exploración, explotación, refinación y transporte de los hidrocarburos. Además es claro que “en el inmediato futuro y dado el avance cada vez mayor de la ciencia y tecnología, las formas contractuales atípicas o innominadas adquirirán mayor preponderancia, no siendo, entonces, adecuado restringirse a contratos que quizá ya cumplieron los propósitos perseguidos cuando el legislador los entronizó en nuestro ordenamiento”¹⁶⁰.

Por lo cual sin ir más allá de una contextualización general de los aspectos y características básicas de su reglamentación y regulación en Colombia, a continuación enunció algunos de los contratos y actividades atípicas que han gobernado el marco de la exploración y explotación de hidrocarburos, como lo son los Joint Venture.

Adicionalmente se estudian otros contratos atípicos como el factoring, leasing y el underwriting e instrumentos jurídicos como las ofertas mercantiles propias del derecho privado que podrían tener una mayor injerencia e utilidad para ECOPEPETROL, en atención a su nuevo régimen de contratación sujeto al derecho privado.

3.4.3.10.1 Alianzas Estratégicas y Joint Venture.

El establecimiento de las presentes figuras atípicas de derecho privado parten del postulado de la cooperación empresarial, siendo esta el género y las figuras de

¹⁶⁰ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Ibidem*” Legis, Segunda Edición 2003. Pág. 344.

alianza estratégica y Joint Venture, la especie o clases de cooperación empresarial.

Por proyecto de cooperación empresarial hay que entender “el acuerdo de cooperación entre dos o mas empresas independientes que, uniendo o compartiendo parte de sus capacidades o recursos, sin llegar a fusionarse, instauran un cierto grado de interrelación con el objeto de incrementar sus ventajas competitivas”.¹⁶¹

El objetivo de la cooperación empresarial es la de permitirle a las empresas alcanzar una mayor dimensión operativa y capacidad de acción, sin perder independencia, flexibilidad, dinamismo y adaptabilidad a los cambios rápidos de las empresas que se unen. Así de este modo partiendo de este objetivo, se puede identificar de acuerdo con las necesidades de la empresa y de las demás partes involucradas la precisión de materializar el acuerdo en una alianza estratégica o en un Joint Venture.

La naturaleza de los contratos de colaboración empresarial es eminentemente atípica, de naturaleza jurídica propia, caracterizados por la asociación de dos o más personas naturales o jurídicas con el fin de contratar un propósito específico y asumir unos riesgos y obtener una serie de beneficios.

- **Alianza Estratégica.**

Las alianzas estratégicas son uniones de colaboración entre dos o más empresas que son competidoras, y cuyo objetivo es el desarrollo de un nuevo mercado, una nueva tecnología o un nuevo producto. Ahora bien su objetivo primordial es abaratar los costos de producción o buscar nuevos nichos de mercado o

¹⁶¹ www.euroinfo-murcia.com

desarrollar una nueva tecnología, integrando las diversas partes de un negocio situadas en forma estratégica en el mismo país, o en varios países aprovechando así las ventajas económicas que le brinda cada uno.

ECOPETROL podrá realizar alianzas con personas con las que se tenga intereses comunes (Ej. personas del sector minero energético con quienes se tenga celebrados Contratos de Colaboración, Asociación o Participación), dirigidas a surtir procesos de contratación conjuntos (caso en el cual la contratación se podrá sujetar al régimen jurídico aplicable a cualquiera de las partes aliadas) o para adherirse a contrataciones vigentes, con el propósito de obtener beneficios económicos o mejores condiciones en el suministro de los bienes y servicios. Ello debe estar precedido de análisis técnicos y de mercado que justifiquen la favorabilidad de dichas alianzas, los cuales deben constar por escrito y estar motivados. Esta clase de alianza será realizada por la Gerencia Administrativa o por el Funcionario Autorizado de mayor nivel cuando se trate de delegaciones de propósito específico

Igualmente, ECOPETROL podrá celebrar alianzas con contratistas seleccionados a través de cualquiera de los procesos de selección regulados en este Manual y en relación con los contratos respectivos en cuanto se hallaren vigentes. Las alianzas que se adelanten bajo esta modalidad deberán estar dirigidas a alcanzar ciertos objetivos de naturaleza técnica u operacional que impliquen continuidad en la ejecución del objeto contratado, y beneficios económicos para ECOPETROL, lo cual será valorado con base en un estudio técnico y económico que permita motivar la decisión. La posibilidad de establecer este tipo de alianzas se debe prever en el Pliego de Condiciones o en los Términos de Referencia que reglan el proceso de selección del contratista.¹⁶²

¹⁶² MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078. Pág.4.

Estas Alianzas Estratégicas de adquisición de bienes o servicios deberán sujetarse previamente a la autorización por parte de la junta directiva de la empresa con la formulación y justificación correspondiente del vicepresidente o director corporativo que lo solicite.

▪ **Joint Venture – Contratos de riesgos compartidos-**

Las oportunidades ofrecidas por el sector energético colombiano han atraído la inversión extranjera de compañías energéticas multinacionales que incluyen a Exxon Mobil, Chevron Texaco, Oxy, Shell, BP, Total y otras. Estas empresas operan en Colombia en forma autónoma o a través de Joint Ventures (contratos de riesgo compartido) con ECOPETROL.¹⁶³

Generalmente las compañías privadas asumen la totalidad del riesgo antes del descubrimiento y en el evento de encontrar hidrocarburos en volúmenes comerciales, entran a desarrollarlos en una especie de Joint Venture, donde la compañía estatal participa en un porcentaje de las inversiones necesarias para su desarrollo.

Si el proyecto es económicamente atractivo, las empresas estatales ejercerán la opción de participar, capturando con ello buena parte de las bondades económicas que ofrece el proyecto, sin haber tomado ninguna clase de riesgo. En el evento de que el hallazgo no sea atractivo en términos económicos, las compañías estatales no ejercerán la opción dejando que la compañía privada desarrolle y explote los campos descubiertos a su propio riesgo, mediante acuerdos previamente establecidos.¹⁶⁴

¹⁶³ [/www.anh.gov.co/html/i_portals/index.php](http://www.anh.gov.co/html/i_portals/index.php).

¹⁶⁴ CARTA PETROLERA Enero – Febrero 2003. www.ecopetrol.com.co

El Joint Venture es una unión o agrupación de dos o mas personas, natural o jurídica, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación concreta en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios¹⁶⁵.

Esta modalidad de asociación se presenta cuando se necesita llevar a cabo proyectos de gran envergadura que superan la capacidad de ejecución de una sola empresa. Se encuentra caracterizado por ser i) consensual, no requiere en principio el cumplimiento de ninguna formalidad para su perfeccionamiento prevista por la ley, ii) tiene una duración en el tiempo, la del proyecto, iii) es un contrato oneroso y iv) requiere de una contribución que puede consistir en bienes, derechos, dinero o industria.

Este contrato es eminentemente atípico, por lo cual sus elementos esenciales y denominación no se encuentran determinados en la ley, sino en la costumbre y en la aplicación del derecho comercial comparado. Su naturaleza jurídica es propia la cual tiene fuertes lineamientos claros en el derecho comercial comparado¹⁶⁶.

Las partes mediante este contrato buscan una finalidad común y para lo cual su naturaleza admite participación plural para proyectos de gran escala. Su función económica ofrece múltiples ventajas, dado que se logran fusionar capitales nacionales y extranjeros para poder realizar proyectos, que de otra manera, no serían posible. Consecuencialmente se entiende como el instrumento o medio que se ofrece para garantizar la participación de capitales extranjeros, pues se facilita su acceso al mercado dado su propósito esencial de buscar nuevas tecnologías, disciplinas aplicables a la producción de bienes y servicios.

¹⁶⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles Tomo II Contratos Atípicos*”. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta Edición. 2002. Pág. 86

¹⁶⁶ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Ibidem*”. Pág. 252.

El mismo se encuentra estructurado en una preconcebida división de trabajo y de responsabilidades, donde cada uno de los miembros participa de los riesgos y utilidades en proporción a su porcentaje de participación. Este contrato en sus relaciones contractuales se mide es por el principio de la buena fe dado el carácter de confianza que deposita cada una de las partes en los demás colaboradores, de este modo cada una determinará cuales son los riesgos exclusivos que asumirán de forma independiente y cuales serán los compartidos.

