

# Cláusulas contractuales no excepcionales: el caso Ecopetrol

*Non-Exceptional Contractual Clauses: the Ecopetrol Case*

Ana-María Cangrejo-Pedraza<sup>1</sup>

**Cómo citar/ How to cite:** Cangrejo, A. (2021). Cláusulas contractuales no excepcionales: el caso Ecopetrol. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 16(1), 21 – 30. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n1.7513>

## Resumen

Las partes de un contrato son libres de pactar los términos y condiciones bajo las cuales pretenden desarrollar el objeto contratado y asumir las responsabilidades que las mismas conllevan. Los únicos límites a la autonomía de la voluntad son el orden público, las buenas costumbres y el ordenamiento legal. Este trabajo cuestiona, desde una arista cualitativa, hermenéutica y analítica, los límites de la autonomía de la voluntad en los contratos privados celebrados por Ecopetrol, en los que se pactan cláusulas similares a las exorbitantes en los contratos estatales. Defendemos la tesis de que los sustentos teóricos de tal tipo de cláusulas en la contratación estatal no deben ser aplicables en el contrato de naturaleza privada: hay características como el auto-control en materia administrativa que no se materializan en el derecho privado, un aspecto importante frente a una posición dominante o abusiva. Por ende, las partes cuentan con la viabilidad jurídica para plasmar en el contrato todo aquello de lo que puedan disponer, incluyendo cláusulas que otorguen facultades exclusivas a una sola de ellas, como la terminación anticipada del contrato o la aplicación de sanciones contractuales.

## Palabras clave

Autonomía de la voluntad, derecho privado, cláusulas excepcionales.

## Abstract

The parties involved in a contract are free to agree on the terms and conditions under which they intend to develop the subject matter and assume the responsibilities that they entail. The only limits to party autonomy are public and legal order and moral codes. This work questions, from a qualitative, hermeneutic, and analytic perspective, the limitations of such autonomy in the private contracts signed by Ecopetrol, in which parties agree on clauses similar to those in the state contracts. We defend the thesis that the theoretical foundations of the clauses in the state contracting should not be applicable in the private nature contracts. There are characteristics like self management in the administrative area that do not happen in private law, and are an important aspect in the face of a domineering or abusive position. Therefore, the parties have the legal viability to agree on clauses that give unilateral powers to one of them, such as the early termination of the contract or the application of contractual penalties.

## Keywords

Party autonomy, private law, exception clauses.

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2020  
Fecha de evaluación: 20 de octubre de 2020  
Fecha de aceptación: 28 de diciembre de 2020

Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA  
(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)  
Published by Universidad Libre



<sup>1</sup> Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Contractual. Estudiante de Maestría de Derecho con Énfasis en Derecho Privado. Abogada Especializada de Ecopetrol S.A. Correo electrónico: anitacangrejo@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6780-9977>

## Introducción

La contratación estatal gira en torno de una paradoja. En virtud de las leyes dictadas para regular los contratos del Estado, y en general de la administración pública, podía advertirse el abandono de estos respecto al derecho privado para sujetarlos a leyes especiales, con formalidades y requisitos muy particulares que, como las denominadas facultades o prerrogativas del poder público, distaban en mucho del régimen del derecho privado, de donde era común concluir la “huida del derecho privado”. Así mismo, el dinamismo que se requería en la contratación estatal que no siempre se acompañaba con el formalismo contractual extremo y, particularmente, la necesidad de tener condiciones iguales en la competencia con el sector privado de la economía a la que asiste el Estado con sus empresas industriales y comerciales, como también las de economía mixta, trajo como resultado la “huida del derecho público” para retornar a los cauces del Derecho Privado en gran medida.

En ese mismo sentido, cabe precisar que la ley les otorga a los particulares la potestad de autorregularse y generar sus propias normas, bajo las cuales quieren regir sus intereses, siempre y cuando se respeten los límites por ella consagrados. Por lo tanto, si las cláusulas y términos que rigen la relación contractual han sido discutidos y acordados entre las partes, tal normatividad privada (Artículo 1495 del Código Civil; Artículo 4 del Código de Comercio) no vulnera la libertad contractual ni el consentimiento de los contratantes. Cosa distinta son las cláusulas abusivas, las cuales, aun acordadas individualmente entre las partes, quebrantan la buena fe y comportan un desequilibrio significativo e injusto de las prestaciones económicas del contrato.

