

## **ECOPETROL - Régimen contractual antes de la Ley 80 de 1993**

Entonces, en materia de contratos, a ECOPETROL se le aplicaban cuatro grupos de normas, a saber: a) Por regla general, el derecho privado según los artículos 6° del Decreto 1050 y 31 del decreto 3130, ambos del año 1968. b) En cuanto ejerciera funciones administrativas, se le aplicaba el derecho público, y en este orden de ideas el decreto ley 222 de 1983. c) Los contratos de empréstito y de obras públicas de ésta entidad, se regían por el decreto ley 222 de 1983. d) 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 los contratistas, las condiciones y los términos de dichos contratos.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1050 DE 1968 - ARTICULO 6 / DECRETO 3130 DE 1968 - ARTICULO 31 / DECRETO LEY 222 DE 1983 / DECRETO 743 DE 1975

**RECURSOS NATURALES - Los contratos de explotación, exploración y comercialización se rigen por los reglamentos internos de las entidades que los administran / ENTIDADES QUE MANEJAN RECURSOS NATURALES - Todos sus contratos se rigen por los reglamentos internos de contratación / CONTRATOS DE EXPLOTACION, EXPLORACION Y COMERCIALIZACION DE RECURSOS NATURALES - Se rigen por los reglamentos internos de contratación de las entidades / ECOPETROL - Los contratos de prestación de servicios y de consultoría para apoyar la gestión comercial se rigen por su estatuto interno de contratación**

Las objeciones Presidenciales aceptadas por el Congreso de la República buscaban impedir que con la expedición de la ley 80 de 1993 se derogara la legislación especial contenida en las leyes y códigos de Petróleos y de Minas, así como flexibilizar los procedimientos de selección de los contratistas de las entidades encargadas de la explotación, exploración y comercialización de los recursos naturales, pues venían bajo un régimen de derecho privado según se ha expuesto. Es claro que el criterio de los decretos 1050 y 3130 de 1968 era principalmente el orgánico, de manera que el derecho privado se aplicaba en razón de la naturaleza de estas entidades y no del objeto o tipo de contratos que celebrarían. La solución ideada por el legislador en el actual artículo 76 consistió en autorizar a las entidades que manejan los recursos naturales renovables y no renovables, a expedir unos reglamentos internos de contratación, y establecer en ellos “el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse” de manera que fueran las mismas entidades públicas quienes, reconociendo sus necesidades, organizaran estos cuatro temas en sus propios reglamentos. De esta forma se buscó hacer flexible y oportuna la contratación como lo pedían las objeciones Presidenciales, de suerte que dejó de ser obligatoria para ellas la licitación pública para todos los contratos que celebrarían, pues en sus propias reglas pueden definir los diferentes mecanismos de selección de sus contratistas. (...) Conceptúa la Sala, que el reglamento interno debe referirse a toda la actividad contractual de las entidades que manejen los recursos naturales renovables y no renovables, y no sólo a los contratos de exploración, explotación, o comercialización, por las razones que se analizan a continuación. (...) Bajo estos presupuestos, en concepto de la Sala, el procedimiento de contratación que tenga por objeto la prestación de servicios y de consultoría para apoyar la gestión comercial de ECOPETROL, entre los cuales, se incluyen los que

tienen por objeto la identificación de estrategias comerciales, el desarrollo de la logística de compras, estrategias de mercado, consolidación de economías de escala, el soporte en la realización de análisis de mercado, preselección de proveedores, inteligencia en abastecimiento, se rigen por el estatuto interno de contratación de la sociedad y en la parte sustancial por las disposiciones comerciales que ordenan la materia. Otro tanto, sucede con aquellos contratos de prestación de servicios y de consultoría que tengan por objeto apoyar la gestión contractual de ECOPETROL, tales como, los enunciados en la consulta formulada a la Sala, para la elaboración de pliegos o términos de referencia, soporte en el proceso de contratación y compras desde la planeación hasta el producto final, etc.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 76

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la constitucionalidad del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la validez de los reglamentos internos de contratación de las entidades que manejan recursos naturales, Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO**

**Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005)**

**Radicación numero: 11001-03-06-000-2005-01667-00(1667)**

**Actor: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA**

**Referencia: Interpretación del artículo 76 de la ley 80 de 1993. Régimen jurídico aplicable a la contratación de ECOPETROL S.A. Régimen jurídico aplicable a los contratos de prestación de servicios y de consultoría para apoyar la gestión contractual y comercial de la empresa.**

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor LUIS ERNESTO MEJIA CASTRO, consulta a la Sala sobre la interpretación del artículo 76 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 S.A. para apoyar la gestión contractual y comercial de la sociedad, en los siguientes términos:

1. *“El trámite o procedimiento consistente en la selección y contratación (mediante prestación de servicios o consultoría) de terceros colaboradores para que apoyen o realicen la función consistente en contratar los trabajos, servicios o bienes requeridos por la empresa (Que es distinto del trámite o procedimiento consistente en la selección y contratación de los terceros proveedores de los trabajos, servicios o bienes requeridos por la Empresa) para la ejecución de sus proyectos (función de tramitar procesos de contratación y compras de bienes y servicios), y/o para que realicen una labor de identificación de estrategias comerciales que propicien un resultado exitoso de dicho trámite o procedimiento, son actividades administrativas de la compañía? o son actividades concernientes al comercio y la industria del petróleo?”*

*“Expresado de otra manera, la actividad de apoyo a la contratación de una entidad es una actividad administrativa, (o no lo es por el hecho de que la gestión de contratación que se apoya esté dirigida a contratar actividades relacionadas con la industria hidrocarburífera, clasificándose, por consiguiente, en una actividad propia o concerniente a dicha industria?)”*

2. *“Definido lo anterior, cuál sería el régimen jurídico aplicable a la contratación, por parte de la Gerencia Administrativa de ECOPETROL S.A., de consultores o prestadores de servicios que se encargarían de : (i) la definición de estrategias de contratación; (ii) el desarrollo de metodologías para la estructuración, planeación, seguimiento y control de los programas o planes de contratación y compras; (iii) el desarrollo de la logística de compras (que comprende la definición de las mejores estrategias de mercado, consolidación de las compras para lograr economías de escala, compras a fabricantes o distribuidores exclusivos, entre otras cosas); (iv) el soporte en la realización de análisis de mercado, preselecciones de proveedores, inteligencia en abastecimiento, (v) el soporte en el proceso de contratación y compras desde la planeación hasta el producto final, entendido como la celebración del contrato u orden de compra, para proyectos de la industria del petróleo? (lo cual comprende la elaboración de Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia, publicación de los mismos, sustento a respuestas a inquietudes y observaciones de los interesados, asistencia a audiencias de precisión, elaboración de actas, trámite de recibo de ofertas, traslado de las ofertas a los funcionarios encargados de la evaluación técnica, financiera y jurídica, publicidad del informe de evaluación, elaboración del acto de adjudicación o declaración de desierto del proceso selectivo, entre otras cosas).”*
3. *“Y cuál sería el régimen jurídico aplicable a la contratación, por parte de la Gerencia Administrativa de ECOPETROL S.A., de consultores o prestadores de servicios que se encargarían de (i) la definición de estrategias de contratación; (ii) el desarrollo de metodologías para la estructuración, planeación, seguimiento y control de programas o planes de contratación y compras; (iii) el desarrollo de la logística de compras; (iv) el soporte en la realización de análisis de mercado, precalificaciones de proveedores, inteligencia en abastecimiento, (v) el soporte en el proceso de contratación y compras desde la planeación hasta el producto final, entendido como la celebración del contrato u orden de compra, para proyectos Que son de la industria del petróleo?”*

Como antecedente de la consulta, el señor Ministro señala que ECOPETROL S.A., en virtud del artículo 76 de la ley 80 de 1993, tiene un régimen de contratación “dual” contenido: en el manual de contratación, en el cual se regula el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que se pueden pactar, la cuantías y los trámites a que se deben sujetar los contratos que celebre esa sociedad pública, y en la ley 80 de 1993.

Al describir el contenido del manual de contratación, menciona que éste relaciona algunas de las actividades propias y concernientes al objeto social de ECOPETROL S.A., y dispone que *“cualquier duda que surja en cuanto a la normatividad aplicable a un proceso contractual, deberá ser consultada con la Dirección Jurídica o la respectiva Asesoría Legal”*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Manual de Contratación. Capítulo 2º.- Alcance.