Ahora en materia de responsabilidad se debe observar la que surge entre los participantes y frente a terceros. Respecto de los primeros se determina que esta se ciñe al incumplimiento del contrato y de tal modo es individual; frente a la segunda existe una responsabilidad solidaria dado que aunque la esencia del contrato es la de participar en las utilidades del negocio también lo es en los riesgos y costos del contrato.¹⁶⁷

Frente al nuevo manual de contratación vigente de la empresa estas dos figuras se encuentran excluidas de su ámbito de regulación y aplicación, al disponer que no aplicará el presente manual *“cuando se trate de Contratos de Colaboración, Asociación o Participación, alianzas estratégicas o contratos societarios de cualquier tipo, que tengan por objeto la realización de actividades correspondientes al objeto social de ECOPETROL”*¹⁶⁸.

Por lo cual dado su carácter atípico su regulación se debe sujetar dentro del marco de la autonomía de la voluntad a lo regulado por la costumbre y el derecho comercial comparado, como lo es el derecho estadounidense donde tiene su origen y es objeto de estudio jurisprudencial y doctrinal y practica profesional.

¹⁶⁷ BARBOSA CASTAÑO, Adriana del Pilar. Contratos de Asociación a riesgo compartido – Joint Venture. Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Javeriana. Tesis de Grado Especialización Derecho Comercial.

¹⁶⁸ MANUAL DE CONTRATACION. Vicepresidencia Jurídica – Unidad de Contratación. Junta Directiva Acta 078.Pág.3.

3.4.3.10.2 Oferta mercantil

Aquí nos encontramos en la situación en donde agentes terceros del mercado interesados en brindar servicios o proveer bienes lanzarían una oferta mercantil a ECOPETROL, sujeta a la aceptación de la entidad posteriormente, la cual se manifestaría a través de una orden de compra suscrita por el Funcionario Autorizado, en la cual ordena comprar los bienes o servicios en las condiciones y términos ofrecidos por el oferente que se encuentran plasmados en la oferta mercantil realizada.

Para este caso en particular la aceptación de la oferta por parte de ECOPETROL debe de igual modo cumplir con los requisitos mínimos enunciados previamente en acápite anteriores, como que debe originarse en un acto voluntario, debe ser pura y simple, no sujeta a condicionamientos, oportuna, se debe hacer en un determinado tiempo, y finalmente debe ser expresa y tacita.

Se entiende que para el momento de su formación, aplicaría la teoría de la expedición de la aceptación por medio de la cual se entendería formado el negocio jurídico cuando ECOPETROL expida la orden de compra que ordenar comprar o adquirir los servicios o bienes en las condiciones ofrecidas en la oferta mercantil lanzada a la empresa.

3.4.3.10.3 Factoring.

El antecedente histórico más importante del factoring se remonta al siglo XV donde se desarrollaba la *comisión agent*, por medio del cual un comerciante que adquiriría y vendía mercancías en nombre propio pero por cuenta ajena,

desarrollando la función de un comisionista, a quien se le denominaba también *factors*.¹⁶⁹

A medida que pasa el tiempo y dentro del giro ordinario de los negocios que implica un a mayor evolución los comerciantes ingleses comienzan a trascender hacia nuevos mercados como lo era el nuevo continente y sus colonias, para lo cual delegan en los factors la gestión de sus negocios. Poco a poco esta figura va desenvolviéndose y adquiriendo una gran importancia en el mundo del comercio en la distribución de mercancías, realizando el cobro de las carteras y giro de anticipos, beneficios estos que daban una mayor facilidad en las operaciones comerciales.

De esta manera se comienza a financiar a gran escala a los productos y los factors se agrupan en sociedades de factoring, como prestadoras de servicios especializados.¹⁷⁰ Finalmente con las nuevas leyes arancelarias que surgen en la legislación comercial estadounidense destinadas a proteger su industria, los factors producen un nuevo viraje en sus negocios y modifican su papel comercial al transformarse en un servicio financiero, donde desarrollan servicios técnicos especializados de información y de cobro, garantizando éste y facilitando la realización de las ventas a crédito.¹⁷¹

Actualmente el factoring se entiende como el contrato financiero este que se celebra entre un banco o entidad financiera (sociedad de factoring) y la empresa donde la primera se obliga a adquirir los créditos que devengan del giro normal comercial de la primera durante un plazo determinado, asumiendo esta el riesgo

¹⁶⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles Tomo II Contratos Atípicos*”. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta Edición. 2002. Pág. 177.

¹⁷⁰ LINARES BRETON, citado por Jaime Alberto Arrubla, Ob. Cit. Pág. 178.

¹⁷¹ BERMÚDEZ RUIZ. *Ibidem*. Pág. 179.

que implica el recaudo de estos créditos y como contraprestación percibir una comisión sobre el monto total de los mismos.

En términos de ARRUBLA, el contrato de factoring es “el acuerdo por el cual, una empresa comercial denominada cliente, contrata como una entidad financiera denominada compañía de facturación, para que esta le preste un conjunto de servicios en los que se incluye principalmente la financiación de sus créditos con sus clientes, asumiendo el riesgo del cobro, a cambio de una contraprestación”.

Pero cuales son esos servicios que la sociedad factoring le podría prestar a ECOPETROL. Dentro de la esencia del negocio se encuentran:

1. Servicios Administrativos.

Investigación de la clientela. La sociedad factora es la que se encarga de estudiar la viabilidad del crédito de su cliente, dentro de esta medida se encarga de realizar una investigación del posible mercado de compradores que adquirirían bienes y servicios de la empresa factorada (ECOPETROL). Es el factor quien aprobaría o rechazaría los créditos que solicitan los terceros para poder adquirir los bienes y servicios que ofrece la empresa.

Simplificación en la contabilidad de ventas. La sociedad factorada al celebrar el contrato de factoring dejaría de tener una cantidad de clientes en sus libros, y pasaría a tener uno solo: el factor que ha adquirido sus créditos.

Cobro y eventual reclamación judicial. La empresa factoring es profesional en el cobro de los créditos y procede en consecuencia a su cobro judicial.

2. Servicio de Garantía. El factor frente a la sociedad factora, presta la garantía del buen fin de los créditos cedidos, es decir asume la insolvencia de los deudores.
3. Servicio de Gestión Financiera. Su principal objetivo es buscar la movilización de los créditos mediante su pago anticipado por el factor. Esta posibilidad se tiene como optativa por el cliente, donde se le permite a la empresa factorada convertir sus operaciones a corto plazo, en operaciones de contado.

Ahora bien, establecido ya los principales aspectos y móviles del contrato de factoring, se debe determinar la aplicabilidad del presente contrato en las actividades que desarrolla ECOPETROL. Frente al particular mi posición, es que la presente figura aplica cuando la empresa se comporta como sujeto contratista – proveedor o suministrador de un bien o de un servicio o ejecutor de un trabajo a favor de un tercero - , evento en el cual al suscribir el contrato de factoring la empresa sería el factorado y se sujetaría a la siguiente operación:

1. Presentación de Oferta. ECOPETROL como sociedad de economía mixta decide contratar los servicios de una sociedad factora, que se materializa en el lanzamiento de una oferta.
2. Examinación de documentación e información suministrada por la empresa. evalúa el sector de sus actividades, los productos que ofrece, los servicios que presta, el mercado en que participa y su potencial frente a estos, documentación financiera, etc.
3. Estudio del mercado. La sociedad factoring realiza un estudio de los clientes que tiene el interesado en la actualidad y el potencial de clientela que existe en el mercado.
4. Aceptación de la Oferta. Se comunica a ECOPETROL la aceptación de la oferta y se le cita para la firma del contrato de factoring.

5. Envío y aprobación de facturas. La sociedad factorada remite al factor las facturas, y este procede a estudiar las mismas y a sus deudores. Para lo cual una vez finalizado el mismo emite su aprobación.
6. Cobro. La sociedad factoring se encarga del cobro de las facturas, actuando como acreedor subrogado.

Nótese pues que en primera instancia se abarcan unos aspectos precontractuales, donde claramente existe una serie de acercamientos entre las partes interesadas sin que aun se haya celebrado el contrato. Por una parte, la empresa que quiere facturarse lanza una oferta a la sociedad de factoring y acude a ella para la entrega y diligenciamiento de este formato. Una vez entregado la presente documentación la empresa de factoring realiza un estudio del mercado en que actúa la empresa identificando alternativas y los posibles proveedores u agentes que interrelacionan con ella. Hasta este momento tenemos una serie de tratativas sin que se haya celebrado el contrato aún, para lo cual esta etapa se encuentra regida por las normas mercantiles propias de la etapa precontractual.

Cabe mencionar que en esta etapa precontractual las partes se deben regir por el principio de la Buena Fe, so pena de indemnizar los perjuicios causados.

