

**Análisis Económico del marco legal del Contrato de Suministro de Hidrocarburo
Petrolero y sus Principios Económicos Constitucionales**

Juan Camilo Echavarría Álvarez

Asesor: Juan Camilo Herrera Diaz

Artículo presentado como requisito para optar por el título de Abogado

Universidad de Antioquia

Facultad de Ciencia Políticas y Derecho

Curso: Análisis económico de los Contratos

Medellín

2022

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Resumen

En este artículo se estudia el contrato de suministro de hidrocarburos, su marco legal y comercial en Colombia, reglamentado por medio del Decreto 4299 de 2005, esta norma contempla una serie de requisitos a los agentes en la cadena de distribución de este bien, cláusulas que son de obligatorio cumplimiento para poder contratar en el sector de los petróleos, estas cláusulas se contraponen a los principios de libertad económica de empresa consagrados en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia. Con el propósito de conocer esta problemática se describieron los principios económicos y la Decisión 608 del 2005 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) la cual expone las relaciones contractuales y su importancia para el crecimiento empresarial y social. Se clasificaron las leyes que están relacionadas con dicho Decreto, para comprender su operatividad y función en el contrato. Asimismo, se examinaron las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que han abordado esta materia. Con este estudio se logró concluir que los jueces constitucionales y los operadores jurídicos no toman decisiones legales en cohesión constitucional respetando los principios económicos, sino guiados por la conveniencia de sectores privados.

Palabras clave: contrato de suministros de hidrocarburos, libertad económica, cadena de distribución, principios constitucionales, principios económicos.

Introducción

En este artículo se estudia el contrato de suministro de hidrocarburos desarrollado por medio del Decreto 4299 de 2005; el cual reglamenta una serie de cláusulas a los agentes en la cadena de distribución del petróleo. Este decreto, se estudió a la luz de la Decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia.

El artículo 22 del Decreto 4299 y sus párrafos 9, 11, 14, transgreden principios económicos y constitucionales, tales como la libertad económica de empresa, las sanas relaciones mercantiles, el buen desarrollo contractual y comercial. Por su parte, con la decisión 608 del 2005, la CAN busca la protección y promoción de la libre competencia en materia comercial y contractual regional, promoviendo el que no se presenten agentes comerciales que quieran abusar de su posición económica con el fin de consolidar el monopolio del mercado.

Por su parte, los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia, señalan los principios necesarios para generar buenas prácticas, proteger a la empresa como base del desarrollo económico y para la distribución equitativa de las oportunidades. Cabe aclarar aquí que, el Estado por mandato de la ley impedirá que se obstruya la libertad económica de empresa y se genere el abuso por parte de personas o empresas que gocen de una posición dominante dentro del mercado nacional.

Con el objeto de poder entender esta problemática contractual, se identificaron los antecedentes jurídicos del petróleo y sus primeros contratos, seguidamente, se analizaron conceptos doctrinarios de los principios de la económica en relación al desarrollo de los contratos comerciales en la sociedad y sus características, se clasificaron una serie de normas conexas con el contrato de suministro y con el decreto que lo regula; en razón de identificar la contrariedad que subyace dentro del contrato, del mismo modo, se describió la Decisión 608 del 2005 de la CAN, que recomienda sanas practicas comerciales en la región para el crecimiento económico, basado en las buenas costumbres mercantiles, y finalmente

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

se estudiaron y analizaron sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre dicha materia.

En este sentido, este estudio recopila un articulado de leyes y decretos que están enlazados con este contrato y con el Decreto 4299 y que se han conjugado en su desarrollo. El análisis normativo y dogmático inicio con la Sentencia C150 del año 2003, en la cual la Corte Constitucional, se pronuncia sobre la intervención del Estado en la económica y su responsabilidad en el deber de ser el guardián de las buenas relaciones contractuales de las empresas, por su parte, en la Sentencia C535 del año 1997 se hace un análisis de la competencia desleal y en la Sentencia T662 del año 2013, se nombran los derechos y obligaciones que deben cumplir los agentes en los contratos.

Por último, identificó un fallo del Consejo de Estado, el 11001-03-24- 000-2006-00184-01 el cual trata sobre el contrato de suministro de hidrocarburos y el decreto que lo desenvuelve, estos interpretos judiciales hicieron una relación de esta ley con los principios económicos constitucionales, donde concluyeron que en este asunto de los contratos debía primar la voluntad del Decreto 4299 de 2005 antes que los principios. Finalmente, este análisis jurídico dio como respuesta a esta disyuntiva contractual y legal que los que los jueces constitucionales y los operadores jurídicos interpretan esta norma no en armonía con los principios económicos constitucionales sino en favor de intereses particulares, esto se debe a la autonomía que gozan los titulares del derecho privado de moverse en cierta libertad discrecional y decidir ellos mismos sobre normas aplicables.

Este estudio es documental de tipo descriptivo, y se realizó con el objetivo de comprender la vida contractual de este convenio, la vulneración de derechos a uno de las gentes contratantes, el problema entre el Decreto y los principios constitucionales económicos, y la interpretación jurídica que le hacen sus operadores. Para el logro de los anteriores objetivos, este artículo fue diseñado en cuatro capítulos, en el primero, se identifican los antecedentes del contrato de suministro de hidrocarburos recopilando la información a lo largo del tiempo sobre el petróleo y su desarrollo comercial, en el segundo, se hace una descripción económica del contrato y sus características, en el tercero,

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

se analizan los principios económicos y en el cuarto, se estudian las normas y la jurisprudencia colombiana que ha tratado el tema.