Las cláusulas accidentales que en los contratos estatales la ley permite consagrar en los convenios regidos por el derecho privado, atienden a la libertad negocial de las partes. En el caso

de las entidades de economía mixta, protegen intereses superiores al regular situaciones objetivas en las que se otorgan facultades unilaterales para garantizar una correcta protección a los derechos del Estado. Es el caso concreto de Ecopetrol S.A., entidad de economía mixta, que tiene un régimen de derecho privado que le permite acordar cláusulas accidentales que protegen los intereses del Estado, sin que por ello se entiendan incorporadas las cláusulas exorbitantes consagradas en el régimen de derecho público, así unas y otras reflejen cierta similitud.

En este orden de ideas, este artículo tiene como propósito presentar el marco general del contrato estatal como expresión de voluntades, sus condiciones de existencia y efectos bajo el postulado de la autonomía de la voluntad, para entender, si es posible que en estos convenios se pacten cláusulas similares a las excepcionales en virtud del régimen de derecho privado de Ecopetrol.

Para ello, en primer lugar, se analizará la autonomía de la voluntad contractual, para continuar con los efectos que esto conlleva. Posteriormente, se tratará el régimen contractual de Ecopetrol desde su especial perspectiva de contratación privada, siendo esta empresa una compañía pública. Así mismo, se analizará un aspecto importante en el contenido contractual de la compañía como lo es la cláusula penal.

### **El contrato. La autonomía de la voluntad.**

Bajo el principio cardinal de la autonomía de voluntad que gobierna el campo del derecho privado encontramos que esa intención debe tener la virtualidad jurídica, dentro de ciertos límites y condiciones, de fijarse su propia conducta jurídica; entre otras, se encuentra la de contraer las obligaciones que juzgue convenientes. Dicho principio se materializa en los actos jurídicos que, por definición, son aquellos destinados a producir un efecto jurídico determinado; cuando ese efecto jurídico querido es la creación de las obligaciones arribamos al

contrato y al compromiso unilateral, que han sido aceptados sin discusión como expresión de la fuente voluntaria de las obligaciones dentro del derecho moderno.

Al indagar sobre el origen histórico de este postulado brotan sus raíces latinas. El derecho romano, decantado en siglos de ejercicio de sensatez y razonabilidad en su aplicación, permitió formular reglas jurídicas que se desprenden del desarrollo práctico del derecho como manifestación de los principios generales, —*regula non est jus summatur, sed ex jure quod est regula fiat*—. Así, Pomponio (Digesto) afirmaba que el derecho civil, sin estar escrito, consistía en la sola interpretación de los prudentes.

Los principios, verdaderos axiomas de validez general y universal, inspiraron la creación, integración e interpretación del derecho. En efecto, la autonomía de la voluntad, la buena fe, el no abuso del derecho entre otros grandes postulados, son pilares fundamentales de todo el ordenamiento jurídico. Biondi (1953), señala que “*La jurisprudencia procede y obra por medio de algunos axiomas jurídicos, que no se fijan a priori por razones científicas, sino que están tomados directamente de la conciencia social, para convertirlos en reglas y principios jurídicos.*”

La autonomía de la voluntad se condensa en palabras de Ulpiano, recogidas en el Digesto, Libro Segundo, Título Segundo, Sección 7, “*Ait praetor: “pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erum, servabo”*”, dice el Pretor “*Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de alguno de los mismos*”. De lo anterior se sigue que la expresión de la voluntad, libre de dolo o vicios, la licitud de la convención y la corrección en cuanto a sus fines, enmarcan ese gran principio que campea en el derecho, particularmente en el privado.