La formación del contrato como se observa se encuentra precedido de un esquema de contratación donde por una parte la sociedad factorada (ECP) escoge un formato Pro forma elaborado de antemano por la compañía de factoring y se sujeta luego a una simple aceptación de oferta, donde se invita al factorado a la firma del contrato.

De este modo la empresa al celebrar el presente contrato encontraría en el factoring *una posibilidad de que un tercero con una organización especial, desligue a la empresa productora o comercializadora del manejo de este*

importante aspecto de su organización. Cuando se desplaza, el manejo del crédito, para la colocación de los productos o servicios en los consumidores de los mismos a empresas factoring especializadas en su manejo, se da la oportunidad a la empresa facturada para que sus dirigentes se concentren en las labores de la producción y distribución”¹⁷²

Es conveniente estudiar si sería posible aplicar el factoring cuando la empresa actúe como proveedor o suministrador de un bien o servicio y tenga cartera por recuperar.

Para estos casos ECOPEPETROL analiza primero:

- (i) El cliente tiene garantía de cumplimiento. Le vende a crédito y dentro de los siguientes cinco días siguientes le debe pagar a ECOPEPETROL.
- (ii) Si el cliente no tiene garantía de cumplimiento. Le vende de contado y el cliente debe depositar el dinero en las cuentas de ECOPEPETROL antes del suministro.

De este modo ECOPEPETROL se cubre de tal modo no tiene punto de pérdida dado que en caso de retardo en el pago por parte del cliente, ECOPEPETROL podrá hacer efectiva la presente garantía en el caso de vender a crédito, y finalmente si es de contado una vez obtiene el pago suministrara o proveerá el servicio.

De este modo por este sistema se entiende que la empresa no tiene una cartera de gran volumen, aunque actualmente existe una cartera mínima que la empresa la tiene congelada que es cuando ella actúa como un proveedor estratégico de

¹⁷² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles Tomo II Contratos Atípicos*”. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta Edición. 2002. Pág. 180.

una empresa que se encuentra en ley 550, por lo cual la ley obliga a la empresa a seguirle prestando el servicio hasta que culmine el proceso de reestructuración, para lo cual ECOPETROL deberá someterse a un orden de prelación de créditos donde en el primer lugar se encontraran las acreencias laborales.

No obstante sin perjuicio de la anterior política de la empresa, el contrato de factoring en la medida de que existiera un alto volumen de facturas por cobrar por parte de ECOPETROL a sus clientes se cumplirían con todos los requisitos necesarios y esenciales para que se constituya el presente contrato.

3.4.3.10.4 Leasing (arrendamiento financiero).

El leasing se remonta a finales del siglo XIX en Estados Unidos, cuando la *Bell Telephone System* decide en el 1920 alquilar sus equipos en lugar de venderlos configurándose como el leasing operativo. Posteriormente se refuerza con la fundación de la *United States Leasing Corporation*, donde aparecen los intermediarios financieros entre vendedores y arrendatarios de maquinaria, modalidad que hoy se conoce con el nombre de leasing financiero.

Actualmente el leasing ha surgido como una nueva forma de financiación, ofreciendo al usuario la posibilidad de agregar otra línea de crédito a las que tiene a su disposición. El propio objeto del leasing es el que se va a autofinanciar con los mayores ingresos que proporcione, configurándose de este modo su función económica.

Los fines primarios de la empresa deben ser obtener una mayor producción, un menor costo, mayores ventas, mejor servicio, actualidad del producto, mejoras tecnológicas, etc. Para cumplir todos estos objetivos, será necesaria la utilización de equipos más modernos, más capaces e idóneos para cumplir su función, pero

en ningún caso será indispensable su propiedad. Por todo ello, podemos predicar las ventajas del leasing. En definitiva, ningún equipo industrial, ni ningún bien en general, producen por su utilización. En este hecho descansa la filosofía del leasing.¹⁷³

El contrato de leasing financiero, es un convenio atípico, de colaboración entre empresas, por el cual una parte denominada la sociedad *leasing*, concede a otra parte llamada el tomador el uso y goce de un bien, el cual fue adquirido por la primera a instancias de la segunda y para efecto de su posterior acuerdo, recibiendo como contraprestación un precio y otorgando la posibilidad de adquirir el bien una vez terminado el plazo o de continuar en el uso y goce.¹⁷⁴

Su operación puede enmarcarse como “una nueva fórmula de financiación del equipamiento de las empresas, mediante la cual éstas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiadora o sociedad de leasing, a cuyo fin ésta adquiere la propiedad del bien, sin perjuicio de que el usuario, optativamente, pueda acceder al cabo de un tiempo, a dicha propiedad o continuar con el uso del bien”¹⁷⁵

Partimos pues del nacimiento de una necesidad de la empresa, y en la voluntad de buscar financiamiento, para lo cual plantea su necesidad del bien o del equipo a la sociedad de leasing. Posteriormente la presente sociedad determinara su aprobación y al final decidirá si presta o no el soporte financiero.

Ahora una vez impartido el aval financiero, con la promesa del empresario (ECOPETROL) de que tomará los bienes en arrendamiento, la sociedad de

¹⁷³ PEREZ RUIZ, T. *Leasing: Una nueva fórmula de financiación*. Gaceta del Europeo No. 85, 1970.

¹⁷⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Ibidem*”. Pág. 146.

¹⁷⁵ LOPEZ IRANZO, Fernando. “*Estudio jurídico. Sociedades de leasing*”. Ed. Ministerio de Hacienda. Madrid. Pág.300.

leasing los adquiere del proveedor a título de propiedad. De este modo configurada esta situación la sociedad de leasing cede el uso al empresario a título de arrendamiento, con ciertas modalidades especiales y otorgándole una opción de compra o de seguir con el arrendamiento financiero.

Observamos pues que de esta etapa precontractual existe una relación interesado – usuario, donde el primero escoge los bienes objeto material del contrato y procura una oferta dirigida por el proveedor del bien o del servicio a la sociedad leasing. Esta es una actividad meramente preparatoria, sin el surgimiento de la obligación de celebrar el contrato por parte de la aseguradora, dado que esta somete su aprobación a un estudio preliminar y posteriormente si manifestara su voluntad en el apoyo financiero.

Es claro pues que el leasing se presenta como una herramienta de apoyo financiero de gran relevancia para ECOPETROL frente al nuevo marco de competitividad al que se encuentra ECOPETROL, donde es primordial su reforzamiento en su estructura operacional de renovación de equipos, necesidad de capital de trabajo y de ensanche.

3.4.3.10.5 Underwriting.

Existe una serie de definiciones de lo que se debe entender por el *underwriting*, existen unas restringidas como:

Es el celebrado entre una entidad financiera con una sociedad comercial, por medio de la cual la primera se obliga prefinanciar, en firme o no títulos valores emitidos por la segunda, para su posterior colocación entre el público; admitiendo también la modalidad en la cual no asume el prefinanciamiento, sino que, pone su mejor esfuerzo para lograr colocar los valores

Es el contrato celebrado entre un banco y una sociedad por acciones, por medio del cual el primero se obliga a prefinanciar, en firme o no, acciones, debentures¹⁷⁶ u otras obligaciones emitidas por la sociedad, para su posterior colocación.

Claramente se esta limitando la presente suscripción del contrato únicamente a sociedades por acciones, lo cual en concepto de ARRUBLA es restrictivo y abre la posibilidad de extenderlo a sociedades comerciales, privadas o mixtas.

Su operación se materializa en la capitalización de una empresa comercial, donde esta emite una serie de títulos valores (acciones o bonos) y decide utilizar los servicios de otra empresa comercial, la cual tiene un amplio conocimiento del mercado de valores, para que esta ultima se encargue de la emisión de las acciones al público. Frente a lo cual la empresa profesional puede asumir o no el riesgo en la colocación de la emisión.

La decisión de la contratación del servicio puede tener iniciativa en cualquiera de las partes, ya sea que la tome el *underwriter* o la entidad engargante o emisora que al fin y al cabo es la empresa necesitada de financiación.