1. Antecedentes del contrato de suministro de Petróleo.

Para entender el contrato de suministro de hidrocarburos se explorará un antecedente histórico, los tiempos de antaño en Colombia, ya que fue el descubrimiento del petróleo y la utilidad de este, que produjo un mundo comercial que dio razones para crear un contrato y una ley para reglamentarlo, la doctrina dice:

En 1541 tiempos de la colonia, en la Isla de Santo Domingo el cronista Gonzalo Fernando de Oviedo Valdés describió de la siguiente manera, el relato de Joan del Junco y Gómez, capitanes de la expedición Quesada realizada por el río Magdalena en 1543. Una jornada delante de Lator, donde van a desembocar los bergantines hay una fuente de betún que es un pozo que hierve y corre fuera de la tierra, entrando por la Montaña al pie de la sierra y es gran cantidad de espeso color, los indios lo traen a su casa para untarse al cuerpo porque es bueno para el cansancio y fortalecer las piernas. (Prada, 2014, pág. 4)

Fueron estos hechos, lo que vieron los expedicionistas en esta fuente negra, que llamaron la atención de los comerciantes de la época, el uso que le daban los indios que lo utilizaban como fuente de combustible, se inicia un interés por el valor que yace en este mineral. Surge la idea por explotarlo y comercializarlo, lo que trajo la visión de crear acuerdos entre los interesados.

A este descubrimiento se manifiesta la primera concesión de explotación, el Acuerdo de Mares, fue la primera ruta legal reconocida por el Estado del momento, contrato suscrito y otorgado al señor Roberto de Mares, de ahí el nombre que lo caracteriza:

Roberto de Mares, quien fue la primera persona que suscribió un acuerdo en el área

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

de Carare y Opón justamente donde Gonzalo Jiménez de Quesada habían visto las primeras apariciones del hidrocarburo, publicado en el diario oficial el 7 de marzo de 1906. Este fue el primer contrato que se suscribió para la explotación del crudo. En el periodo de 1921-1951 marca el desarrollo de la industria petrolera con el hallazgo de campos en el Magdalena medio, Catatumbo y valle inferior de Magdalena medio. La primera concesión de Mares para la explotación de fuentes de petróleo el contrato de Concesión de Mares en noviembre 28 de 1905 y fue aprobado dos años más tarde por el Consejo de ministros. Fue publicado en el diario oficial: 12.589 el 7 de marzo de 1906. En El año 1903 Se dictan las primeras reglamentaciones petroleras ley 30 de 1903 art 5. Ningún contrato que el gobierno celebre para la enajenación o explotación de las minas de carbón, depósitos de asfalto y petróleo o gas natural perteneciente a la misma, será válido sin la aprobación del Congreso. (Prada, 2014, págs. 4,5)

Así se dictan las primeras disposiciones para la explotación del hidrocarburo, fue la concesión de Mares que sentó la primera ruta de exploración y explotación de este bien para luego ser comercializado. No había ningún marco legal sobre la forma en que se debía desarrollar esta ruta comercial, solo el derecho a explotarlo y comercializarlo. Por medio de “Concesión de Mares,” que fue aprobada por el Congreso año 1905. Con la llegada del Código de Petróleos, Decreto 1065 del año 1953 que se dieron las primeras disposiciones sobre el manejo distribución del crudo. Artículo 2 de este decreto “El petróleo de propiedad de la Nación, sólo podrá explotarse en virtud de los contratos vigentes celebrados con anterioridad a este Código, y de contratos que se inicien y perfeccionen de conformidad con él.”

Este principio marcó un camino para que el gobierno iniciara la explotación a través de concesiones por medio de entidades que tenían el músculo financiero para invertir, porque este no tenía la capacidad financiera ni el conocimiento técnico para realizar la extracción. Debido a los altos costos que implica realizar la explotación del

hidrocarburo, que genera rentabilidad a largo plazo se delegó esta explotación a privados y estos debían pagar una contraprestación al obtener ganancias (Decreto 1065, 1953).

En este decreto se encuentran las normas que desarrollan la extracción, explotación, refinación y comercialización, debido a que este bien era de alta demanda se volvió recurrente su comercialización, lo que combirtió en contrato de hidrocarburos en “suministro.” Los particulares que se iban a encargar de esta operatividad debían cumplir con las disposiciones que contenía este decreto no solo por un tema comercial sino también por el alto riesgo y cuidado que implica manejar crudo, esto con el fin de asegurar el abastecimiento periódico y un servicio de calidad a la población. Se inicia una red de distribución de trato sucesivo entre los particulares y el Estado, es decir: “Este contrato es de carácter estatal permite que el organismo público delegue una operación de servicio público al sector privado, donde este último se obliga a pagar al Estado una contraprestación o regalía por la explotación de este recurso” (Prada, 2014, pág. 10). Asimismo la sentencia T662 de 2013 referencia lo siguiente sobre la responsabilidad contractual:

A su vez este contrato también contiene cláusulas, derechos y obligaciones que deben cumplir los contratantes, para garantizar seguridad jurídica a los contratantes. Esto quiere decir que las relaciones jurídicas se definan y no queden en suspenso a lo largo del tiempo. De acuerdo con ello no ejercer un derecho u obligación, implica una sanción a su titular. (Sentencia T662, 2013)

Este concepto jurídico describe la importancia de asumir las obligaciones en el mundo contractual con el mayor compromiso, en suma, que estos acuerdos en este sector de los hidrocarburos implican una responsabilidad social por el uso final que tiene el petróleo, cubrir una necesidad.

En este punto que se acaba de leer se puede ver un contrato más formalizado, con una serie de compromisos que las partes deben asumir al momento de pactar. Pero, hasta aquí a un no había una ley marco que definiera los requisitos y obligaciones a los agentes

en esta práctica, solo pautas que debían seguir. Esta norma anteriormente mencionada Decreto 1065 de 1953, no desarrolló el contrato de hidrocarburos en su totalidad, sobre los requisitos que deben tener los agentes contratantes en la práctica, si había un “suministro” un abastecimiento regular en la sociedad, pero no, una norma que lo declarara como tal solo referencias a competencias de explotación y comercialización entre el Estado y los privados.

