**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: EL «CABALLO DE TROYA» DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL REGULADA POR EL DERECHO PRIVADO. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 24 DE AGOSTO DE 2016, EXPEDIENTE 41.783**

Cristian Andrés Díaz Díez[[1]](#footnote-1)

1. **Implicaciones del fallo sobre la comprensión de las bases dogmáticas del Derecho administrativo**

El 24 de agosto de 2016 la Sección Tercera (Subsección C) del Consejo de Estado profirió una sentencia[[2]](#footnote-2) que, para muchos, aclaró uno de los interrogantes en la actividad contractual de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP), acerca de si este tipo de entidades pueden pactar y hacer efectivas durante la ejecución de sus contratos las prerrogativas propias de las relaciones contractuales reguladas por el Derecho administrativo, como la terminación, la interpretación y la modificación unilaterales, la caducidad y la reversión, así como otras potestades que, a pesar de no tener reconocimiento expreso como cláusulas excepcionales en la Ley 80 de 1993, tradicionalmente se han concebido como expresiones del poder público exclusivas de las entidades regidas por el EGCAP, como la posibilidad de imponer, unilateralmente, multas o de aplicar en sede administrativa la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato.

La sentencia expone una tesis que supone un desafío para la construcción y el entendimiento del Derecho administrativo como *sistema* —dotado de autonomía y de especialidad—, respecto de otros ámbitos normativos[[3]](#footnote-3). Esta idea consiste en admitir que es «absolutamente»[[4]](#footnote-4) válido que, en los contratos celebrados al amparo del Derecho privado por parte de las entidades públicas que han dado en llamarse *excluidas* o *exceptuadas*, se pacten cláusulas, como las mencionadas anteriormente, que contengan la potestad de aplicación unilateral de prerrogativas durante la ejecución del contrato, pues, según el fallo en comento, la facultad de incluir dicho clausulado emerge de dos postulados, que son la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa.

El desafío que esta afirmación supone para la configuración del Derecho administrativo radica en que la aceptación de la autonomía de la voluntad —concepto que proviene del Derecho privado—, como fuente de potestades para la Administración Pública, hace tambalear la estructura del Derecho administrativo como sistema, pues una de las bases que lo han sostenido es el principio de legalidad[[5]](#footnote-5), concebido en términos *positivos*, es decir, traducido en la idea según la cual las autoridades solo pueden hacer aquello que expresamente la Constitución, la ley y, eventualmente, el reglamento les permite (*permisión legal expresa*). Tesis, esta última, que ha sido sostenida no solo por la doctrina ius-administrativista[[6]](#footnote-6), sino que, además, encuentra sustento constitucional en Colombia[[7]](#footnote-7).

1. **Síntesis del problema jurídico abordado en el fallo**

El caso que dio lugar a la providencia objeto de análisis fue una controversia suscitada entre la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL) y la sociedad Caribbean Oil and Services Inc., con motivo de la ejecución de un contrato de asociación, celebrado el 31 de agosto de 1993 entre ambas instituciones, para la exploración aérea y la explotación de petróleo; pues, según la entidad pública, la asociada había incumplido las obligaciones del segundo año de exploración, «consistentes en la adquisición de un programa mínimo de cien kilómetros (100 km) de sísmica nueva, cartografía geológica de campo y una investigación geoquímica que incluye un estudio de tipo MOST». Por tal razón, luego de varias comunicaciones, el 10 de abril de 1996 ECOPETROL declaró, mediante acto administrativo, la terminación unilateral estipulada en la cláusula 25 del contrato. Conviene anotar que, no obstante haberse pactado en el contrato esta prerrogativa, dicha relación contractual estaba sujeto a las normas del Derecho privado, pues, para la época, la naturaleza jurídica de ECOPETROL era la de una empresa industrial y comercial del Estado y el régimen de sus actos era el civil y comercial[[8]](#footnote-8).