La dirección jurídica de ECOPETROL para determinar el régimen legal aplicable al proceso de selección de una actividad no prevista expresamente en el Manual de Contratación ha utilizado los siguientes criterios:

- 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 encuentra sujeta al Manual de Contratación cuando resulte *“necesaria, inherente o íntimamente ligada a las actividades de exploración, explotación, refinación, transporte o comercialización de hidrocarburos”.*

Si no se dan estos presupuestos, se aplica la ley 80 de 1993.

A título de ejemplo, la entidad consultante manifiesta que para la dirección jurídica de la empresa ha sido claro que la contratación de los servicios de aseo, cafetería, camarería, se tienen que sujetar al Estatuto General de Contratación Pública, porque son comunes a cualquier empresa (no exclusivamente a las petroleras) y no son concernientes a la exploración y explotación de hidrocarburos.

No obstante lo anterior, expone el señor Ministro, es necesario precisar el régimen de contratación aplicable a los contratos que tienen por objeto apoyar la gestión contractual de la Gerencia Administrativa y la gestión comercial de ECOPETROL S.A. para contratar los bienes y servicios que requieran las diferentes Vicepresidencias de la empresa, cuando en los términos del artículo 10 del Decreto 2209 de 1998, no exista personal suficiente o se requiera de un conocimiento especializado del que no disponga la empresa.

**Para resolver la Sala considera:**

### **1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. CAMPO DE APLICACIÓN.**

La ley 80 de 1993 buscó unificar los contratos de la administración en un solo régimen jurídico bajo una categoría hasta ese entonces inexistente en el derecho colombiano e internacional, a la que denominó contrato estatal.

Consecuente con la decisión de unificar bajo un régimen jurídico la totalidad de los contratos que suscribiera la administración, el Congreso reguló el campo de aplicación del estatuto haciéndolo obligatorio a todas las entidades públicas, definió el contrato estatal y lo sometió a un régimen único. Uno de los efectos de esta decisión legislativa consiste en que el estatuto se configura como la regla general aplicable a toda la contratación de los entes públicos, de donde se desprende que toda excepción debe ser de creación constitucional o legal.

No obstante esta clara intención unificadora, el legislador, ante las objeciones Presidenciales realizadas en torno a la aplicación indiscriminada de esta ley a todas las entidades definidas en su artículo 2º, consagró su inaplicación a varias actividades y tipos de contratos, lo que ha generado confusión, no solo alrededor de su ámbito de aplicación sino también de la eficacia de su intención unificadora.

Una de las normas de más difícil interpretación, es la contenida en el artículo 76 de la ley 80 de 1993, materia de la consulta, que dispone:

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

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

*“En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.”<sup>2</sup>*

La consulta solicita, entonces, precisar para ECOPETROL, el alcance del artículo citado con el fin de establecer el régimen de contratación aplicable a los contratos de prestación de servicios y de consultoría que tengan por objeto el apoyo a la gestión comercial y contractual de esta sociedad.

## **2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 76 DE LA LEY 80 DE 1993.**

---

<sup>2</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001, al declarar exequible el artículo 76, que debatía la viabilidad de excluir del Estatuto General de Contratación los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales y delegar en las autoridades administrativas la facultad de que por vía de los reglamentos internos de las entidades se determine el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse, manifestó:

*“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 de la unidad del Estatuto Contractual cuando está claramente establecido que el propósito del constituyente al autorizar la expedición de un estatuto general de contratación estatal en los términos del artículo 150 de la Carta, no acarrea el deber para el legislador de adoptar en un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.*

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

Considera la Sala procedente remitirse a los antecedentes legislativos del artículo 76 de la ley 80 de 1993, con el fin de identificar el punto de partida en cuanto a su alcance e interpretación.

El proyecto de ley 149 de 1992 presentado ante el Senado de la República, contemplaba en materia de contratos de exploración y explotación de recursos naturales, 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”<sup>3</sup>.*

El artículo transcrito no sufrió ninguna modificación durante los debates que se surtieron en el Senado y en la Cámara de Representantes, pero fue objetado por el Presidente de la República, en los siguientes términos:

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

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

*“La importancia de las actividades de explotación de hidrocarburos 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 el parágrafo 33 del proyecto mantuvo la vigencia del régimen de asociación consagrado por la ley 37 de 1993 para el sector de telecomunicaciones.*

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

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

---

<sup>3</sup> Gaceta Congreso No. 145 de 1992.