Fue con la llegada del Código de Comercio, año 1971, que expide la Presidencia de la República de Colombia, el Decreto 410 de 1971, que dio partida al contrato de hidrocarburos como suministro y servicio, el Artículo 968 lo menciona así: "El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios" (Decreto 410, 1971, pág. 65). Aquí los agentes tienen unas obligaciones más específicas, unos roles, un vendedor, un comprador y un compromiso de prestar un servicio público en periodos de tiempo, porque en ley anterior solo habían personas explotando y comercializando, no tenían una definición precisa dentro de un marco legal. Ahora en el siguiente capítulo, se definirá las características del contrato, los roles y responsabilidades de cada uno de los intervinientes.

2. El contrato de suministro de petróleo sus características, y la naturaleza jurídica en Colombia

Retomando el decreto 410 de 1971 Código de Comercio que reglamenta el contrato de Suministro de la siguiente manera el artículo 968 del Código de Comercio: “El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios” (Decreto 410, 1971, pág. 65). Los agentes contratantes son reglados, se ponen de acuerdo en formar una relación para prestar servicios, realizan una asociación entre ellos, para una distribución periódica del petróleo, a un destinatario final que lo consume a cambio de un precio económico.

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Díaz.

En el concepto doctrinario el suministro es un bien y un servicio determinado, esto es: “bajo condiciones que aseguren la satisfacción de la necesidad requerida por el usuario final, previa negociación integral que involucre los aspectos óptimos de calidad, oportunidad y costo atendiendo los precios y características del mercado” (Parra, 2013, pág. 6). El fin del suministro es abastecer periódicamente en condiciones de calidad al consumidor del hidrocarburo. Donde este último paga un precio que el mercado fija en unos criterios de oferta y demanda del bien así lo describe la doctrina: “La oferta y la demanda son las dos fuerzas que hacen que las economías de mercado funcionen. Estas fuerzas determinan la cantidad que se produce de cada bien y el precio al que debe venderse” (Mankiw, 2012, pág. 65).

Este suministro dentro del marco legal y contractual es típicamente mercantil, esto quiere decir que está regulado en una ley, en cuya regulación cabe muchísimo espacio para la “libertad contractual”, esto significa que las partes contratantes tienen gran autonomía para decidir que pactar, hacer y que no hacer en el contrato. A esto se integran las normas imperativas de la compra-venta comercial, artículos 905 a 967 del Código de Comercio y de los demás contratos a los que correspondan las prestaciones, artículo 980 del Código de Comercio. Esto quiere decir que lo que no se encuentre dentro del contrato debe ser atendido por las normas generales de los contratos así lo explica el autor Parra anteriormente citado (Parra, 2013).

Las normas generales del contrato, tratan sobre la promesa de compra venta, el intercambio de bienes o servicios y el pago, este puede ser en “dinero o especie.” En relación a las normas generales del contrato se hace esta claridad porque el pago se puede hacer en diferentes maneras según lo acuerden los contratantes y también porque en los contratos en la libertad que tienen las personas para acordar cosas, colocan obligaciones que pueden ir en contra del orden público y las buenas costumbres mercantiles, esto se da porque las personas hacen contratos y estipulan cosas o pagos que en el tiempo no quieren o pueden llevar, o porque entendieron una cosa en el principio y al pasar el tiempo

interpretan otra cosa diferente acarreándoles problemas (Velasquéz, 2010). Esto sucede porque que no se asesoran de un opeador juridico.

2.1. Características del contrato de suministro

La doctrina lo caracteriza de la siguiente manera, en relación a los artículos 968-980 del Decreto 410 del Código de Comercio Colombiano:

El Código de Comercio en su regulación no establece formalidad alguna para su formación y perfeccionamiento, lo que quiere decir que basta con el acuerdo verbal de los contratantes sobre los factores esenciales para que el contrato exista entre ellos y genere las obligaciones propias de esta forma de contratación. Sin embargo, por la seguridad de las partes para el ejercicio de sus derechos recíprocos aconseja que se materialice por escrito. (Sanín, s.f., pág. 63).

Se puede resaltar de esta definición que lo más importe de este acuerdo es que sea por escrito, así quedará consignado la voluntad de las partes contratante y en caso de desacuerdo poder reevaluar las condiciones que allí mencionaron. igualmente, porque las personas en el tiempo olvidan “lo que dicen”, hacen y a “lo que se comprometen.” A esto el Código Civil Colombiano hizo una excepción a la regla dice: Poderse retractar del negocio, pero esta posibilidad debe quedar pactada en el escrito, articulo 1939: “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra” (ley 57, 1887). Así en caso que los contratantes quieran desistir del negocio poder retroceder, esta cláusula debe quedar escrita en el contrato. (Velasquéz, 2010)

En esta relación contractual y comercial que nace, comprende un sin número de requisitos, el citado autor Sanín dice sobre este punto lo siguiente: capacidad de las partes, objeto licito, condición el pago, si es en dinero o especie, forma de pago, ajustes en el precio, cláusulas arbitrales, estas dirimen las diferencias que tengan los contratantes por

medio de un laudo arbitral, esto se lleva a cabo en un tribunal de arbitramento, por voluntad de las partes. Precios de venta al público, seguros en caso de pérdida o mal manejo del bien, mantenimiento y conserva, obligación de denuncia en caso de un mal manejo del producto o su calidad. publicidad, quien estará a cargo, permisos o prohibiciones de subcontratar. Cambios frente a los agentes, en el caso en que surja la necesidad de traspasos y los agentes sean cambiados por otros, cambios imprevistos tanto el bien como entre las partes (Sanín, s.f.). Sobre estos compromisos este autor sintetiza lo subsiguiente:

Un contrato en el cual se recojan todas las incidencias y características de la relación económica y comercial subyacente, servirá de buena manera a los intereses de las partes, permitiendo esa necesaria armonía activa entre la realidad y la regulación, indispensable para que el documento reporte beneficios a los contratantes en lugar de convertirse en un obstáculo para el desarrollo normal de las relaciones (Sanín, s.f., pág. 61).