Como resultado de la terminación unilateral, ECOPETROL interpuso demanda, en ejercicio de la acción contractual, pretendiendo la declaratoria de incumplimiento y la indemnización de los perjuicios causados por la asociada[[9]](#footnote-9). En primera instancia, el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 27 de mayo de 2011, deniega las pretensiones, amparado en el argumento formal de que el demandante no había probado la existencia del contrato, porque había allegado copias simples, carentes de valor probatorio. Sorteando adecuadamente este pretexto para emitir un pronunciamiento de mérito y luego de la interposición del correspondiente recurso de apelación por parte de ECOPETROL, la Sección Tercera (Subsección C) del Consejo de Estado, emite la sentencia del 24 de agosto de 2016, en la que, tras haber analizado aspectos como el régimen contractual de ECOPETROL[[10]](#footnote-10), el principio de buena fe contractual, el valor probatorio de las copias simples y las consecuencias del incumplimiento contractual en los contratos celebrados por las entidades estatales regidas por el Derecho privado, resuelve acceder a las pretensiones del demandante; es decir, declara el incumplimiento de la sociedad Caribbean Oil and Services Inc. y la condena al pago de los perjuicios causados a ECOPETROL.

Ahora bien, el aspecto que se quiere destacar en esta síntesis del fallo, es que la Subsección expresa en sus consideraciones que, dado el incumplimiento de la asociada, la declaratoria de terminación unilateral efectuada por ECOPETROL, con fundamento en la cláusula contractual que había estipulado dicha facultad, fue absolutamente válida, pues, la autonomía dispositiva (de la voluntad) de las partes, permite que en los contratos regidos por el Derecho privado se pacten este tipo de cláusulas. Además, plantea que al ser la función desempeñada por ECOPETROL una actividad industrial y comercial desarrollada en un ámbito de competencia mercantil y no una *función administrativa*, no pueden admitirse las reglas rígidas del Derecho Público.

Lo que resulta llamativo en la argumentación es que, en armonía con la idea anterior, el Consejo de Estado exprese también en la parte motiva del fallo que «[p]or la misma razón en materia contractual, la gestión operacional desarrollada por Ecopetrol escapa al ámbito de excepcionalidad o exorbitancia dispuesto para la contratación pública, ya que por excelencia en las relaciones mercantiles la regla general es el principio de igualdad y la prevalencia de la voluntad de las partes, más no la unilateralidad derivada del Derecho imperativo de la contratación pública que prevalece en la imposición de las cláusulas excepcionales»; lo que puede leerse como contradictorio, pues si el Derecho privado constituye un régimen de igualdad —de ausencia de prerrogativas— no es claro por qué la autonomía de la voluntad puede verse como la fuente de dichas potestades unilaterales. Si bien la Subsección se anticipa a esta crítica, indicando que dichas facultades en el Derecho privado no constituyen exorbitancias, porque no solo benefician a la parte que las ejerce, sino que, incluso, pueden favorecer a la parte frente a la cual se aplican, en la medida en que la liberan de una relación contractual que le está resultando problemática, este argumento no es suficiente para desvirtuar la idea de que tales potestades implican poderes unilaterales que riñen con la igualdad jurídica propia de las relaciones contractuales privadas.

Pero, más allá de este comentario sobre la coherencia argumentativa presente en las consideraciones de la sentencia, hay una pregunta que sale a la luz y que puede expresarse del siguiente modo: ¿Es válido considerar el artículo 1602 del Código Civil[[11]](#footnote-11) el fundamento legal de las potestades unilaterales que pacten las partes de un contrato estatal regido por el Derecho privado, en ejercicio de la autonomía de la voluntad?