Abeliuk Manasevich (1993) enseñó que “*aun cuando en Roma no alcanzó un desarrollo tan marcado como en el siglo XIX, ya el principio que comentamos presidió en gran medida el derecho patrimonial romano, trabado por el formalismo y la carencia de acción de ciertos pactos, barreras que, al ser derribadas por los canonistas, permitieron, al unirse con las ideas racionalistas del siglo XVIII, el auge de la autonomía de la voluntad como idea rectora en la contratación*”.

En los apartes siguientes nos proponemos desarrollar de manera sucinta los efectos jurídicos de los contratos entre las partes, y, en punto específico, las facultades excepcionales que por acuerdo de las partes puede dotarse a alguno de los contratantes, principalmente cuando sobreviene el incumplimiento de las obligaciones asumidas.

### **Efectos generales de los contratos para las partes**

De acuerdo con lo previsto en el Código Civil colombiano, los principales efectos que surgen del contrato para las partes son los siguientes:

#### **El contrato es ley para las partes.**

Es sabido que dentro del derecho positivo colombiano las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando estos sujetan las estipulaciones a las pautas establecidas por la ley; en otras palabras, cuando sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres. En estas condiciones el Derecho Civil concede a los contratos válidamente celebrados fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el mutuo consentimiento de los contratantes o por causas legales (Artículo 1602 del Código Civil).

En este orden de ideas, las partes deben adecuar su conducta a lo estipulado; específicamente, al cumplimiento de las obligaciones asumidas. A pesar de lo aquí consignado, existen límites impuestos a la autonomía contractual que obedecen a la protección de derechos superiores que los de los contratantes; en primer lugar, el orden público cuyas previsiones no pueden desconocerse por pactos privados, como también, las disposiciones imperativas de la ley y las buenas costumbres.

Así mismo, se señala como manifestación de esa denominada “decadencia” el que *“El legislador presume la debilidad de toda una categoría de contratantes y para protegerla, prohíbe las condiciones y cláusulas que atenten contra sus intereses. Para que cese la desigualdad contractual, prohíbe la lucha. Por tanto, está obligado a establecer él mismo las reglas que deben seguirse.”* (Ripert, 1951)

### **El contrato es irrevocable unilateralmente**

Así como para la formación del contrato es necesaria la concurrencia de las voluntades, será igualmente necesaria para la revocación de este; lo anterior es conocido en nuestro medio como resciliación del contrato, o mutuo disenso. De manera unilateral, ninguna de las partes puede sustraerse al cumplimiento de las obligaciones surgidas a su cargo por virtud del contrato, a menos que la ley o el mismo contrato lo hayan previsto, como en el caso del mandato (C.C. arts. 2190 y 2193, C. Co. art. 1279), o el pacto de arras de retracto en la compraventa.

### **Los contratos deben cumplirse de buena fe**

Tal como lo disponen los artículos 1603 del ordenamiento civil y 871 del mercantil, las partes contratantes deben poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir las obligaciones, ya que el contrato obliga no solamente a lo que en ello se expresa, *“sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”*

### **Genera responsabilidad civil contractual para el contratante incumplido**

Los contratos generan obligaciones, y las obligaciones se contraen para cumplirse. Existe una presunción de culpa en quien no satisface las obligaciones en el modo y tiempo debidos, es decir, según lo establecido en el contrato, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho del otro contratante. Bajo los lineamientos establecidos por el artículo 1604 del Código Civil, la debida diligencia del deudor consiste en realizar el resultado convenido mientras no se haga imposible, y en poner los medios para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado querido era realizable y no se realizó, o sí, con cierta diligencia pudo haberse evitado que se hiciera imposible, el deudor es responsable.