El contrato también debe comprender unos los elementos esenciales: “objeto: son las prestaciones periódicas del servicio. Causa: Las razones que llevaron a las partes a celebrar el contrato y los sujetos: las partes o personas que se comprometen una con la otra a prestar el bien” (Sanín, s.f., pág. 61).

2.2 La naturaleza del contrato de suministro

Se puede observar según lo analizado de este contrato hasta el momento, que nace una relación jurídica económica, entre dos partes un proveer y un comprador frecuente que necesita abastecerse periódicamente, Sanín nos dice lo siguiente sobre este tipo de relación contractual:

la necesidad del comprador recurrente consumidor de garantizarse el abastecimiento de las materias o los productos que requiere para su actividad comercial o industrial o de servicios; y la seguridad recíproca del vendedor repetitivo proveedor de consolidar su demanda de bienes o productos, de estabilizar su clientela y sus despachos, y de

establecer anticipadamente un criterio sobre el precio del suministro (Sanín, s.f., pág. 60).

Frente a las responsabilidades y condiciones en este tipo de contrato encontramos esta interpretación: “Por su misma naturaleza de contrato de ejecución sucesiva o de trato repetitivo, perpetúa en el tiempo una relación en la que se satisfacen necesidades continuas; proveedor y consumidor encuentran en esta convención la regulación de su relación permanente” (Sanín, s.f., pág. 23). Estos contratos se mantienen en el tiempo, debido a que el bien que se distribuye tiene una alta demanda, como fuente de combustible y debe abastecerse regularmente, esto se traduce en una operación continuada, que conlleva a que las partes estén en una constante renovación y actualización del contrato; cambiando y poniendo nuevos requisitos u cláusulas que son los aspectos que más traen dificultades entre las partes por la forma en que cada uno interpreta lo que entiende.

Es frecuente pactar cláusulas en el contrato para prevenir posibles desacuerdos en el futuro, porque como ya se dijo, sucede que una cosa es lo que se pacta y otra lo que cada parte va entendiendo en el tiempo. Es importante que dentro del contrato de suministro de hidrocarburos queden consignadas por las partes, las cláusulas y condiciones, ya que no hay una ley que desarrolle en concreto que debe ir dentro del Contrato, pero es justamente este derecho de libertad contractual que faculta a las partes de pactar dentro del contrato todo lo que deseen, siempre y cuando estas no afecten el orden público, las buenas costumbres y la buena fe, así lo explica la teoría del negocio jurídico. (Velasquéz, 2010)

Las cláusulas son una disposición dentro de un contrato que es exigible por las partes del contrato cuando una de ellas incumple alguna de sus responsabilidades, es decir: El artículo 1091 del Código Civil determina que los “contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes, y que deben cumplirse al tenor de los mismos.” Son las cláusulas que determinan de qué forma será exigible esa obligación, frente a las cláusulas se debe tener especial atención al pactarlas, porque como dice el autor Velásquez en la teoría del negocio jurídico “una cosa es lo que se pone en el papel y otra cosa es como cada parte lo entiende.”

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Entonces debido a la interpretación de los escritos, cobra gran importancia que en las cláusulas las partes dialoguen el significado de estas para evitar la exigibilidad y una de ellas quede afectada, y pidan la asesoría de un operador jurídico que les explique el significado y consecuencias de ellas, porque es por desconocimiento que los agentes pactan cláusulas que en el tiempo no son capaz de soportar y ahí es cuando se ven afectados en su patrimonio e integridad. (Velasquéz, 2010)

2.3 Agentes del contrato de suministro

Para efectos de este trabajo se caracterizará en dos contratantes del suministro de hidrocarburos, el distribuidor mayorista y el minorista que es el que se ve afectado en este contrato y los requisitos para que puedan ser prestadores del servicio del hidrocarburo. Tal objeto se encuentra regulado en la ley marco que reglamenta el contrato de suministro de hidrocarburos, el Decreto 4299 de 2005 artículo 4:

Distribuidor mayorista: Toda persona natural o jurídica dedicada a ejercer la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, a través de una planta de abastecimiento, la cual entrega dichos productos con destino a la(s) planta(s) de otro(s) distribuidor(es) mayorista(s), a los distribuidores minoristas o al gran consumidor, conforme a lo señalado en el Capítulo V del presente decreto. Distribuidor minorista: Toda persona natural o jurídica dedicada a ejercer la venta de combustibles líquidos derivados del petróleo al consumidor final, a través de una estación de servicio, o como comercializador industrial, en los términos del Capítulo VII del presente decreto. (Decreto 4299, 2005, pág. 4).

El Código de Petróleo colombiano define por medio del Decreto 4299 de 2005 la reglamentación y establece los requisitos a los agentes mayorista y minorista en la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo: Artículo 1° “Objeto de este decreto es establecer los requisitos, obligaciones y el régimen sancionatorio, aplicables a los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo:”

Parágrafo 1°. La refinación, almacenamiento, manejo, transporte y distribución de los combustibles

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

líquidos derivados del petróleo son considerados servicios públicos que se prestarán conforme a la ley, el presente decreto y demás disposiciones que reglamenten la materia. Parágrafo 2°. Los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo regulado por el presente decreto, enunciado en el artículo 61 de la Ley 812 de 2003, prestarán el servicio en forma regular, adecuada y eficiente, de acuerdo con las características propias de este servicio público. (Decreto 4299, 2005, pág. 2) (Ley 812, 2003).