1. **Lo que el fallo representa: ¿un cambio de paradigma en la concepción del principio de sujeción integral de las autoridades al ordenamiento jurídico? La autonomía de la voluntad como «caballo de Troya» de los contratos estatales regulados por el Derecho privado**

La respuesta del Consejo de Estado, en el fallo del 24 de agosto de 2016, a la pregunta de si el artículo 1602 del Código Civil es el fundamento legal de la posibilidad de pactar el ejercicio de potestades unilaterales en los contratos regidos por el derecho privado es afirmativa[[12]](#footnote-12), y, con base en este planteamiento, concluye que «[s]on absolutamente viables las cláusulas de terminación unilateral pactadas en desarrollo de la autonomía dispositiva, por incumplimiento de los contratos celebrados al amparo del Derecho privado». Afirmación que extiende a otras prerrogativas, como la imposición unilateral de la multa, la efectividad directa de la cláusula penal pecuniaria y la declaratoria del siniestro para hacer exigible la garantía de cumplimiento.

Pero, si el fundamento legal y la autonomía dispositiva de las partes para configurar el contenido de la cláusula de terminación unilateral, fueran tan contundentes, no se comprende por qué en la sentencia el Consejo de Estado condiciona el ejercicio de la terminación unilateral a tres condiciones no previstas en la ley, ni en el contrato que dio lugar a la controversia. En efecto, según la Subsección, «para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria». Lo que tales presupuestos constituyen son límites que, sin estar así especificados en la ley —como tampoco está la competencia para ejercer las prerrogativas unilaterales mencionadas por parte de entidades regidas por el Derecho privado—, son puestos por la jurisprudencia, para mitigar un poco los riesgos de abuso de poder por parte de las entidades a las que se permite ejercerlas, como derivación de la autonomía de la voluntad.

En su famosa conferencia sobre las inmunidades del poder en el Derecho administrativo, pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962, Eduardo García de Enterría llegó a decir, tomando para sí la frase del jurista suizo Hans Huber, que el poder discrecional era «el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho administrativo de un Estado de Derecho»[[13]](#footnote-13). Y es que, así como —según el icónico relato de Homero[[14]](#footnote-14)— los griegos utilizaron el caballo de madera como artilugio engañoso para penetrar en la ciudad fortificada y derrotar a los troyanos, la discrecionalidad administrativa es una potestad que encierra peligros evidentes de arbitrariedad y de exención del control jurisdiccional que en un Estado de Derecho debe existir sobre todos los actos de las autoridades.

El principio de la autonomía de la voluntad es una manifestación del poder discrecional de la Administración en materia contractual, pues en virtud de él aquella goza de una —cada vez más— inconmensurable libertad para disponer del contenido de las cláusulas de los contratos, como si de un particular se tratase[[15]](#footnote-15), sobre todo si el régimen aplicable al negocio jurídico es el Derecho privado. Es por ello que no resulta descabellado sostener, evocando la frase citada, que la autonomía de la voluntad se ha convertido en el «caballo de Troya» de la contratación estatal; especialmente, de la desarrollada por aquellas entidades públicas que se rigen en su actividad contractual por el Derecho privado. Ello, por cuanto dicha autonomía se ha venido esgrimiendo por las entidades exceptuadas del EGCAP para justificar el contenido de muchas de sus actuaciones y, principalmente, para reivindicar su derecho a pactar en los contratos todo aquello que no esté expresamente prohibido y que el ingenio mercantil disponga, bajo la égida de que el contrato es ley para las partes, aun a pesar de que algunas de estas cláusulas pueden aparejar riesgos de arbitrariedad.