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

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

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

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

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

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

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

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

*“En este sentido y en lo que tiene que ver con la comercialización de hidrocarburos y sus derivados, es innegable que se aplicarse el procedimiento de selección previsto en el artículo 30 del estatuto, se*

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

*“De igual manera resultaría impracticable llevar a cabo negociaciones relacionadas con la venta de productos que ofrecen ECOPETROL o Carbocol en el mercado nacional e internacional, los cuales deben ser colocados aprovechando las condiciones favorables del mismo, lo que implica necesariamente concretar oportunidades económicas impostergables, que no podrían estar supeditadas a los rigurosos procedimientos de contratación.”<sup>4</sup>*

Entonces, el texto actualmente vigente del artículo 76, contiene la respuesta del legislador a las objeciones Presidenciales, de manera que su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el trámite en el Congreso.

### **3. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y A LA CONTRATACIÓN MINERA Y PETROLERA ANTES DE LA LEY 80 DE 1993.**

Como quiera que el artículo 76 del Estatuto General de Contratación de la Administración pública, establece que *“los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias sobre estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable”*, es necesario determinar cuál era el régimen especial aplicable a tales contratos antes de la ley 80 de 1993, y delimitar qué entiende la ley por *“legislación especial”*.

#### **3.1. Régimen contractual aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado antes de la ley 80 de 1993.**

El artículo 6º del decreto 1050 de 1968<sup>5</sup>, definía las empresas industriales y comerciales del Estado, como organismos que desarrollaban actividades de naturaleza industrial o comercial conforme *“a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley (...)”*.

En concordancia con lo anterior, los artículos 31 y 34 del decreto 3130 de 1968, consagraban la aplicación general del derecho privado a los actos y contratos

<sup>4</sup> Gaceta del Congreso No. 296 de 1993.

<sup>5</sup> Ley 489 de 1998. “Artículo 85.- Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley (...)”

celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales. El derecho administrativo se aplicaba sólo cuando ejercían competencias de esta naturaleza.

Preveían las normas en comento:

Decreto 3130 de 1968. *“Artículo 31. De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de 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.”*

Decreto 3130 de 1968. *“Artículo 34. De los contratos de las empresas y de las sociedades. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere el caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas.”*

### **3.2. Decreto 222 de 1983. Aplicación del derecho privado a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado.**

El decreto ley 222 de 1983, al delimitar el campo de aplicación, preveía en el artículo 1º que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado poseyera más del noventa por ciento (90%) de su capital social, por regla general no estaban sujetas a dicho estatuto, salvo en lo relativo a los contratos de empréstito y de obras públicas.

Para total claridad señalaba el artículo 254 del 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.”*

### **3.3 Régimen Contractual Aplicable a los contratos celebrados de exploración y explotación recursos naturales no renovables.**

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 *“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.

En efecto, el Código de Petróleos y el Código de Minas, así como las normas de carácter reglamentario vigentes a la fecha de expedición de la ley 80, sujetaban

por regla general los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y de los recursos mineros al régimen especial en ellos contenido.

Señalaban los Códigos en comentario:

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

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

*“Los contratos que celebre la empresa en virtud de lo dispuesto en este artículo, requerirán para su validez ser aprobados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía”.*<sup>6</sup>
- Decreto reglamentario N° 0743 de 1.975 del Código de Petróleos:
 

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

*“Artículo 4º: Los contratos a que se refiere el artículo anterior quedarán sujetos al derecho privado, salvo que tuvieren cláusula sobre caducidad, y en uno y otro caso requerirán, para su validez, la aprobación del Ministerio de Minas y Energía. (...)”*
- **Decreto ley 2655 de 1988 - Código de Minas vigente en ese momento.**<sup>7</sup>

*“Artículo 61.- Naturaleza de los contratos de concesión.- Los contratos mineros de concesión son administrativos y se regulan íntegramente por las normas señaladas en este código (...).”*

Entonces, en materia de contratos, a ECOPETROL se le aplicaban cuatro grupos de normas, a saber:

- a) Por regla general, el derecho privado según los artículos 6° del Decreto 1050 y 31 del decreto 3130, ambos del año 1968.
- b) En cuanto ejerciera funciones administrativas, se le aplicaba el derecho público, y en este orden de ideas el decreto ley 222 de 1983.
- c) Los contratos de empréstito y de obras públicas de ésta entidad, se regían por el decreto ley 222 de 1983.
- d) 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

<sup>6</sup> Modificado por el Decreto ley 1760 de 2003.