Para decidir la realización de la operación de *underwriting*, esta se debe sujetar previamente a la realización de una planeación donde la empresa emisora – ECOPETROL- se debe responder a una serie de interrogantes y planteamientos como:

¹⁷⁶ Las sociedades anónimas y en comandita por acciones, si sus estatutos lo autorizan, podrán contraer empréstitos, en forma pública o privada, mediante la emisión de títulos denominados debentures. Los debentures son títulos de crédito, nominativos o al portador, que representan una parte alícuota de una deuda asumida por la sociedad. El debenturista no asume la calidad de socio sino de acreedor. Tales debentures no representan una porción del capital, como las acciones, sino una obligación de la sociedad. A diferencia de un acreedor común, el debenturista no puede actuar individualmente sino que debe hacerlo a través del “fiduciario”, que es el representante legal de los debenturistas. Consultado en <http://www.fceco.uner.edu.ar/cpn/catedras/dprivado3/unid11.htm>. Consultada en junio de 2008

¿Convendría que se realice una operación de *underwriting* para determinada compañía? ¿Es esa compañía una buena candidata para la operación dado su historial reciente y sus planes futuros? ¿Cuál será la oportunidad adecuada para la emisión? ¿Cuál sería la cuantía de la oferta y cuál el precio de cada acción ofrecida? ¿Cuáles serían los costos de la operación de *underwriting*? ¿Debería formarse un consorcio para la operación o puede emprenderla un *underwriter*? Finalmente ¿deberá hacerse la operación en firme o sobre la base de los mejores esfuerzos posibles?¹⁷⁷

Una vez respondidos estos cuestionamientos e identificado por parte de la sociedad emisora el *underwriter*, este último realiza una investigación del mercado y de su posible cliente, y si finalmente considera que cumple las condiciones se da inicio a una fase de negociaciones encaminadas a celebrar el contrato.

Su etapa precontractual como la de todo negocio exige de un comportamiento sujeto a un trato de relaciones enmarcadas en la buena fe, de donde se exige por parte de la entidad emisora la exactitud de la información que esta suministra a la eventual emisora y por otro lado la opinión que brinda el futuro *underwriter*. Ante una omisión o falta de acatamiento de este deber de información se entendería configurado que se estaría obrando de mala fe frente al negocio y el *underwriter*, por lo cual se procesaría una responsabilidad de los posibles perjuicios al llegar a celebrar el negocio, y probarse que al haber obtenido de manera oportuna esta información no se hubiera celebrado el negocio o se hubiera podido adoptar medidas preventivas encaminadas a evitar el acaecimiento de riesgos o hechos perjudiciales a la relación contractual.

Para un mayor conocimiento este deber de información puede ser concretado, en el deber de poner a disposición del potencial inversionista u prospecto preliminar

¹⁷⁷ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Ibidem*”. Pág. 212.

de colocación el cual debe estar aprobado por la Comisión Nacional de Valores advirtiéndole que no se está constituyendo una oferta pública vinculante.

Dar aviso informando las condiciones de la oferta, con una antelación de no menos de un día a la fecha de cierre del plazo para la suscripción de títulos. Informar los mecanismos de colocación, como remitir el contrato de *underwriting* celebrado a la Comisión Nacional de Valores con una antelación de por lo menos con tres días de anticipación a la fecha prevista para la publicación del aviso de oferta.

De igual modo si publicado ya el aviso de la oferta la sociedad emisora decide celebrar el contrato de *underwriting* deberá enviar copia a la Comisión Nacional de Valores y del mismo modo dar a conocer a al público la existencia del citado contrato.

Es dentro de esta nueva ECOPETROL, en su programa de capitalización donde se dio aplicación a esta figura en la cual la empresa emitió títulos valores (acciones) y le delego a otra empresa de carácter profesional y comercial para que por su conducto se coloque la emisión de las acciones en el público, la cual es libre se asumir o no el riesgo en la colocación del proceso de emisión.

Para el proceso de colocación dentro del proceso de capitalización de ECOPETROL este se desarrolló a través de la Red de Distribución y la Red de Colocadores, la cual estará conformada por todas las Sociedades Comisionistas de Bolsa vinculadas a la Bolsa de Valores de Colombia (BVC) que manifiesten interés en participar en el Programa, las cuales se identificarán en el Prospecto de Información o Aviso de Oferta correspondiente.¹⁷⁸

¹⁷⁸Reglamento del Programa de Emisión y Colocación para la recepción de aceptaciones dentro del programa de emisión y colocación de ECOPETROL S.A.

Ahora frente a la adjudicación la entidad encargada de realizar la Adjudicación y el cumplimiento de las operaciones que se efectúen a través de las Sociedades Comisionistas de Bolsa, será la Bolsa de Valores de Colombia. Todo esto de conformidad con lo previsto por el reglamento del programa de emisión y colocación de acciones de ECOPETROL.

Finalmente se debe determinar que puede pasar en acciones concretas como pérdidas, ganancias etc. y si la nueva capitalización de la empresa se convertirá en mayor capital y modernización de ECOPETROL, donde se requiere un cambio en la estructuración administrativa y jurídica para atender los nuevos requerimientos del capital social.

En definitiva, para concluir el presente capítulo, la premisa fundamental que gobierna la contratación en la empresa es de una contratación netamente privada, en consonancia con los principios de la función pública y fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal, todo lo anterior conforme a lo dispuesto por el artículo sexto (6) de la Ley 1118 de 2006, Artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007.

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que ECOPETROL sigue siendo una empresa estatal, bajo la naturaleza jurídica de una sociedad de economía mixta, con una participación mayoritaria del estado en su capital accionario de un ochenta y nueve punto uno (89.9%) por ciento, por lo que su actuación se debe regir de acuerdo a los principios de la Función Pública y la Constitución Política, fomentando la transparencia y objetividad en el desarrollo del procesos de selección, dando un tratamiento igualitario a los participantes, desarrollando factores y criterios que se encaminen a un deber de selección objetiva. Por el mismo modo y con aras de promover la transparencia en el marco contractual de

la empresa se exige de la publicación en el Diario Único de Contratación Pública y en la página Web de ECOPETROL los contratos igual o mayor a 50 SMLMV.

De este modo la contratación de la empresa al regirse por el derecho privado, será menos restrictiva dado que se eliminan los formalismos, la perentoriedad y preclusividad en los términos de las etapas del proceso de selección, propios del derecho público y se debe dar paso a una mayor agilidad en las contrataciones.

Es decir entra a operar un esquema de libertad contractual, donde rigen una serie de principios propios de derecho privado como lo es la autonomía de la voluntad, donde cada sujeto puede comportarse como quiera con el único limitante que no sea contrario al orden público y las buenas costumbres.

Del mismo modo la buena fe y la ética, se erige como principio rector de las actuaciones tanto en el plano precontractual como contractual, y se manifiesta como el deber de todo particular y de las autoridades públicas de que sus comportamientos se ciñan a los postulados de la buena fe, y adicionalmente al comportarse ECOPETROL de acuerdo a un régimen de derecho privado, toda su actuación se debe enmarcar en un plano de igualdad y equidad de cargas de derechos económicos entre los sujetos contratantes, en el marco de una libre competencia, sin que en el desarrollo del contrato por el ejercicio de poderes exorbitantes, la voluntad de uno se imponga de manera unilateral sobre el otro. Supuesto este último instituido al haberse eliminado de manera absoluta y expresa del plano contractual el ejercicio de las cláusulas excepcionales previstas en los contratos celebrados por ECOPETROL.

4. CONCLUSIÓN GENERAL

El petróleo es aún una de las fuentes de energía más importantes. El petróleo mueve el mundo. En efecto, de acuerdo con el último informe de la Agencia Internacional de Energía (AIE), este combustible fósil representa la principal fuente de energía primaria, seguida del carbón, el gas natural, los combustibles renovables y la energía nuclear. Más de la mitad se utiliza para el transporte (57.2%), la cuarta parte se destina a las actividades industriales (25.0%) y el resto a otros sectores económicos.¹⁷⁹

En Colombia **ECOPETROL** como la empresa líder de petróleos en el país ha evolucionado y se ha adaptado a las nuevas políticas y regimenes objeto de la transformación dentro de un nuevo clima político, institucional, económico, organizacional y jurídico, al reestructurarse como una sociedad de economía mixta en la cual confluyen una mayoría de capital público y una minoría de privado – sin que por este último carácter pierda su vital importancia dentro de su organización-.

Esta nueva organización y estructura es el resultado de la evolución histórica y normativa que ha sufrido la empresa desde el régimen de concesiones, cuando en el año de 1951 en la reversión De Mares el gobierno en conjunto con el órgano legislativo decide crear una empresa colombiana de petróleos, la cual se encargara de las actividades de exploración y explotación del recurso, eliminándose de por medio el régimen de concesiones el cual amparaba a las multinacionales americanas que se encargaban de administrar y explotar el recurso en una región determinada por un prolongado tiempo de 30 a 50 años.