Indiscutiblemente, si el Legislador ha establecido que el Derecho privado es un régimen aplicable a la actividad contractual de ciertas entidades, la autonomía de la voluntad es un principio que está incluido dentro de dicha remisión, pero, ¿tal autonomía modifica la forma como dichas entidades se someten al ordenamiento jurídico? Es decir, ¿el efecto de la autonomía de la voluntad, como fundamento de la actividad de los órganos del Estado en material contractual, es que pueden hacer y decidir todo lo que deseen, excepto lo que esté expresamente prohibido, como si fueran particulares? La respuesta a estos interrogantes es negativa. El establecimiento, por parte del Legislador, de un régimen contractual de Derecho privado no implica —so pena de inconstitucionalidad— modificar el sometimiento integral al ordenamiento jurídico consagrado en la carta política. En tal sentido, la libertad dispositiva que la autonomía de la voluntad prevé para las entidades estatales, necesariamente —a partir de una interpretación sistemática que, como debe ser en un Estado social y constitucional de Derecho, incluya las disposiciones de la Constitución— es menor que la de los particulares. Expresado de otro modo, por más que el Legislador faculte a ciertas entidades a celebrar y a ejecutar contratos de conformidad con las normas civiles y comerciales, los servidores públicos que actúen en representación de aquellas deben tener en cuenta que, de acuerdo con las Constitución, solo pueden hacer lo que esta, la Ley o el Reglamento les permite. Su vinculación al ordenamiento jurídico continúa siendo, pues, positiva, dado que aquel exige una habilitación normativa expresa para actuar.

Al parecer, la Subsección no discute este argumento en la sentencia que se comenta; o por lo menos no de manera explícita. Sin embargo, al admitir la posibilidad de que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las entidades reguladas por el Derecho privado en su contratación, pacten y apliquen unilateralmente medidas como la terminación, la multa, la cláusula penal o la declaratoria del siniestro de incumplimiento —y si fuera consecuente el Consejo de Estado, también debió permitir que decretasen la interpretación o modificación unilaterales, la caducidad o la reversión (que no se mencionan en el fallo), a pesar de que ello, por supuesto, no se comparte—, interpreta equivocadamente el alcance de la autonomía de la voluntad para dichas entidades, pues como consecuencia de este postulado acepta que puedan comportarse como particulares, es decir, como si tal libertad dispositiva les permitiera incluir en el contrato todas las cláusulas que quisieran (siempre que no estén prohibidas), así no existan normas legales que les atribuyan competencias; esto es, al margen de una permisión legal expresa.

Dos contra-argumentos podrían esgrimirse en disfavor de la réplica hecha anteriormente: el primero es que no resulta acertado sostener que con dicha interpretación del alcance de la autonomía de la voluntad aplicada a los órganos del Estado, la Subsección se haya apartado de lo que disponen los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Constitución, pues cuando se afirma que dicha autonomía permite pactar todo lo que no está prohibido, en últimas la que lo está permitiendo es la ley, porque es el Código Civil el que consagra tal principio; o sea que sigue habiendo una permisión legal expresa, aunque *mediata.* El segundo contra-argumento es que, al disponer el artículo 1602 del Código Civil que «[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes», el Legislador reconoce que el contrato puede ser también fuente de competencias administrativas y en tal medida, la vinculación positiva al principio de legalidad exigida por la Constitución se respeta.

Por supuesto, para responder a ambos contra-argumentos, se debe plantear la concepción que se tiene sobre la forma como debe operar la competencia en el ejercicio de las funciones estatales, pues este es el aspecto medular para decantarse por una de dos tesis: (i) la aceptación de que la autonomía de la voluntad es, ella misma, una competencia de actuación para las entidades que se rigen por el Derecho privado; competencia que se concreta en las cláusulas estipuladas en el contrato, que es «ley» para ellas o (ii) la negación de dicha tesis y, en cambio, la defensa de la idea según la cual así el Legislador permita la aplicación del Derecho privado en la actividad contractual de los órganos del Estado, la Constitución sigue gozando de eficacia directa en lo que se refiere a la exigencia de contar en cada caso con una habilitación constitucional, legal o reglamentaria previa para actuar; habilitación que no se satisface con solo citar la autonomía de la voluntad o el contrato, como si de una «ley formal» se tratara. Se considera que la segunda tesis es la que resulta admisible en el ordenamiento jurídico colombiano y, por tanto, la que desvirtúa los dos contra-argumentos vislumbrados. Esto, partiendo de la premisa de que las autoridades, para actuar, deben fundamentarse en competencias previas y expresas, consagradas en disposiciones normativas superiores y no en cláusulas genéricas —como la autonomía de la voluntad— que no reúnen tales atributos[[16]](#footnote-16).