De conformidad con lo establecido en el ordenamiento positivo, la responsabilidad del deudor se configura siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Incumplimiento del deudor;
- b) Que se cause un daño al acreedor; el deudor será responsable de los perjuicios directos causados al acreedor que hayan sido previsibles al momento del contrato, pero si éste actuó con dolo, será responsable de la totalidad de los perjuicios, previsibles e imprevisibles, por no haberse cumplido con la obligación, o haberse retardado su cumplimiento;
- c) Doble relación de causalidad. La primera, entre la culpa del deudor y su incumplimiento; y, la segunda, entre el incumplimiento y el daño causado al acreedor. Como bien lo señala Uribe Holguín (1982), la culpa del deudor incumplido se presume, precisamente, por la preexistencia de la obligación; agregamos nosotros que de acuerdo con la regla establecida en el artículo 1757 del Código Civil,

es al deudor que compete probar que su incumplimiento no es culpable o bien, la extinción de la obligación;

- d) La mora del deudor. Antes de estar en mora el deudor, sólo debe la obligación tal y como fuera contraída, solamente cuando el deudor incurre en mora se generan perjuicios tanto compensatorios como moratorios.

### **Excepción de contrato no cumplido**

A voces del artículo 1609 del Código Civil se establece en favor del contratante cumplido la *exceptio non adimpleti contractus* —excepción de contrato no cumplido—, cuando quiera que sea requerido o demandado por la otra parte para el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden.

Como se verá en los siguientes apartes, las dificultades que por años se presentaron en la práctica con el régimen especial de los contratos estatales, provenientes, sin lugar a duda, de haberse calcado el contrato estatal sobre el molde del derecho civil, vienen a sortearse, bajo el marco esbozado. El regreso al derecho privado, con la inclusión de facultades unilaterales acordadas válidamente por las partes, y sin perjuicio de la regulación especial aplicable cuando del ejercicio de funciones administrativas públicas, excepcionalmente se trate, serán las premisas que facilitarán la capacidad contractual de Ecopetrol.

### **Régimen de contratación de Ecopetrol S.A.**

Ecopetrol S.A. es una empresa regida por las normas de derecho privado para la celebración de contratos en desarrollo de su objeto social, lo que implica su exclusión de la aplicación del régimen público de la contratación estatal en dichos actos. Esto surge de su naturaleza jurídica, conforme al artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 es la siguiente:

*“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.”*

Al ser Ecopetrol S.A. una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, de orden nacional y vinculada al Ministerio de Minas y Energía, deberá acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual será competente para conocer de todos los litigios relacionados con entidades del Estado (Artículo 1 Ley 1118 de 2006). Lo interesante es que su régimen contractual es de derecho privado. En esta medida, los jueces administrativos conocerán todas las controversias y acciones judiciales relacionadas con dicha entidad, aplicando un régimen distinto, lo que desdibuja su propia naturaleza ante el juicio de magistrados, cuya experticia es el derecho público.

Un aspecto importante en este sentido corresponde a las cláusulas exorbitantes, las cuales están incorporadas legalmente a los contratos estatales. Mediante ellas, la administración ejerce un control excepcional sobre el contratista al tener especiales facultades unilaterales en la ejecución del contrato, lo que implica que tales facultades provienen del mandato legal.

*“La exorbitancia entonces, dentro del contexto analizado, proviene de la ley y no de la voluntad de los implicados, pues el imperio de una de las partes, acompañado de jurisdicción, competencia y decisión previa obligatoria sobre la otra, no puede provenir de la autonomía de un pacto, sino de expresa habilitación legal.” (Jaramillo, 2004).*

En este sentido, es claro que las cláusulas exorbitantes son imposiciones unilaterales de la administración, que tienen causa legal y no contractual, como lo establece el artículo 14 de la Ley 80 de 1993:

*“Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

(...)

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

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

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

Conforme a lo dispuesto en este artículo, es claro que las facultades excepcionales están dirigidas a las entidades estatales cuyos términos se entienden incorporados a todos los contratos que éstas celebren. Por lo mismo, es igualmente claro que no media la voluntad del contratante al ser impuestas legalmente. En este sentido, podría entenderse que la administración, al mantener el conocimiento de los procesos

relacionados con Ecopetrol S.A. ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, refleja el control que quiere mantener sobre los actos y contratos de entidades de economía mixta.