¹⁷⁹ International Energy Agency (IEA), Key World Energy Statistics, Pg. 6. Año 2004. Edición electrónica.

De este modo, recordemos que en el año de 1951, con la expectativas en alto de lo que sería administrar y consolidar en una sola empresa reciente, sin mayor experiencia que la de los antiguos trabajadores e ingenieros de petróleos americanos de la Tropical Oil Company, quienes se encargaron de capacitar al personal de la nueva empresa, se inició lo que sería hoy la empresa nacional más grande del país.

Inicialmente, como se analizó en el primer capítulo, el gobierno estudió cual podría ser la estructura o naturaleza jurídica de la empresa, para lo cual decidió iniciar con una empresa industrial y comercial del Estado, la cual se encontraba sujeta al control de tutela del mismo estado, más exactamente a través del Ministerio de Minas y Energía. No obstante, cabe mencionar que la posibilidad de estructurar una sociedad de economía mixta nunca fue ajena a la voluntad del legislador, pero el mercado no respondió a esta iniciativa de concurrencia de capitales privados dentro del capital accionario de la empresa.

Es dentro de esta fase donde la empresa se consolida dentro del mercado ampliando su ámbito al campo de la comercialización como lo fue las refinerías de Barrancabermeja y posteriormente la de Cartagena.

En materia contractual, dentro de esta etapa la empresa se encontraba sujeta a un régimen especial en lo que se refiere a las actividades propias de su objeto social, como exploración, explotación y comercialización del recurso hidrocarburífero y sus derivados; régimen que era único en su naturaleza económica y jurídico.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, por medio de la cual el legislador quiso unificar la contratación de todas las entidades públicas bajo un único parámetro o estatuto, se pasó a un esquema dual de contratación de las actividades de la empresa, existiendo una doble connotación – actividades

administrativas se debían regir por lo dispuesto por la Ley 80 y las actividades propias de su objeto social por el manual interno de contratación.

A mediados de 2003, ECOPETROL comienza a dar sus primeros pasos hacia el actual proceso de capitalización al convertirse en una sociedad pública por acciones que en su práctica realmente se comporta como una empresa industrial y comercial del Estado. Adicionalmente en este año se autoriza la creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, quedando en cabeza de esta la administración del recurso hidrocarburífero y eliminándose tal función a ECOPETROL, la cual quedaría encargada eminentemente de las labores comerciales e industriales.

Estos hechos motivan la visión de la internacionalización de la empresa dentro de un marco de competitividad frente a los sujetos de derecho privado, entrando así pues en el marco de una libre competencia en relaciones de igualdad sin existir mayor poder, jerarquía administrativa o capacidad de subordinación económica entre las partes contratantes.

Consecuencialmente, el legislador en el año 2006 decide por una parte autorizar la emisión y liberación al público del capital accionario de la empresa hasta un 20% del monto total, hecho último éste que hace realidad y un éxito para la empresa y todos los colombianos que resultaron accionistas en el año 2007. Y por otra modificar la naturaleza jurídica y el régimen jurídico contractual al cual se encontraría sometida la empresa.

¿Pero por qué ECOPETROL se capitalizó? Primero, para alcanzar la mayor participación posible de inversionistas privados para acceder a los beneficios de un régimen de sociedad de economía mixta, mediante la colocación de al menos el 10.1% del capital de la sociedad; segundo, con el fin de conseguir los recursos

suficientes para financiar el plan de inversiones de ECOPETROL, y acceder a otras fuentes de financiación, y; tercero, para generar beneficio socioeconómico a través de un mecanismo que permita la participación del público en general en el programa de democratización de ECOPETROL.

Ahora dentro del mercado de capitales, el objetivo es evolucionar y maximizar el valor de la Empresa, tanto en bolsa como en el mercado, y posicionar la acción en el mercado local y en el mercado internacional y consolidarla como una alternativa de inversión. Y finalmente apoyar la difusión y el fortalecimiento del mercado de capitales colombiano.¹⁸⁰

De acuerdo con esta Ley 1118 de 2006 una vez constituida la empresa como una sociedad de economía mixta, sin lugar a distinciones todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de ECOPETROL se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

Adicionalmente como resultado de este proceso de capitalización, a ECOPETROL, por el actual porcentaje estatal dentro de su capital social, ochenta y nueve por ciento (89.9%), no le aplican los artículos 108 y siguientes del Decreto 222 de 1983 en materia de imposición de servidumbres petroleras, ya que el citado decreto en su alcance exige para la aplicación del presente estatuto en cuanto a su reglamentación vigente, sociedades de economía mixta con una participación superior al noventa por ciento (90%). Hecho este que constituye un vacío legal en la reglamentación de trámites de imposición de servidumbres aplicables hoy a la empresa, y que implica la tramitación de un proyecto de ley que

¹⁸⁰ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=286&conID=39781>.

recoja las necesidades de la industria y tenga plena operatividad tanto para personas de derecho privado como de derecho público.

Hoy, podemos decir que los anteriores hechos se tienen cumplidos dado que el 13 de noviembre de 2007 ECOPETROL dejó de ser una sociedad anónima cien por ciento pública para transformarse en una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Garantizando, principalmente, una mayor autonomía presupuestal y una mayor flexibilidad en la gestión empresarial e implementándose en su contratación el derecho privado de acuerdo a lo estipulado por su manual de contratación interno.

Sin embargo al respecto debe ser claro que aunque la actividad contractual de la empresa se sujetará al derecho privado, por ello no dejará de ser una entidad pública, al seguir siendo integrante de la rama ejecutiva del Poder Público, del sector descentralizado de acuerdo con lo previsto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Bajo este hecho, a la empresa le seguirá aplicando la normatividad de control fiscal, el cual seguirá siendo ejercido por la Contraloría General de la República, control disciplinario, para el cual por disposición de la ley 1118 de 2006, se establece un régimen de transición en materia de competencia entre la Oficina Disciplinaria de ECOPETROL y la Procuraduría General de la Nación, siguen también aplicando los decretos de austeridad en materia de gasto público y algunas directivas en materia de contratación estatal por aplicación de los principios de la Función Administrativa.

En materia presupuestal aplicable a ECOPETROL, se debe observar lo dispuesto por el inciso 4o del artículo 2o de la ley 38 de 1989, modificado por el artículo 1o de la ley 179 de 1994, el cual determina los aspectos en materia presupuestal por el cual se rigen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía con el régimen de aquellas, argumentando que a éstas

entidades se les aplicarán las normas que expresamente las mencione¹⁸¹. Con respecto a éste régimen el artículo 43 de la ley 179 de 1994, especifica:

“Artículo 43. A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, dedicadas a actividades no financieras, le son aplicables los principios presupuestales contenidos en la Ley Orgánica del Presupuesto con excepción del de inembargabilidad.

Le corresponde al Gobierno establecer las directrices y controles que estos órganos deben cumplir en la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos, así como de la inversión de sus excedentes...”

Así las cosas, El Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS- tiene la función de aprobar o modificar mediante resolución, los presupuestos de ingresos y gastos de las empresas industriales y comerciales del estado y de las sociedades de economía mixta. Bajo esta reglamentación la empresa, una vez se había aprobado el presupuesto en la Junta Directiva, debía remitirlo al CONFIS para su correspondiente aprobación en estricto cumplimiento de la normatividad aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado.

No obstante en materia presupuestal frente al proceso de capitalización y reestructuración de la empresa en su naturaleza jurídica, el 4 de diciembre de 2007 mediante una comunicación suscrita por la Dirección de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dirigida a ECOPETROL, en la cual “le confirman que debido a que la participación accionaría de la Nación ahora es inferior al 90% del capital social, no le son aplicables las normas que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Por lo tanto, la Empresa debe

¹⁸¹ MINISTERIO DE HACIENDA – CONCEPTO No. 0039 FEBRERO 20 DE 1996
[Http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/REPOSITORIO/ENTIDADESTERRITORIALES/ FINANZASTERRITORIALES/CONCEPTO%200039-1996.DOC](http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/REPOSITORIO/ENTIDADESTERRITORIALES/FINANZASTERRITORIALES/CONCEPTO%200039-1996.DOC)

realizar un estatuto presupuestal propio en el que se reglamente y regule el tema presupuestal y permita el seguimiento a la gestión y se materialicen los lineamientos y políticas del Portafolio de Inversiones y el Plan Estratégico de la Compañía en el presupuesto, el Plan Financiero Anual y el Plan de Inversiones Anual”¹⁸².