Para continuar con el debate, se dirá por los defensores de la *huida del Derecho administrativo* en materia contractual, que la competencia no puede ser un requisito previo de actuación para las entidades públicas que desarrollan actividades industriales y comerciales en el mercado —tanto a nivel nacional, como internacional—, porque aquello no representa el ejercicio de una función administrativa —basta leer el fallo para observar que el Consejo de Estado niega que dicha actividad sea una función administrativa—. Entonces, al ser una actividad privada (continuarán sosteniendo), no puede vincularse a las autoridades a las rígidas ataduras formales del Derecho administrativo. No obstante, al margen de si la actividad es función administrativa o no, la Constitución no hace excepciones —tendría que haber una reforma de la misma si se quiere afirmar lo contrario—, pues la exigencia de contar con competencia normativa previa y expresa se da, no por la naturaleza de la conducta, sino por realizarse por parte de servidores públicos.

En conclusión, no obstante que en la sentencia analizada el Consejo de Estado señala como *ratio decidendi* que las entidades públicas sometidas al Derecho privado en su actividad contractual pueden pactar y aplicar directamente en sus contratos la terminación unilateral y otras potestades similares a las exorbitancias propias del Derecho administrativo, ya que gozan de autonomía dispositiva para la estipulación de este tipo de cláusulas accidentales, se considera que la máxima corporación de lo contencioso administrativo desconoció la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales que exigen una vinculación positiva —o sea, que impone la existencia de habilitación constitucional, legal o reglamentaria expresa y previa para actuar— por parte de los servidores públicos. Y se ha apartado del carácter imperativo del principio de legalidad, porque lo flexibiliza a tal punto que considera que la autonomía de la voluntad y el contrato pueden considerarse fuentes de competencia para dichas entidades. Sin embargo, no puede afirmarse que con el fallo se haya cambiado el paradigma de sujeción integral de las autoridades al ordenamiento jurídico, ni tampoco que, con fundamento en él, las entidades exceptuadas del EGCAP tengan el camino allanado para estipular e imponer sanciones por los incumplimientos del contratista. Mientras no exista una reforma legal al régimen de contratación pública que incorpore estos poderes, debe decirse que tales entidades carecen de competencia para sancionar, o, de manera más concreta, para terminar, modificar o interpretar unilateralmente el contrato, imponer la reversión o la caducidad, hacer efectivas en sede administrativa las multas, o la cláusula penal pecuniaria, para declarar mediante acto administrativo el siniestro o para liquidar unilateralmente el contrato, pues en la actualidad, estos poderes exorbitantes solo se reconocen legalmente a las entidades sometidas al EGCAP, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, o a las que, por disposición expresa del Legislador, a pesar de regirse por el Derecho privado, tienen la posibilidad de ejercer potestades excepcionales en ciertas circunstancias, como sucede con las empresas sociales del Estado o las prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Entretanto, como viene sucediendo, la autonomía de la voluntad, lamentablemente, parece que seguirá utilizándose como el «caballo de Troya» por entidades que, echando mano de providencias judiciales como esta, consideran que tal autonomía les permite actuar como particulares. Sin embargo, mientras el artículo 230 de la Constitución siga diciendo lo que dice, la jurisprudencia, distinta a la de unificación jurisprudencial, será criterio auxiliar de interpretación. Es más, aunque hubiera una sentencia de unificación jurisprudencial, en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, tampoco podría considerarse como disposición legal creadora de competencias administrativas.

**Bibliografía**

***Normativa***

Constitución Política de 1991

Ley 84 de 1873 (Código Civil)

Ley 80 de 1993

Ley 1437 de 2011

***Jurisprudencia***

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente (E): Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783). Actor: Ecopetrol. Demandado: Caribbean Oil and Services Inc. Asunto: Acción de controversias contractuales.