Otro aspecto importante para tenerse en cuenta es la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad privada en estos contratos, la cual tiene su fuente legal en los artículos 15 y 16 del Código Civil, en el que se prevé la facultad de renunciar a ciertos derechos conferidos por la ley siempre y cuando estén relacionados con el interés individual del renunciante. Por lo anterior, las partes del contrato podrán hacerse concesiones mutuas y disponer de sus derechos con fundamento en este principio, ya que están facultadas legalmente para acordar los términos bajo los cuales quieren desarrollar el objeto contratado (Cancino, 1979), sujeto al régimen de contratación privada que gobierna a Ecopetrol y a los particulares.

Así mismo, según el artículo 1602 del Código Civil, los contratos legalmente celebrados son ley para las partes, principio reiterado en el artículo 4º del Código de Comercio. En este sentido, los términos convenidos en el contrato, ajustados a la ley y las buenas costumbres, deben ser acatados por las partes y cumplidos en su integridad so pena de incurrir en incumplimiento y responsabilidad derivada del mismo. Es así como una vez acordado el clausulado contractual, éste no puede ser desconocido por ninguna de las partes y, por el contrario, se encuentran sometidos a su cumplimiento, dentro del marco contractual y legal aplicable, ya que, al ser su propia ley, ésta *“no puede ser abolida sino por mutuo disenso, esto es, por el concurso de las voluntades que la crearon”* (Uribe. 1982).

Por lo tanto, y de conformidad con lo dicho previamente, no es jurídicamente viable que, después de celebrado un contrato legalmente válido, una de las partes pretenda desconocer su alcance y su expresión de voluntad que se plasmó al asumir libremente la responsabilidad que ello conlleva.

### La cláusula penal en la contratación privada de Ecopetrol

Un aspecto de fundamental importancia en esta materia tiene que ver con la facultad privada que tienen los contratantes para pactar cláusulas penales, las cuales no configuran una imposición unilateral en virtud del régimen público. Conforme a las normas del Código Civil, estas estipulaciones corresponden a la estimación anticipada de los perjuicios que se ocasionan en el evento del incumplimiento de las partes. Por lo tanto, desde la firma del contrato se conviene que en caso de que se configuren los presupuestos de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones, la parte incumplida deberá asumir las consecuencias pecuniarias y legales previstas anticipadamente.

Como lo señala el tratadista Uribe Holguín (1982), la cláusula penal:

*“constituye en toda hipótesis una fijación anticipada de la carga que tendrá que soportarse por el incumplimiento de una obligación principal válida, pero su función puede consistir, ora en sustituir los efectos naturales de ese incumplimiento, ora en acumularse a tales efectos”.*

Tanto la cláusula penal de apremio como la cláusula penal pecuniaria son mecanismos convenidos entre las partes para compeler a la parte incumplida al cumplimiento del contrato o al pago de los perjuicios que han sido tasados por anticipado y validados por las partes con la firma del contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que, en el caso de presentarse los supuestos de hecho de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la parte cumplida se encuentra facultada por el contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y/o de apremio. Esto significa ejecutar las obligaciones mismas del contrato y no imponer de forma automática y

sin consentimiento previo la cláusula penal, como ocurre en los contratos estatales. Por lo tanto, la efectividad de las sanciones contractuales dispuestas por el ordenamiento civil no implica una imposición unilateral de las mismas, ya que éstas fueron previamente convenidas por las partes conforme al régimen privado de contratación que rige a Ecopetrol S.A.

Como se enunció en la primera parte de este escrito, el artículo 1546 del Código Civil prevé que en todo contrato bilateral se encuentra envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por alguna de las partes. Es así como, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y en aplicación a la norma citada, las partes convienen que en caso de incumplimiento del contratista, Ecopetrol podrá dar por terminado el contrato de forma unilateral, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos dispuestos en el contrato, sin que tal disposición vulnere intereses o derechos de terceros, ya que fue un acuerdo de voluntades de dos partes legitimadas y facultadas para disponer de sus derechos, pero el ejercicio de esta facultad excepcional ha de entenderse que lo es bajo la responsabilidad del contratante que hace uso de ella.