Como corolario de lo anterior en materia de Vigencias Fiscales Futuras, también se estructura un cambio en la operación, al no estar sujeta su aprobación al CONFIS, que para el particular había delegado la presente función en la Junta Directiva de la empresa en materia de Vigencias Ordinarias, en la cual se solicita es “la autorización en la asunción de obligaciones que afecten presupuestos futuros iniciando el compromiso con presupuesto de la vigencia en curso”¹⁸³. Ahora, los presentes cupos adquieren la denominación de “compromisos futuros”, para lo cual se debe entender que materia de inversión, estos se entienden incorporados y autorizados con la aprobación por proyecto del portafolio de inversiones que se planea ejecutar en las diferentes vigencias, Ahora, cuando se trate de contratos en ejecución que cuyos costos y gastos cuya causación y desembolsos se realice en vigencias futuras, estos serán autorizados por la Dirección General de Planeación de la empresa¹⁸⁴.

Como se puede observar la transformación de la empresa no solamente ha sido a nivel contractual, sino que ha trascendido otros sectores de gran impacto en la organización, como lo es el presupuestal y el disciplinario.

En materia de régimen contractual, la presente evolución en la empresa parte de erradicar el postulado o idea de que la contratación de las entidades con recursos públicos se identifica por lo general con ineficiencia, excesivo formalismo, lentitud

¹⁸² DIRECCION GENERAL DE PLANEACION DE ECOPETROL. “Noticias Presupuestales 2007”

¹⁸³ COORDINACION DE PRESUPUESTO.- ECOPETROL. “Vigencias Futuras – Capacitación 2007”

¹⁸⁴ DIRECCION GENERAL DE PLANEACION DE ECOPETROL. “Noticias Presupuestales 2007”

en la contratación, restricciones a la libertad de contractual e imperativismo de posicionamiento o abuso dominante de la entidad en las relaciones con sus contratistas en el uso de cláusulas exorbitantes.

Sobre este punto es preciso anotar el panorama bajo el cual se constituyó el estatuto de contratación pública, que como ya se explicó en el segundo capítulo del presente estudio, fue el de unificar bajo un solo régimen la contratación de las entidades públicas.

El cual al final, terminó desvirtuado por las excepciones y exclusiones que se desarrollaron al mismo, por disposición expresa en sus normas o por posterior expedición de normas o decretos reglamentarios que han venido “sustrayendo importantes sectores de la gestión pública del ámbito de aplicación del estatuto”¹⁸⁵ o por la de quienes lograron su “exclusión específica en el texto de la ley, por presión durante su discusión o a propósito de las objeciones presidenciales que se formularon contra ella; la de quienes han logrado se les reconozca una autonomía que los pone a salvo de sus dictados; y, finalmente, la de quienes acuden al congreso en procura de nuevos actos legislativos que expresamente excluyen su aplicación..”¹⁸⁶

Por ello se observa hoy entonces frente al estatuto de contratación pública y su materia aplicable a ECOPEPETROL en el derogado régimen dual de contratación lo siguiente:

En un primer lugar es preciso anotar el excesivo reglamentarismo, en el cual “el estatuto ha sido objeto de una copiosa reglamentación que hace más aún más

¹⁸⁵ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Ibíd*em”. Pág. 885

¹⁸⁶ HERRERA BARBOSA, Benjamín. *Principios de la Contratación Estatal*. Segunda Edición. Bogotá, 1997. Universidad Externado de Colombia. Pág. 35 – 36.

compleja la labor de interpretación y aplicación de sus disposiciones. Basta con señalar a este respecto que se han expedido más de 25 decretos reglamentarios¹⁸⁷”

En segundo lugar, orientándonos hacia la formación y manifestación del contrato administrativo, es claro que al tener dentro de su clausulado, un régimen de cláusulas excepcionales al derecho común por vía de aplicación del estatuto público de contratación, existe una clara imposición de la voluntad de manera unilateral a una de las partes sobre la otra dentro de la relación contractual, al tener la administración la facultad legal y contractual de poder modificar, interpretar y terminar de manera unilateral el contrato.

Esta posición dentro de algunos sectores de la doctrina es fuertemente criticada, por ejemplo el profesor **De Alesio** sostiene que “la administración tiene una personalidad única, siempre de derecho público y que no celebra contratos, pues procede siempre mediante actos unilaterales, que pueden ser de derecho público o de derecho privado, estando estos últimos siempre reglados en parte por el derecho administrativo” y se refuerza más aun al mencionar por otra parte “que no tiene objeto seguir llamando contrato a un vínculo que deja a una de las partes la facultad de modificarlo, interpretarlo, terminarlo unilateralmente, etc.”¹⁸⁸.

Sobre esta vía en ECOPETROL nace la figura de un contrato estatal regido por el derecho privado, sin posibilidad de poder pactar cláusulas excepcionales dentro de su clausulado, garantizando así de por medio una mayor equidad e igualdad en las relaciones contractuales, al encontrarse las partes en igualdad de condiciones y derechos dado la inexistencia de una subordinación jurídica del particular a la administración, significando esto una mayor ventaja de la entidad sobre el sujeto

¹⁸⁷ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Ibidem*”. Pág. 886.

¹⁸⁸ GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. “La Contratación Administrativa en Colombia”. Primera Edición. 1990. Pág.5.

contratista, al momento de resolver una dificultad o controversia suscitada en la etapa contractual.

Es importante recalcar que el contrato es estatal en cuanto sea celebrado, no por las entidades que se regulan por la ley 80 de 1993, sino por cualquier entidad pública, independientemente del régimen jurídico aplicable. Característica esta que como se explicó anteriormente, fue destacada por el Consejo de Estado, que aunque no “fue tesorero con esa postura ya que la consecuencia lógica de un planteamiento tal, que pregona la existencia de una única categoría contractual, es la existencia de un único juez, por supuesto el de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁸⁹,”

De este modo el régimen del derecho privado se presenta como una herramienta ágil, oportuna, racional, promotora de la igualdad de condiciones en las cargas y relaciones económicas de las partes, que entrega mayor flexibilidad en los trámites de la contratación, progreso y competitividad y sinónimo de desarrollo económico en los negocios con miras a la internacionalización. Claro está, sin perder de vista el control de tutela ejercido por el Gobierno Nacional, principios rectores de la función pública, gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Además, la ampliación del campo de libertad contractual de la empresa no debe abrir paso a la corrupción administrativa y violación de intereses generales de la sociedad. Es aquí donde la actuación de la empresa debe ser consecuente con la responsabilidad atribuida por 482.941 accionistas que depositaron su confianza en ECOPETROL, en el desarrollo de los procesos o concursos de selección de contratistas, teniendo en cuenta siempre como pilar fundamental la ética en sus actuaciones.

¹⁸⁹ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “*Ibíd*em”. Legis, Segunda Edición 2003. Pág. 344.

Se hace referencia sobre este aspecto ya que el nuevo esquema del Manual de Contratación vigente amplía la capacidad de negociación de la empresa con un solo sujeto teniendo en cuenta sus calidades técnicas, profesionales, reconocimiento dentro del mercado que determinan las condiciones que debe reunir una persona idónea para desarrollar el objeto de la contratación.

Por lo cual, bajo ninguna circunstancia, se podrían generar incertidumbres en este tipo de contrataciones respecto de las calidades especiales de la persona que podrían dar a pensar al público accionista y a órganos de control y vigilancia como la Procuraduría General de la Nación, que se está favoreciendo y dirigiendo la contratación a una persona determinada por motivos personales de especulación económica sin que la persona invitada cumpla con estas condiciones.

Es aquí donde entra a jugar un papel importante la motivación y justificación de la selección directa o de los concursos cerrados, los cuales deben estar precedidos de un debido estudio de planeación donde se identifiquen criterios del mercado o cuestiones de conveniencia (sin ser oportunistas) que resultan ser favorables a ECOPETROL. Es decir, cada proceso de selección debe estar sustentado de acuerdo con las causales o condiciones previstas en el manual, eliminando de manera inmediata factores de contratación de tipo subjetivo que cubran intereses personales de los funcionarios.

Recapitulando entonces, se establece que es dentro de este marco de libertad contractual, que a partir del 13 de noviembre de 2007, cuando ECOPETROL se transformó en una sociedad de economía mixta, se estructura un único régimen jurídico de derecho privado, donde la empresa ejercerá sus actividades industriales y comerciales, teniendo claro que independientemente de que el régimen jurídico contractual sea el derecho privado, ECOPETROL sigue siendo

una empresa estatal con una participación accionaria de naturaleza pública correspondiente al 90%.