<sup>7</sup> Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 57 de 1987. Modificado por la ley 685 de 2001.

reglamento de la junta directiva de ECOPETROL, la regulación de los procesos de selección de los contratistas, las condiciones y los términos de dichos contratos.

Bajo este recuento, procede la Sala a interpretar la primera oración del artículo 76 de la ley 80 de 1993 en cuanto dice 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, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable”*

En primer lugar se tiene que de los cuatro grupos de reglas aplicables a ECOPETROL en su contratación, sólo las últimas (literal d) pueden ser definidas como legislación especial, pues las demás formaban parte de las reglas generales aplicables a las empresas industriales y comerciales del estado y las reglas generales de los contratos de la administración.

En segundo lugar, no encuentra la Sala que hubiera un conjunto de normas especiales para la comercialización de los hidrocarburos que hubieren quedado vigentes, puesto que la remisión al derecho privado en los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968 se hacía por vía general, para todos los entes de la misma naturaleza que ECOPETROL,<sup>8</sup> por lo que no puede interpretarse el artículo 76 de la ley 80 de 1993 como que hubiera excepcionado su aplicación manteniendo la vigencia del derecho privado para sus actividades de comercialización.

La solución legal a los problemas planteados en las objeciones Presidenciales, está en el resto del artículo 76 que se comenta, y que remite a los reglamentos internos la regulación de su contratación, según procede la Sala a exponer.

#### **4. ALCANCE DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS AUTORIZADOS POR EL ARTÍCULO 76 DE LA LEY 80 DE 1993.**

Las objeciones Presidenciales aceptadas por el Congreso de la República buscaban impedir que con la expedición de la ley 80 de 1993 se derogara la legislación especial contenida en las leyes y códigos de Petróleos y de Minas, así como flexibilizar los procedimientos de selección de los contratistas de las entidades encargadas de la explotación, exploración y comercialización de los recursos naturales, pues venían bajo un régimen de derecho privado según se ha expuesto. Es claro que el criterio de los decretos 1050 y 3130 de 1968 era principalmente el orgánico, de manera que el derecho privado se aplicaba en razón de la naturaleza de estas entidades y no del objeto o tipo de contratos que celebraran.

---

<sup>8</sup> El decreto-ley 1760 de 2003 escindió a ECOPETROL asignando las funciones administrativas a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, conservando en aquella entidad las funciones propias de la industria petrolera, y la redefinió como una sociedad pública por acciones. La ley 489 de 1998, que contiene las normas actualmente vigentes sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, derogó expresamente los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968 citados, que eran aplicables a ECOPETROL al momento de la expedición de la ley 80 de 1993. A las sociedades públicas se les aplican las reglas de las empresas industriales y comerciales del estado, las que están reguladas por los artículos 85 a 93 principalmente, y en ésta última disposición se dice que “Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.” No se produjo, en cuanto al tema de este concepto, variación con la expedición de la ley 489 de 1998.

La solución ideada por el legislador en el actual artículo 76 consistió en autorizar a las entidades que manejan los recursos naturales renovables y no renovables, a expedir unos reglamentos internos de contratación, y establecer en ellos *“el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse”* de manera que fueran las mismas entidades públicas quienes, reconociendo sus necesidades, organizaran estos cuatro temas en sus propios reglamentos. De esta forma se buscó hacer flexible y oportuna la contratación como lo pedían las objeciones Presidenciales, de suerte que dejó de ser obligatoria para ellas la licitación pública para todos los contratos que celebraran, pues en sus propias reglas pueden definir los diferentes mecanismos de selección de sus contratistas.

La Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001, al declarar exequible el artículo 76, en cuanto remite a los reglamentos internos la definición de los procedimientos de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse, manifestó:

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

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

La Sala comparte el pronunciamiento de la Corte Constitucional transcrito, pues encuentra que el artículo 76 de la misma, más allá de consagrar el régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades encargadas de la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales renovables y no renovables, las autoriza a expedir un reglamento interno que regule el procedimiento de selección, cláusulas excepcionales, cuantías y trámites, que deba adelantar la empresa o entidad en desarrollo de su objeto social.

Surge la duda, y en ella se encuentra al problema jurídico de la consulta, de si este reglamento interno debe cobijar a todos los contratos de estas entidades, o sólo a los de exploración y explotación de los recursos naturales o sólo a los de comercialización de estos productos, o los de apoyo administrativo.

Conceptúa la Sala, que el reglamento interno debe referirse a toda la actividad contractual de las entidades que manejen los recursos naturales renovables y no renovables, y no sólo a los contratos de exploración, explotación, o comercialización, por las razones que se analizan a continuación.

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 quedó 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 la 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 particulares cumplen o desarrollan actividades similares”*<sup>9</sup>

En segundo lugar se debe hacer una interpretación finalista de la norma. Uno de los temas centrales de la ley 80 de 1993 es el de la unidad de la regulación de los contratos, por lo que la solución adoptada, esto es un reglamento que desarrollara esta ley en sus principios, haciendo flexible su aplicación, está más acorde con este espíritu unificador que la de dividir la contratación en varios regímenes. Esta unidad normativa da también mayor seguridad y puede ahorrar costos en las transacciones comerciales de estas entidades, ayudando a su eficiencia.

En tercer lugar, puede darse una interpretación gramatical, pues la locución final del primer párrafo del multicitado artículo 76 que dice *a que deben sujetarse*, se refiere a *las entidades estatales dedicadas a dichas actividades* que es el sujeto de esa oración y no a los “contratos de exploración ...” que es el sujeto de la anterior. Además, en la segunda frase de esta primera parte del artículo que se comenta, no se hace distinción sobre el objeto o el tipo de contrato que se vaya a celebrar, por lo que obviamente incluye todos los contratos, dentro de ellos los que son materia de la consulta.

Por último, si se compara la solución legal que se estudia, con la dada por la misma ley a las entidades financieras en el párrafo 1º del artículo 32 *ibídem*, se encuentra que son muy diferentes, pues en ésta última claramente se consagra un doble régimen, el uno para las *actividades propias de su objeto social* de las entidades financieras y el otro para todas 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 el asunto de la forma plasmada en el artículo 76.

Ahora bien, es indispensable anotar que en las leyes y códigos especiales sobre hidrocarburos y minas, que según se expuso continúan vigentes, existen algunos procedimientos de selección de contratistas y se regulan varios de los temas objeto del reglamento, normas de rango legal que bajo ningún motivo puede reformar o variar el reglamento, pues estaría invadiendo la competencia propia del legislador, de manera que, se insiste, bajo ninguna perspectiva el reglamento puede excepcionar o variar las leyes especiales, pues ellas siempre primarán.

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

---

<sup>9</sup> Gaceta del Congreso No. 296 de 1993.

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

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

En cuanto al contenido de los contratos y las reglas aplicables en el aspecto sustantivo de los mismos, han de aplicarse los artículos 13 y 40 de la ley 80 de 1993, según los cuales los contratos “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en la ley” y las estipulaciones “serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, le “correspondan a su esencia y naturaleza”.

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

Otro tanto, sucede con aquellos contratos de prestación de servicios y de consultoría que tengan por objeto apoyar la gestión contractual de ECOPETROL, tales como, los enunciados en la consulta formulada a la Sala, para la elaboración de pliegos o términos de referencia, soporte en el proceso de contratación y compras desde la planeación hasta el producto final, etc.

**Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:**

1°, 2° y 3° El trámite o procedimiento consistente en la selección y contratación, mediante prestación de servicios o consultoría, de terceros colaboradores enumerados en las dos preguntas que se responden, se rige por el estatuto interno de ECOPETROL.

Transcríbese al señor Ministro de Minas y Energía. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GUSTAVO E. APONTE SANTOS  
**Presidente de la Sala**

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO      FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE  
Ausente con excusa

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

AMANDA BELTRÁN GALEANO  
Secretaria (E)