A pesar de la autonomía de la voluntad de las partes en aplicación del régimen privado de contratación, éstas siempre se encuentran sometidas a los controles legales y judiciales a que haya lugar en caso de extralimitarse en sus facultades a través de acciones u omisiones, en la ejecución de sus contratos y ante la eventualidad de ocasionar perjuicios a la otra parte. Por lo tanto, cualquiera de las partes podrá acudir a los mecanismos legalmente previstos para requerir a la otra parte y solicitar la declaración de responsabilidad si así lo considera.

En consecuencia, todas las actuaciones contractuales están dentro del control legal y judicial por lo que no puede entenderse que las cláusulas contractualmente pactadas sean absolutas en caso de existir responsabilidad de alguna de

las partes, lo que no puede confundirse con la libre facultad de los contratantes de convenir cláusulas en pro de alguna de las partes.

En el caso específico de la contratación de Ecopetrol S.A., ésta cuenta con el manual de contratación, documento privado conocido por los contratantes desde el mismo momento en que la empresa pública los términos de referencia, el cual es aceptado por aquellos comerciantes que deciden participar en los diferentes métodos de elección. Es así como la empresa da a conocer la minuta del contrato que se celebraría en caso de que sea adjudicatario del contrato, frente al cual los oferentes pueden realizar observaciones. Así, emite una respuesta posterior atendiendo tales observaciones y definiendo si son acogidas o no. En la minuta del contrato y en el manual de contratación se encuentran previstos los supuestos, procedimientos y causales procedentes para la aplicación de cláusulas penales, terminación unilateral y liquidación bilateral y unilateral.

Teniendo en cuenta lo anterior, los proponentes conocen previamente los términos de contratación, generan observaciones sobre los mismos y convienen los términos contractuales una vez presentan su propuesta a Ecopetrol S.A. quien podrá aceptarla o no según el procedimiento señalado para la calificación y adjudicación de los contratos.

En efecto, las partes cuentan con el espacio de discusión de los términos contractuales lo que no desnaturaliza la presencia de cláusulas exorbitantes. Por el contrario, le abre paso al acuerdo de voluntades al estar dentro de la figura de contratación mercantil bajo términos previamente discutidos, a pesar de tratarse de una empresa pública.

Se reitera, los contratos celebrados por Ecopetrol se encuentran sometidos al régimen de contratación privado y están expresamente excluidos del estatuto de la contratación pública. En este sentido, la compañía y sus contratistas,

en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, acuerdan los términos contractuales en los que facultan válida y legalmente a Ecopetrol para la terminación y liquidación unilateral, así como para hacer efectivas las cláusulas penales previstas en el contrato, por lo que no puede desconocerse dicho acuerdo de voluntades.

Al hacer efectivas las cláusulas del contrato no se pueden confundir con el ejercicio de facultades exorbitantes impuestas unilateralmente por Ecopetrol, ya que esta última está en cumplimiento de los términos contractuales convenidos por las Partes y en caso de no hacer efectivas tales cláusulas sí se estaría perjudicando el patrimonio del Estado e incurriendo en detrimento patrimonial.

Por último, como quiera que pueden existir conceptos, o mejor, apreciaciones sobre la disposición legal que indica que en los contratos de las entidades públicas que se rigen por el derecho privado, en cuanto que para desarrollar su objeto —empresas comerciales o industriales, o sociedades de economía mixta— deben entrar en competencia en igualdad de condiciones con las personas jurídicas o naturales que están sometidas en sus actividades al régimen de derecho privado en su integridad, deben observarse aquellos principios que gobiernan la función administrativa.

Del contenido de la Ley 80 de 1993, y en cuanto atañe a los contratos de las entidades públicas, cabe advertir que unos son los contratos propiamente estatales que se someten al régimen de derecho público previsto en dicha ley y las leyes complementarias en sus diversas etapas, como también las cláusulas exorbitantes, así denominadas, que comportan sin duda alguna el ejercicio de potestades públicas. Para asegurar el interés público y como preparación del contrato estatal, las entidades deben cumplir con los postulados o principios de la función administrativa, pues de lo contrario deviene en un contrato que riñe con las exigencias de

la ley y, de ahí, el predicado del objeto ilícito y consiguientemente de la nulidad absoluta del contrato con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento.