Que no obstante para todos los actos jurídicos y contratos que desarrolle ECOPETROL en el despliegue de sus actividades registrará el derecho privado, su actuación esta sujeta al control de los principios de la función pública, gestión fiscal y régimen de inhabilidades e incompatibilidades por disposición expresa de la ley, Del mismo modo los actos que emita la empresa, se entenderán contractuales, mas no administrativos – por lo que no se encuentran sometidos al cumplimiento de formalidades especiales para que tengan efectos frente a terceros. En el caso de perfeccionamiento del contrato, este se entenderá que adquiere tal naturaleza y categoría con el simple acuerdo de voluntades entre las partes en cuanto al objeto y la contraprestación del negocio.

Así mismo se elimina la limitación del factor cuantía en materia de contratos adicionales, que se exigía anteriormente tanto en el manual de contratación como en el estatuto de contratación, al regirse el contrato por el postulado de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, dándose prevalencia al acuerdo de voluntades de las partes, claro está siempre y cuando se verifique y se motive la necesidad de la adición del valor del contrato, en lo que se hace referencia a nuevas cantidades o especificaciones que no se encontraban en el contrato inicial y que su presente suscripción constituye el mejor negocio para ECOPETROL.

Es así, como, en un plano de relaciones contractuales más igualitarias y conforme con un nuevo régimen de derecho privado desaparecen las cláusulas excepcionales propias de la contratación pública. Y se podrán pactar multas y la terminación anticipada en los contratos que celebre la empresa en virtud de la autonomía de la voluntad.

Así mismo se destaca la ética entre los principios fundamentales que gobiernan la contratación, en consonancia con las políticas de gobierno corporativo. Adicionalmente se establece que los procesos de selección se deben encontrar encaminados a la escogencia del contratista o colaborador idóneo y del ofrecimiento económico más favorable para ECOPETROL.

Que en virtud de la autonomía administrativa que goza la empresa se estructura un nuevo manual de contratación interno, el cual contiene principalmente las normas y procedimientos bajo los cuales se tramitarán y celebrarán los procesos de selección de contratistas. En su contenido se establecen tres tipos o modalidades de selección de contratistas, concurso abierto, cerrado y selección directa.

El presente manual, se erige como la principal herramienta de la contratación de ECOPETROL, claro está sin entenderlo como un reglamento casuístico. Es decir no se regula de manera detallada y concreta todas las situaciones y casos concretos de la contratación de la empresa, se debe entender que el mismo reglamenta una serie de parámetros generales de aspectos de fondo y procedimentales que establecen una guía o un marco conceptual para el desarrollo de la contratación. Por la anterior razón en los casos de vacíos legales se debe remitir a lo dispuesto por la legislación civil y comercial.

Por otra parte al excepcionarse la empresa de manera absoluta de la aplicación de la Ley 80 de 1993, se eliminan los términos perentorios y preclusivos de las etapas de los procesos de selección que anteriormente caracterizaban la contratación de ECOPETROL bajo el régimen dual de contratación, dándose paso así a la prorrogabilidad de los términos de la contratación.

Se da una mayor capacidad de libertad contractual y capacidad de negociación en los procesos que se encuentren dentro del contexto de una negociación. Se aplica la regulación de comercio electrónico y procedimientos de subasta electrónica. Promueve la contratación con Mipymes (Micros, pequeñas y medianas empresas), fundaciones, cooperativas, Juntas de Acción Comunal y otras organizaciones de características similares.

Finalmente ECOPETROL es, una organización mas viva, dinámica y confiable en la que miles de Colombianos a finales del año 2007 depositaron su confianza y sus capitales, logrando ser de este modo una empresa capitalizada que se cotiza en la Bolsa de Valores de Colombia con una participación de capital privado de 482.941 accionistas en 32 departamentos y en 1.092 municipios, y con una participación pública de 89.9 por ciento (%) en cabeza de la Nación, capaz de lograr resultados tangibles frente a sus metas y retos, retribuyendo este año entre sus accionistas utilidad neta de \$5,18 billones, 52,6% superior a la registrada en el año 2006, y donde Los ingresos operacionales fueron de \$22,3 billones, lo que representa un incremento del 21% frente al año anterior. Logrando además posicionar dentro del primer trimestre del año su acción a 2.095 pesos

Los anteriores resultados marcan a la vez los nuevos retos de la empresa, que implica de por medio una remodelación de su marco estratégico, al querer pasar de ser la empresa No. 39 a la No. 27 dentro del ranking de las empresas petroleras mas grandes que realiza la PIW (Petroleum Intelligence Weekly)¹⁹⁰, lo que conlleva una gran inversión que se encuentra estimada en 60 billones de dólares para poder alcanzar las metas a 2015, de los cuales se destinara 38 billones de dólares a la exploración y producción, 20 billones de dólares al

¹⁹⁰ Es la publicación que efectúa la clasificación de las 100 empresas petroleras mas grandes del mundo, Se puede consultar en: http://www.energyintel.com/publicationhomepage.asp?publication_id=4

Downstream (Refinación, transporte, suministro y mercadeo) y 2 billones de dólares en consolidación organizacional)¹⁹¹

En conclusión, para el cumplimiento de su estrategia y de sus metas para el año 2008 y siguientes, ECOPETROL dentro de sus políticas de gestión empresarial y de abastecimiento y normativas deberá sujetarse a su nueva naturaleza jurídica, de sociedad de economía mixta y a su régimen jurídico – contractual, de derecho privado, previsto por el legislador, al encontrarse la empresa de frente a nuevos retos, que implican una mayor competencia con el sector privado nacional o internacional, en el cual la gran mayoría de sus actividades se encuentran reguladas o en presencia de mercados monopolísticos, para lo cual es necesario dotar a la empresa de mecanismos e instrumentos que le brinden una mayor agilidad y eficiencia en el despliegue de su contratación, de cara al perfeccionamiento de nuevos negocios que conllevan inmediatez en la toma de decisiones. Y el Derecho privado es al fin el mecanismo mas idóneo para ello, al brindar una mayor autonomía y libertad contractual a las partes, claro está sin que en últimas en su actuar se desconozcan los principios de la función pública y de la gestión fiscal.

¹⁹¹ INFORME DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE LA ADMINISTRACION DE ECOPETROL SOBRE LA GESTION EN 2007. ASAMBLE GENERAL DE ACCIONISTAS 2008 Consultado en: http://www.ecopetrol.com.co/documentos/PRESENTACION_ECOPETROL_definitiva.pdf

BIBLIOGRAFIA

1. ACUERDO 15 DE NOVIEMBRE 18 DE 1997. Reglamento de Contratación Interconexión Eléctrica S.A. ESP
2. ARCE ROJAS, David. “Los Derechos Superficiales en los Proyectos de Infraestructura”. Universitas Bogotá (Colombia) No. 114. Julio – diciembre de 2007.
3. ARIAS, Jesús M. Legislación de Minas y Petróleos.
4. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Contratos Mercantiles. Tomo II Contratos Atípicos”. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta EDICIÓN. 2002
5. ARPEL, “Libro Conmemorativo de los 40 años de ARPEL” Aspectos prácticos de la contratación pública. Ley 80 de 1993, explicada y comentada solución a inquietudes frecuentes. 1ª. ED. 2000.
6. BARBOSA CASTAÑO, Adriana del Pilar. Contratos de Asociación a riesgo compartido – Joint Venture. Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Javeriana. Tesis de Grado Especialización Derecho Comercial
7. BENAVIDES, José Luís. El Contrato Estatal entre el Derecho Público y Derecho Privado. José Luís Benavides. 2002.
8. BENDECK OLIVELLA, Jorge. Ecopetrol, “historia de una gran empresa”. Ediciones Punto Llano Ltda. Bogotá, 1993
9. BETANCOURT CUARTAS, Jaime. Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa – Jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado. Biblioteca Jurídica DIKE 1997

10. .CARDENAS, Mauricio. "Introducción a la Economía Colombiana". Alfaomega, 2007
11. CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "Comentarios al nuevo régimen de contratación de contratación administrativa. Ediciones Rosaristas. 1ª. Edición 1994.
12. CARTA PETROLERA, ECOPETROL S.A., Enero – Febrero 2003. En: <http://www.ecopetrol.com.co/>, consultada en: Febrero de 2008.
13. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Septiembre de 1976, expediente 1648. Consejero Ponente: Oswaldo Abelló Noguera.
14. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Providencia del seis (6) de Abril de mil novecientos noventa (1990). MP: Julio Cesar Uribe Acosta.
15. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Providencia de Abril doce (12) de mil novecientos noventa y nueve (1999). MP: Daniel Suárez Hernández.
16. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto del 23 de septiembre de 1997, citado y ratificado por el auto del 22 de octubre de 1998, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. ESP, t.3853, fls. 256 a 264
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. José Arboleda Perdomo. Consulta del ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005). Radicación No. 1.667.
18. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Abril veinte (20) de dos mil seis (2006). MP: Luís Fernando Álvarez Jaramillo
19. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Providencia del ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2007). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

20. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Providencia del ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2008). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
21. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374/94. MP Jorge Arango Mejía.
22. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 722/07 Del doce (12) de Septiembre de dos mil siete (2007) MP: Clara Inés Vargas Hernández.
23. CIRCULAR DIRECCIÓN JURÍDICA a Vicepresidencias, Direcciones, Gerencias, Unidades, Oficina de Control Interno, Oficina de Control Disciplinario Interno. Fecha: 20 de Noviembre de 2007. Asunto: Transformación de ECOPETROL S.A. en Sociedad de Economía Mixta – Régimen de Contratación
24. COCK LONDOÑO, Jorge Eduardo. El futuro energético colombiano: retos y dilemas de política.
25. CONFECAMARAS. “Historia del Gobierno Corporativo en el mundo. Definición y objetivos del gobierno corporativo”.
26. CODIFICACIÓN MUNDIAL DE PETRÓLEOS / Eduardo Martínez Zarama - Bogotá : Siglo XX., 1945
27. COORDINACION DE PRESUPUESTO.- ECOPETROL. “Vigencias Futuras – Capacitación 2007”
28. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 722/07. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
29. DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal aproximación crítica a la Ley 80 de 1993.
30. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO. Undécima Edición. Libardo Rodríguez R. ED. TEMIS.

31. DECRETO 1056 DE 1953 (CÓDIGO DE PETRÓLEOS)
32. DECRETO 1886 DE 1954. "Por el cual se dictan algunas disposiciones referentes a la industria del petróleo".
33. DECRETO NUMERO 222 DE 1983."Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y de dictan otras disposiciones" Artículos 108 y siguientes.
34. DURÁN CAMACHO, Marlene. Colegio de Abogados de Minas y Petróleos. 1995
35. DIRECCIÓN GENERAL DE PLANEACIÓN DE ECOPETROL. "Noticias Presupuestales 2007.
36. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS. Programa de emisión y colocación de Acciones.
37. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ÁLVARO MENESES. "Foro Nacional Petrolero - Marco Jurídico de la Actividad de ECOPETROL"1989.
38. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS. CLAUSULADO GENERAL PARA LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO
39. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS. EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE CONTRATISTAS.
40. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – Revista de Mares. No. 88.
41. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – Distrito de Oleoductos Asesoría Legal. "Las Servidumbres". Bogotá, Junio de 1991.
42. EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS. CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.

43. EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS CÓDIGO DE ÉTICA.
44. EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS. INSTRUCTIVO DE HSE EN CONTRATACIÓN.
45. EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS. POLÍTICA DE ABASTECIMIENTO DE BIENES Y SERVICIOS.
46. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de Contratos de la Administración Pública. Legis Editores S.A. 2000
47. ESTATUTOS SOCIALES DE ECOPETROL S.A. Aprobados por la Asamblea General de Accionistas en reunión extraordinaria del día 6 de noviembre de 2007.
48. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, proyecto de Ley del 18 de septiembre de 1948. “por el cual se promueve la organización de una empresa colombiana de petróleos y se dictan otras disposiciones”
49. GARAY Jorge Luís. Descentralización Bonanza Petrolera y Estabilización, La economía Colombiana en los años 90. Fescol – 1994. No.24.
50. GOMEZ GARAVITO, José Luís. “Contratos Petroleros”. Primera edición. Aso jurídica. Pág. 114.
51. GÓMEZ GONZÁLEZ, Jesús – Temas Petroleros. Bogotá: Época, 1920.
52. GOMEZ NARANJO, Pedro A. El petróleo y la ley. Bogotá : Cromos,, 1941
53. GONZALEZ RODRÍGUEZ, Miguel. “La Contratación Administrativa en Colombia”. Primera Edición. 1990.
54. HERRERA BARBOSA, Benjamín. Principios de la Contratación Estatal. Segunda Edición. Bogotá, 1997. Universidad Externado de Colombia.

55. http://www.anh.gov.co/html/i_portals/index.php. Consultada en Marzo de 2008.
56. <http://www.ecopetrol.com.co>. Consultada en Marzo de 2008.
57. http://www.portafolio.com.co/economia/finanzas/2008-03-27/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-4037213.html
58. <http://www.fceco.uner.edu.ar/cpn/catedras/dprivado3/unid11.htm>
59. INFORME DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE LA ADMINISTRACIÓN DE ECOPETROL SOBRE LA GESTIÓN EN 2007. Asamblea general de accionistas/2008 http://www.ecopetrol.com.co/documentos/PRESENTACION_ECOPETROL_definitiva.pdf
60. JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE YOPAL – CASANARE. Providencia del catorce (14) de febrero de dos mil ocho (2008).
61. JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE NEIVA. Providencia del veintinueve (29) de Noviembre de dos mil siete (2007).
62. Ley 489 de 1998.
63. Ley 685 de 2001, “Por el cuál se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”
64. LEY 1118 DE 2006, ARTÍCULO SEXTO (6).
65. LEY 1150 DE 2007, ARTÍCULOS TRECE (13) Y CATORCE (14).
66. LONDOÑO HOYOS, Fernando. “Memorias del Seminario sobre la contratación administrativa – El principio de igualdad de las partes en el Decreto 222 de 1983. Elementos para una equidad económica”. Andi – 1987. Medellín, Colombia.

67. LOPEZ IRANZO, Fernando. "Estudio jurídico. Sociedades de leasing". Ed. Ministerio de Hacienda. Madrid.
68. MANUAL DE CONTRATACIÓN DE ECOPETROL. Aprobado por Junta Directiva 7 de diciembre de 2007. Acta 078.
69. MANUAL DE CONTRATACIÓN DE ECOPETROL S.A. Versión 03 – ECP-DIJ-M-01. Vigente hasta 31 de Diciembre de 2007.
70. MANUAL DE CONTROL ADMINISTRATIVO DE ECOPETROL.
71. MUTIS VANEGAS, Andrés. La contratación estatal : análisis y perspectivas
72. OEA. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_inf_sc_sp.doc. Consultada en Febrero de 2008.
73. PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Tercera Edición 2001
74. PARIS SANTAMARÍA, Edgar Francisco. Los acuerdos petroleros en Colombia
75. PINEDA DURAN, Jaime A. Presentación Especialización Derecho Minero Energético. Régimen jurídico contractual de ECP. 2007.
76. PEREZ RUIZ, T. Leasing: Una nueva fórmula de financiación. Gaceta del Europeo No. 85, 1970.
77. RAMÍREZ POVEDA, Samuel José. Cámara de Comercio de Bogotá.
78. REGLAMENTO DEL PROCESO DE EMISIÓN Y COLOCACIÓN para la recepción de aceptaciones dentro del programa de emisión y colocación de ECOPETROL S.A. – 26 de julio de 2007.

79. REVISTA ECOS. No. 178 – Año 21 – Agosto – Septiembre 2007
80. REVISTA ECOS. Numero 179 – año 21 – Septiembre – Octubre 2007
81. REVISTA ECOS No. 180. – Año 22 – Enero – Febrero 2008
82. OSPINA, Guillermo, Fernández y Ospina Acosta Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Temis, Bogotá, 1994
83. SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición – Actualizada. 1997
84. TAFUR GALVIS, Álvaro. “Las Entidades Descentralizadas”. Bogotá: Montoya & Araujo Ltda., 1998
85. TIRADO MEJIA, Álvaro. “Introducción a la historia económica de Colombia”
86. TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL. Providencia del seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008).
87. SANTIAGO REYES, Miguel Ángel. “Crónica de la Concesión De Mares” Empresa Colombiana de Petróleos Bogotá, Agosto de 1986.
88. SOTO BERARDINELLI, Francisco José. “Desarrollo y perspectivas de la legislación sobre hidrocarburos en Colombia”. Universidad Javeriana, 1991
89. URRUTIA MEJIA, Hernando. “Los Procesos de Servidumbre”. ED. Doctrina y ley. Bogotá D.C. 1994.
90. VILLAR BORDA, Luís Régimen de las entidades territoriales
91. YANOVICH, ISAAC. “el futuro de ECOPETROL S.A.: Retos y Dilemas.