***Doctrina***

BELADIEZ ROJO, Margarita. *La vinculación de la administración al derecho*. En: Revista de Administración Pública, No. 153, Madrid, septiembre-diciembre, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo. Tomo II.* 9ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Abeledo Perrot, 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Los grandes principios del Derecho público (constitucional y administrativo)*. Madrid: Reus, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo.* Tomo I. Bogotá-Lima: Temis, Palestra, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo* *(poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

GARRIDO FALLA, Fernando *et al*. *Tratado de derecho administrativo.* Vol. III, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994.

HOMERO, *Odisea*. 3ª ed. (Traducción de José Manuel Pabón). Madrid: Editorial Gredos, 2013.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo.* Tomo I. Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1986.

SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

1. Profesor de Derecho administrativo. Secretario académico del Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente (E): Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783). Actor: Ecopetrol. Demandado: Caribbean Oil and Services Inc. Asunto: Acción de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-2)
3. La importancia de construir una teoría del Derecho administrativo desde una perspectiva sistemática ha sido un aporte de Eberhard Schmidt Assmann, en especial a partir de su obra *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003. [↑](#footnote-ref-3)
4. El calificativo es propio del fallo. [↑](#footnote-ref-4)
5. En efecto, como lo expone Schmidt Assmann, «la dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases constitucionales, se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución», la que en el sistema alemán —pero también en el colombiano—, consagra el postulado de «sometimiento a la ley y al Derecho» como uno de los pilares del sistema del Derecho administrativo (*Ibíd.*, p. 4.). [↑](#footnote-ref-5)
6. Entre otras, pueden mencionarse las obras de CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del Derecho público (constitucional y administrativo)*. Madrid: Reus, 2016, pp. 165-194.; GARRIDO FALLA, Fernando *et al*. *Tratado de Derecho administrativo.* *Vol. III*, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 18; SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo.* *Tomo I.* Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1986, p. 296; BELADIEZ ROJO, Margarita. *La vinculación de la administración al derecho*. En: Revista de Administración Pública, No. 153, Madrid, septiembre-diciembre, 2000, p. 315. Las consecuencias del principio de legalidad en la actuación administrativa se sintetizan por Eduardo García de Enterrría y Tomás-Ramón Fernández, del siguiente modo: «El principio de legalidad de la administración, (…), se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos.

   ”Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar, simplemente» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo. Tomo I*. Bogotá-Lima: Temis, Palestra, 2008, p. 423). [↑](#footnote-ref-6)
7. En efecto, varias disposiciones constitucionales permiten llegar a la conclusión de que la permisión legal expresa es una condición de validez de las actuaciones administrativas en el ordenamiento jurídico colombiano. Entre estas, cabe destacar el artículo 6, que, por una parte, prevé que «[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes» y posteriormente precisa que «[l]os servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones». También obran como fundamentos constitucionales de lo dicho, el artículo 121, al disponer que «[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley», el primer inciso del artículo 122, al prever que «[n]o habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento» y el segundo inciso del artículo 123, conforme al cual «[l]os servidores públicos (…) ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento». [↑](#footnote-ref-7)
8. Según se lee en las consideraciones de la sentencia, «el contrato de asociación celebrado por la Empresa Colombiana de Petróleos configura una modalidad negocial flexible, cuyas condiciones y términos, al tenor de los artículos 3° y 4° del Decreto Reglamentario 0743 de 1.975 - Código de Petróleos, son previamente adoptados por ECOPETROL, se encuentran sujetos al derecho privado, salvo que tuvieren cláusula sobre caducidad, y en uno y otro caso requieren, para su validez, la aprobación del Ministerio de Minas y Energía». [↑](#footnote-ref-8)
9. No obstante, resulta pertinente preguntarse: ¿Si el incumplimiento es el presupuesto de la terminación unilateral (ya decretada), ¿qué sentido tiene que el que decreta de manera extra-judicial la terminación unilateral por incumplimiento, luego le solicite al Juez la declaratoria de este último? Sin embargo, como se verá, el Consejo de Estado admite en la parte motiva de la sentencia, como pretensión judicial viable, la solicitud de declaratoria de incumplimiento (¡a pesar de existir una terminación decretada, que no se ha demandado!), tanto así que en la parte resolutiva del fallo declara el incumplimiento de la empresa asociada y la condena al pago de la indemnización de los perjuicios causados. [↑](#footnote-ref-9)
10. En efecto, la sentencia hace un completo análisis sobre los modelos contractuales que ha utilizado históricamente el Estado colombiano para la explotación y exploración de hidrocarburos. [↑](#footnote-ref-10)
11. Reza la norma: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». [↑](#footnote-ref-11)
12. De manera textual, la Subsección afirma lo siguiente: «el artículo 1602 del Código Civil prevé que el contrato incorpora un imperativo legal dentro de la relación negocial, y por cuanto nace de la voluntad de las partes, en principio, sólo su mutuo consentimiento puede llegar a invalidarlo.