En paralelo, cuando se trata de aquellos contratos que se rigen por el derecho privado, es preciso saber si la observancia de aquellos principios a que se ha aludido constituye una obligación legal o, por el contrario, constituyen un deber jurídico. Desde luego, en el plano jurídico la obligación y el deber jurídico son cosas distintas; de ahí que la obligación no puede existir sino entre personas determinadas, acreedor y deudor, extremos del vínculo jurídico que ésta comporta, mientras que el deber jurídico pesa sobre personas indeterminadas, o sobre un grupo de ellas de manera genérica.

En mi opinión, al señalar que para efectos de la celebración de los contratos deban observarse los principios de la función administrativa, tales como la transparencia, la objetividad en la selección y la eficacia, esto constituye un deber de conducta que de manera general se impone a las entidades públicas. Pero en manera alguna significa un cambio del régimen aplicable al contrato de derecho privado, desplazándose al campo del derecho público cuando no haya cumplido con ellos.

De otra parte, es preciso indicar que una cosa será la responsabilidad del funcionario público que celebra un contrato de derecho privado sin haber observado tales principios a título personal —civil, disciplinaria o penal—, y otra, la que eventualmente pueda derivarse del incumplimiento de las obligaciones contractualmente contraídas para la entidad, porque no podrán

desprenderse efectos para el particular que ha contratado con la entidad sin haber tenido, en manera alguna, injerencia ni conocimiento sobre si al interior de la entidad se cumplieron todas aquellas actividades requeridas para la cabal observancia de los principios de la función administrativa.

## Conclusión

Celebrado el contrato, su desarrollo y eventual responsabilidad para alguna de las partes, resulta del cotejo de lo válidamente convenido y consignado en el contrato con la conducta desplegada en orden al cumplimiento de este, con aplicación de las normas supletorias del derecho privado, como desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad.

Por lo mismo, es válido convenir cláusulas que otorgan sólo a una de las Partes, facultades para aplicar sanciones contractuales o terminación anticipada del Contrato, sin que por ello se entienda un abuso del derecho o la remisión a las cláusulas excepcionales de la Ley 80, como equivocadamente se ha interpretado para aquellos contratos celebrados por entidades de economía mixta con régimen privado, como es el caso de Ecopetrol S.A.

En consecuencia, el impedir que Ecopetrol S.A. pacte cláusulas con facultades unilaterales, que no vulneran la ley ni el orden público ni las buenas costumbres, es una trasgresión al principio de la autonomía de la voluntad que genera una posición desigual ante la otra parte del contrato, al no poder aplicar sanciones o terminar el contrato anticipadamente en caso de incumplimiento.

## Referencias

ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. T. I, Temis. 1993.

BIONDI, Biondo. *Arte y ciencia del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona 1953.

CANCINO, Fernando (1979). *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Temis.

DIGESTO. Libro Segundo, Título Segundo, Sección 7.

Ecopetrol S.A. .2016. Manual de contratación de Ecopetrol S.A. Versión 1. Bogotá D.C, Colombia. Recuperado de [https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/Home/es/GruposInteres/GestionDeAbastecimiento/ComoSerProveedor/ NormativaProveedores](https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/Home/es/GruposInteres/GestionDeAbastecimiento/ComoSerProveedor/NormativaProveedores)

PALACIO JARAMILLO, María Teresa (2004). *Revista de Derecho Público No. 17. Aspectos Controversiales de la Contratación Estatal. Cláusulas Excepcionales*. Bogotá: Uniandes.

RIPERT, Georges. *Régimen democrático y el Derecho Civil Moderno*. Ed. José M. Cajicá. 1951.

URIBE HOLGUÍN, Ricardo (1982). *De las Obligaciones y del Contrato en General*. Bogotá: Segunda Edición, Editorial Temis.