De esta norma se puede comprender que el abastecimiento del hidrocarburo es un servicio público, es el Estado quien tiene la competencia de regularlo, esta regulación la realiza por medio de agentes privados o empresas estatales, que deben cumplir una condiciones para que la prestación de este servicio sea adecuado y suficiente a la demanda social. El Estado debe encargarse de la oferta y demanda de ciertos servicios para satisfacer necesidades básicas y asegurar acceso a la población. El abastecimiento de este servicio contribuye al bienestar social entre los ciudadanos. Los encargados de este servicio son los agentes privados que deben reunir los requisitos de ley para poder ser prestadores, y esta participación de los particulares reúne unos elementos, de los cuales el más importante es la equidad, principios económicos constitucionales que son las garantías de los agentes contratantes. La equidad entendida en este contexto como la “oportunidad que tienen los emprendedores al prestar este servicio, y obtener un trato digno e igualitario ante la ley.” (Constitución Política de Colombia, 1991)

La prestación de este servicio debe ser remunerada y sustentable de esta forma el Estado contribuye al desarrollo económico empresarial. Esta obligación del Estado ha llevado a que se delegue a privados funciones administrativas, como lo es este servicio de los combustibles, estos agentes en la cadena de distribución deben cumplir unas directrices regulatorias y no abusar de sus ventajas y funciones por cumplir un rol administrativo, es decir que los precios de este bien sean accesibles en el mercado. Asimismo, el Gobierno como responsable por el crecimiento económico, debe garantizar el abastecimiento bienes y servicios de forma razonable y sustentable a las necesidades de la población, la Constitución lo prescribe:

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Hasta aquí se define que este contrato es una actividad económica entre particulares y el Estado, que este por mandado Constitucional interviene, para garantizar la equidad y la libre competencia entre los agentes del servicio, con el objetivo de garantizar el desarrollo económico empresarial tema que se tratará en el capítulo siguiente. Los agentes contratantes de los hidrocarburos mayoristas y minoristas, tienen derechos y obligaciones que están reglamentados en este decreto 4299 de 2005, para realizar un trabajo óptimo y de calidad basado en unos principios de oportunidad e igualdad y sostenibilidad tutelados en la Constitución que garantizan un trato equitativo.

3. Análisis económico del contrato de suministro de hidrocarburos.

El contrato de suministro de hidrocarburos integra la prestación de bienes y servicios, con el propósito de satisfacer necesidades sociales. Este modelo es un trabajo colaborativo de las personas en el cual los recursos naturales se transforman en bienes y se intercambian por un valor económico. El Estado es el responsable de garantizar que la prestación de este servicio sea de óptima calidad.

Este contrato cobra relevancia en su ejecución, en la medida que crea y modifica obligaciones que los contratantes pactan, para precisar este concepto se tomarán algunas

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Díaz.

ideas del escritor economista Gregory Mankiw de su libro Principios de Economía dice: “la libertad de contrato es parte esencial de la economía de mercado. Las empresas y los particulares utilizan contratos para acordar intercambios mutuamente ventajosos” (Mankiw, 2012, pág. 245).

Esto es importante conocerlo en la medida que se entiende que se vive en un mundo en el que para dar garantía y seguridad a los compromisos y responsabilidades que se adquieren es imperativo si ello, se hace por escrito mediante acuerdos. Esto con el fin de que las partes de un contrato queden aseguradas con lo que cada una se compromete a realizar, hacer, o dar, o no hacer. Porque en estos contratos va de forma “implícita” derechos, en el sentido que lo que acuerdan las partes se convierte en obligaciones una vez estos dan su consentimiento y firman el contrato, pero, por lo general las personas no leen totalmente los contratos y no saben que consecuencia deben cumplir si faltan con lo acordado. (Velasquéz, 2010).

Por esta razón es muy importante que estas personas que pactan este contrato sean capaces de cumplirlo. En mayor medida este tipo de contrato que contiene un servicio público indispensable, es fundamental que los agentes prestadores de este servicio sean idóneos.

Para poder cubrir las necesidades de la sociedad es necesario buscar personas que puedan realizar esta empresa y como tal deben responsabilizarse a cumplir a cabalidad con la tarea, el Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887, en su artículo 1495 proporciona un referente de lo que significa contrato: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” (Ley 57, 1887) Esta ley trae una definición más exacta de lo que es un contrato, un acuerdo voluntario entre personas que se comprometen a hacer o no hacer algo, este cobra relevancia en la medida que las partes contratantes se obligan voluntariamente a realizar una tarea y pagarla por un valor económico. Tal tarea es de gran valía porque este contrato configura la prestación de un servicio público que es importante para la sociedad por la demanda que tiene el pretróleo en su uso como combustible. Por

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

eso es fundamental que en las personas que recae esta responsabilidad sean competentes para la tarea, Mankiw trae una deficiencia en relación a la importancia de encomendar:

Al igual que una casa, la sociedad enfrenta numerosas decisiones. Una sociedad debe encontrar la manera de decidir qué trabajos deben realizarse y quién llevará a cabo estas tareas. Se necesitan personas que trabajen la tierra, otras que confeccionen ropa, otras que diseñen programas para computadora. En fin, una vez que se han asignado las diversas tareas a los individuos que las llevarán a cabo (así como la tierra, los edificios y las máquinas) deben designarse, de igual manera, los diferentes bienes y servicios que serán producidos. (Mankiw, 2012, pág. 3).

El Estado es el responsable de velar por el abastecimiento de bienes en la sociedad, esta tarea conlleva a que esté tomando un sinnúmero de decisiones a diario y delegue funciones a diferentes personas, la satisfacción de las necesidades sociales depende de la capacidad del Estado en la provisión de bienes y servicios. Éste, no es capaz de cumplir con todas las responsabilidades por cuenta propia, así que, debe buscar agentes competentes, personas íntegras, que puedan cumplir estas funciones, que garanticen el abastecimiento de los bienes a través de medios de producción y suministro. Esto se realiza por medio de la Contratación, el Estado busca agentes contratistas, particulares que puedan ser capaces de cumplir con esta responsabilidad compartida, es decir:

En el marco institucional de hidrocarburos, los particulares y el Estado comparten funciones en relación con las acciones de explotación, producción, transporte, refinación y comercialización, esta situación se ha venido fortaleciendo cada día más en la búsqueda por potenciar el desarrollo del país, generar mejores condiciones de efectividad y eficiencia, ser más competitivos en el mercado, desarrollar la libertad de empresa y fortalecer los modelos económicos (Prada, 2014, pág. 6).