    ”Así las cosas, la Sala se pregunta si las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas». La respuesta a esta pregunta, como se ha señalado, es afirmativa en el fallo. [↑](#footnote-ref-12)
13. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo* *(poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1983, p. 24. La frase textual del autor suizo se encuentra en la obra, citada por García de Enterría, H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaatm* en *Festgabe für Z. Giacometti,* Zürich, 1953, p. 56. [↑](#footnote-ref-13)
14. El pasaje se narra brevemente en el canto VIII (490-520) de la Odisea, cuando Ulises se dirige a Demódoco y lo insta de la siguiente manera «cambia ya de canción y celebra el ardid del caballo de madera, que Epeo fabricó con la ayuda de Atena y que Ulises divino llevó con engaño al alcázar tras llenarlo de hombres que luego asolaron a Troya. (…) Así dijo y el aedo, movido del dios, modulaba su canto desde el punto en que aquellos argivos, después de dar fuego a las tiendas, se hicieron al mar en las sólidas naves. Del caballo en la entraña escondidos, los otros en torno se agrupaban de Ulises ya en medio de Troya; los teucros por sí mismos lo habían arrastrado al alcázar y, erguido en mitad, discutían a su pie y en confuso alboroto. Tres sentencias allí se escuchaban: romper con el bronce implacable la hueca madera, llevarlo arrastrando a la cima y dejarlo caer por las rocas, guardarlo como ofrenda preciosa a los dioses. Y fue esta postrera la que luego se había de cumplir, pues conforme al destino la ciudad debería perecer una vez que albergase al caballo de tablas ingente en que estaban los dánaos más ardidos tramando a los teucros matanza y ruina» (HOMERO, *Odisea*. 3ª ed. (Traducción de José Manuel Pabón). Madrid: Editorial Gredos, 2013. [↑](#footnote-ref-14)
15. Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, referido a la normatividad aplicable a los contratos estatales, establece que «[l]os 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»; remisión que se completa con lo previsto en el artículo 32, que define los contratos estatales como «todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen» en la norma citada. Finalmente, la consagración normativa más contundente de la autonomía de la voluntad, como fuente del Derecho administrativo de la contratación estatal, se encuentra en el artículo 40 de la misma Ley, que —en lo pertinente—prescribe:

    «Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

    ”Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

    ”En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración». [↑](#footnote-ref-15)
16. Como sostiene Cassagne, «la competencia es la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales», y se caracteriza por tres reglas: «debe surgir de una norma, de rango constitucional, legal o reglamentario», «[s]u ejercicio constituye una obligación para el órgano o sujeto estatal y es irrenunciable en atención al interés público que motiva su establecimiento» y «[e]n principio es inderogable o improrrogable salvo que la avocación o delegación fueren procedentes» (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo. Tomo II.* 9ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Abeledo Perrot, 2009, pp. 185-188). [↑](#footnote-ref-16)