Ahora se establece la importancia de estos contratos para la sociedad, está desde el marco Constitucional que persigue un fin social y desarrollo económico, recoge el principio de libertad económica de empresa, donde los emprendedores tienen la capacidad de prosperar a través del ejercicio de la actividad económica dejando que otros hagan lo mismo. Tales comerciantes pueden realizar esta función dentro de los preceptos

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Díaz.

constitucionales economicos mediante un marco legal que reglamenta la oferta y demanda de bienes, basados en criterios de equidad y oportunidad.

La economía es un engraje de piezas como se ha visto a lo largo de la lectura, de toda esta maquinaria se clasificarán dos en relación a este análisis, la eficiencia y la equidad, para comprender como debe ser el desarrollo economico en la sociedad. “Para la economía la eficiencia es la posibilidad de extraer la mayor cantidad de recursos, teniendo en cuenta que estos son finitos” (Mankiw, 2012, pág. 37). La sociedad extrae la mayor cantidad de recursos naturales para su consumo, y se debe tener presente que estos recursos son limitados por eso debe haber una moderación en su explotación. La equidad, este principio se caracteriza por la forma de distribución de esos bienes. “La equidad significa que la sociedad distribuye según las capacidades esos beneficios entre sus miembros” (Mankiw, 2012, pág. 37).

El multicitado autor Mankiw dice que estos dos principios son como un pastel ... “La eficiencia sería el tamaño del pastel y la equidad la manera en cómo se reparte”. Relacionando estos dos conceptos con el contrato de suministro; la eficiencia: Es la oportunidad que tiene el Estado de delegar este servicio público a particulares y la equidad: Sería la forma de entregar a los particulares estos bienes. Estos postulados tienen un fin social y económico, asegurar el bienestar y desarrollo según los principios Constitucionales.

Es obligación del Estado promover el emprendiendo de empresa, que todas las personas tengan la posibilidad de emprender en el sector económico, es decir, que en este caso los agentes de suministro tengan eficiencia y equidad, que estas personas puedan tener la oportunidad de emprender, las capacidades económicas y técnicas y las garantías constitucionales para proteger sus derechos personales y económicos, respetando los límites fijados, no abuso y sostenibilidad en la explotación de los recursos naturales como la prescribe la Constitución:

Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades (Constitución Política de Colombia, 1991).

En la teoría jurídica de la Constitución se comprende que estas directrices están diseñadas para unos fines sociales y oportunidades en equidad, es decir que todos puedan participar. Ahora se pasará este concepto a la cotidianidad, es decir, cómo se desarrollan estos principios económicos en la vida social: La equidad y eficiencia es fuertemente objeto de críticas por diferentes medios y grupos sociales que no ven en la práctica esa equitativa distribución, el autor Mankiw hace un examen a estos dos principios en un ejemplo: “Subsidios a los empresarios como mecanismo para mejorar las fallas económicas” (Mankiw, 2012, pág. 386). Los subsidios causan dolores como de parto en la sociedad debido a la forma en que el Estado los distribuye, “siempre habrá gremios descontentos porque estos creen que los subsidios se deberían destinar a esto o aquello, mejorar la calidad del servicio de salud, o mejorar la cobertura en educación” (Mankiw, 2012, pág. 48) ¿Qué es lo mejor? Habría que mirar a cada polo y ver que tan apremiante son las necesidades de cada uno y en qué proporción y medición se podrían destinar. Hay personas que necesitan mucho, otras que necesitan poco y las que no necesitan que pueden abastecerse por sus propios medios, pero, quieren acapararlo todo... la equidad se va volviendo un asunto de difícil manejo en la economía, miremos un ejemplo colombiano.

En el caso colombiano en el cual algunos grandes empresarios se benefician de subsidios que no necesitan, se favorecen de exención en impuestos y marcos legales que favorecen sus intereses, mientras que el mediano y pequeño empresario, que más necesita respaldo y garantías para hacer creer su negocio es de los que más tiene que pagar impuestos y menos subsidios le brinda el Estado. Esto es importante para ir analizando las fallas del Estado en la forma que distribuye los subsidios o crea leyes burocráticas, tema que se abordará posteriormente. Este problema lo cuenta la monografía aportes y desafíos de la responsabilidad social empresarial en Colombia (Roberto , Avella, & Villar, 2006),

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

que rastrea las responsabilidades que tienen los empresarios dentro del Estado social, en la contribución por sus ganancias económicas y el modelo ejemplar que deben seguir por la gestión social que desarrollan.

Lo relevante de estos preceptos económicos es la eficiencia y equidad, pasar estos dos principios a la función administrativa del Estado en relación con el modelo contractual, en este caso, el marco legal del contrato de suministro de hidrocarburos, el Decreto 4299/05 que ha generado una gran dificultad a una de las partes contratantes el empresario minorista, una de las razones de esto es la siguiente: “La atomización legislativa que repercuten en la burocratización de procesos los cuales inciden directamente en la libertad de empresa y las posibilidades de un mayor desarrollo a partir de esta actividad económica” (Prada, 2014, pág. 3). Esto significa que al momento de formular la ley se dejó sin eficiencia y equidad a una parte contratante, en el entendido que se burocratizó algunos renglones de este decreto, los funcionarios encargados de desarrollar esta norma, se desbordan en sus competencias, asignan responsabilidades de más a unos, lo que se traduce en una carga legal y desproporcionada. Mientras favorecen a otros, facilitando o protegiendo intereses particulares, al desarrollar cláusulas aventajadas para unos. Esta es la disyuntiva que se encuentra en este decreto, el agente minoritario debe cumplir con unos requisitos legales que no le favorecen, contrario a lo que sucede con el agente mayorista que se beneficia de este marco legal que protege sus intereses, marcándole pautas que lo conducen a monopolizar, esta ley abre un espacio para que se pacte cláusulas que son lesivas al agente minoritario; lo que impide que este transite libremente por los principios constitucionales como la libertad económica de empresa. Qué dice este decreto sobre el clausulado que es desigual:

Artículo 22 # 11 Abstenerse de adquirir combustibles simultáneamente de dos o más distribuidores mayoristas. #14 Exhibir la marca comercial del distribuidor mayorista del cual se abastece, en el caso de la estación de servicio automotriz. Asimismo, no podrá vender combustibles de otra marca comercial diferente a la que tenga exhibida. (Decreto 4299, 2005).

Esta regla es arbitraria al principio Constitucional, porque restringue la libertad económica de empresa del agente minorista, que dice la Constitución frente a la actividad empresarial:

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (Constitución Política de Colombia, 1991).

El emprendedor minorista se ve afectado por la razón de que en el tiempo si encuentra una mejor oferta, no puede tomarla, entonces el principio de la libre competencia queda coartado, porque este agente tiene una cláusula dentro del contrato que es un requisito de ley, privándolo de los principios económicos constitucionales, al decirle que debe abstenerse de comprar simultáneamente a varios competidores. Entonces el mayorista sale favorecido, porque esta cláusula hace que este pueda someter desde lo legal al minorista lo que se traduce en un monopolio. Siguiendo este orden de ideas el mayorista tiene un marco legal hecho para proteger sus intereses. Lo grave es que son las instituciones públicas y sus funcionarios que diseñan estos marcos legales, no basados en los principios de eficiencia, equidad y libre competencia como lo prescribe la Constitución, sino, partiendo de la idea de proteger intereses económicos a una sola parte o clientelar la norma, la doctrina dice sobre este asunto:

La creación de varias instituciones de carácter público sub especializadas que burocratizan los procesos administrativos y dificultan el desarrollo de una gestión eficiente y eficaz, pero, además, en el marco legal existe una gran gama de disposiciones normativas segregadas, concretas que funcionan de manera atómica y particularizada que dificulta en la práctica el desarrollo de estas actividades económicas contractuales. (Prada, 2014, pág. 5)

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Este tipo de actos dejan al descubierto que los funcionarios jurídicos, operadores publicos, interpretes y creadores de normas, que son las personas que fueron constituidas y elegidas por el pueblo, porque se creía que eran idoneas para crear la ley, proteger los principios de la libertad de empresa y los intereses de la sociedad, insertan dentro de estas conceptos que no son propios del sano desarrollo juridico y la progresividad económica Constitucional, estos principios se aboradaran en el proximo capítulo.

4. Derecho económico del contrato de suministro de petróleo y su marco Constitucional

Para estudiar cómo interviene en derecho económico en este contrato se tomarán los principios constitucionales económicos y relación. La Constitución colombiana en su Artículo 333 y 334 dispone un principio que hace parte del desarrollo económico que el Estado toma como base para reglamentar la libertad económica de empresa y la práctica contractual. Con el fin de que de forma progresiva se alcancen los objetivos del “Estado social derecho” en el sentido de equidad y oportunidad para promover el emprendimiento, dentro de los “límites del bien común.” “Que ninguna persona o entidad se apropie individualmente de las actividades comerciales para su interés personal”. En razón de proteger estos principios, se amonesta a la responsabilidad y al no abuso de derecho entre los agentes particulares. Pues el Gobierno cuando delega un servicio público en las manos de privados les está confiando que actuarán dentro del marco legal y que obrarán de buena fe con los otros agentes contratantes. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Para cumplir con este principio de equidad económica, El Departamento Nacional de Planeación (DNP) es la entidad encargada de liderar el desarrollo del país. Depende directamente de la presidencia de la república, “que impulsa las estrategias, en el campo social, económico y ambiental, por medio del diseño, orientación y evaluación de políticas públicas. Manejo y diseño de la inversión pública y se coordina con los ministerios y entes territoriales” (Prada, 2014,). Con el fin de perseguir los postulados de bienestar social, promover el emprendimiento, y crecimiento económico, no solo en el marco nacional sino

también internacional. Esta entidad promueve el emprendimiento en la sociedad, crea las condiciones idóneas para que la empresa crezca y se cumplan los fines económicos del Estado, como política pública, y puedan participar las personas en el entendido de crear empresa en el sector de los hidrocarburos guiados por los planes de desarrollo del gobierno.

En el mismo sentido la Comisión Andina de Naciones, de la cual Colombia es miembro, desarrolló la Decisión 608 en el 2005, Acuerdo que fue realizado en la ciudad de Cartagena Colombia y ratificado por los países miembros de aquel entonces. Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, en sus artículos 2 y 3 del capítulo II, reglamenta lo siguiente: “artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores” (Comunidad Andina de Naciones, 2005, pág. 2). Este Acuerdo es importante porque abre el camino de las rutas económicas y contractuales al desarrollo empresarial y social, no solo de un país, sino que promueve la cooperación entre los países que son miembros de esta Comunidad. Hace un llamado a crear sanas relaciones contractuales económicas en la región, asimismo dice:

El artículo 3: La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de: a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género; b) Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales; y, c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo

establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado (Comunidad Andina de Naciones, 2005, pág. 2).

Estos principios aconsejan lo importante que es promover y proteger el emprendimiento empresarial y económico para contribuir con el progreso del país. En la actualidad vivimos en una comunidad global, dependemos unos de otros en la vida económica, por ello es imperativo brindar mecanismos de protección, principios de equidad, producción, sostenibilidad, igualdad, para el desarrollo económico de la nación. La doctrina aconseja lo siguiente sobre el emprendimiento:

Impulsar el progreso del país, la dinamización de los sectores económicos constituye una de las estrategias más importantes dentro de las alternativas propuestas en la planeación nacional. la explotación de hidrocarburos, que se instituye como una de las grandes fuentes de riqueza en Colombia y que con su explotación buscará generar crecimiento sostenible y mayor equidad social, regional. (Prada, 2014, pág. 3).

Los principios constitucionales económicos, aunque no están enmarcados en la ley que regula el contrato de suministro de hidrocarburos, deben estar presentes en los agentes al momento de leer los requisitos que se enmarcan para poder contratar con el fin de cumplir con los principios de la libertad económica de empresa. Dada la importancia que representa este contrato en el sector de los hidrocarburos y los presupuestos económicos, y su finalidad para la sociedad como fuente de combustible. Por tal razón este servicio es categorizado como de los principales en materia de desarrollo económico por la Constitución, aunque sean los particulares sus prestadores, es el Estado es garante de que estos servicios se cumplan con eficiencia y equidad. En la Sentencia C 150 de 2003 el intérprete expreso lo siguiente frente a esta función:

El Estado dejó de tener el monopolio de los servicios públicos y se convirtió en el garante de su prestación, lo cual abrió la posibilidad de que los particulares pudieran prestarlos. Es aquí donde la Regulación cobra su mayor dimensión en cuanto al papel que debe cumplir el Estado en relación con los servicios públicos de acuerdo con el artículo 365 de la

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Constitución, la prestación de los servicios públicos no es ya de la competencia del Estado. No obstante, él es el responsable de garantizar los propósitos que la Carta prevé respecto de los mismos, para lo cual se sirve de la regulación. Preservar el equilibrio entre la libertad económica y el deber del Estado de garantizar la eficiente prestación de los servicios públicos es, pues, el reto que recae sobre esta función estatal (Sentencia C150, 2003).

Para que esta tarea sea posible se debe reglamentar esa interacción comercial que surge entre los particulares y el Estado, este último, es él que debe propiciar un equilibrio armónico entre estos agentes.

Ahora que se está analizando jurisprudencialmente los principios económicos de esta materia se estudiará el contrato de suministro en el sector de los hidrocarburos en relación con el decreto 4299, y los requisitos que tiene para que los particulares puedan contratar, en su artículo 1 dice: “Tiene por objeto. establecer los requisitos, obligaciones y el régimen sancionatorio, aplicables a los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo” (Decreto 4299, 2005).

Cuáles son los requisitos y obligaciones del contratista minorista para entrar en este negocio, se centrará la atención este agente que es el que se ve afectado en este contrato, empresario pequeño. La norma dice: “Distribuidor minorista es el que suministra combustibles líquidos derivados del petróleo directamente al consumidor final, en los términos previstos en el Capítulo VII del presente decreto 4299 de 2005.” Artículo 21. Autorización. Toda persona natural o jurídica que se encuentre interesada en ejercer la actividad de distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano, a través de una estación de servicio (automotriz, de aviación, fluvial o marítima) o como comercializador industrial, deberá obtener, previamente, autorización del Ministerio de Minas.

Documentación legal y técnica como persona natural o jurídica según los términos del decreto 1609 de 2002. Artículo. 1º-Objetivo. “El presente decreto tiene por objeto establecer los requisitos técnicos y de seguridad para el manejo y transporte de mercancías peligrosas” (Decreto 1609, de 2002). En esta ley se enmarcan todos los requisitos técnicos

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

que debe cumplir un agente para poder realizar este servicio. Esto es de importancia en razón al servicio público que se presta, por ser un servicio de alto riesgo al transportar combustible inflamable. El manejo de este recurso debe realizarse con el mayor cuidado.

Uno de los asuntos mas notables de este decreto es que relaciona los principios constitucionales economicos, dice que esta ley debe leerse e interpretarse en concordancia con ellos: “Establece que corresponde a dicha entidad (funcionarios públicos) dictar, adoptar y hacer cumplir los reglamentos y las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, relacionadas con el transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio y comercialización de los recursos naturales” (Decreto 1609, 2002). Esta regla muestra obediencia al integrar la norma de la mano con los principios economicos , va por el mismo camino de los principios constitucionales, que es el deber ser, para no lesionar derechos, que es lo que sucede cuando los opeadores de la ley la interpretan a su opinión. Esta norma crea las disposiciones técnicas para prestar el servicio de los hidrocarburos. Ahora se pasará a mirar el recurso más importante para poder contratar, el capital económico.

Un agente contratante en esta escala también debe cumplir con un capital económico, este requisito es de los más importantes, cumplir con unos criterios de medición economicos que debe cumplir para hacer parte de este sector. El Decreto 957 de junio 2019, que mide los rangos del comercio dice que debe realizar actividades comerciales: “Artículo 2.2.1.13.2.2. Rangos para la definición del tamaño empresarial, los siguientes para determinar el valor de los ingresos por actividades ordinarias anuales de acuerdo con el sector económico de que se trate: Este es el sector de servicios públicos para pequeños-medianos empresarios” (Decreto 975 , 2019). Se mirará las mediciones UVT (Unidad de Valor Tributario) que son los indicadores que realizan la DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales) ayuda a la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y la

facilitación de las operaciones de comercio. Para determinar qué capital económico debe mover el agente minorista comercialmente.

<p>(Empresario pequeño-mediano) Superior a 32.988 UVT e inferior o igual a 131.951 UVT.</p>	<p>(Grandes empresarios) Superior a 131.951 UVT e inferior o igual a 483.034 UVT.</p>
---	---

Los datos del UVT (Unidad de Valor Tributario) DIAN 32.988 UVT equivale a \$1.174.604.000 usando la UVT de 2021 (\$35.607). 131.951 UVT equivale a \$4.698.379.000 usando la UVT de 2021 (\$35.607) 483.384 UVT equivale a \$17.211.854.000 usando la UVT de 2021 (\$35.607) (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2021). Esto en pesos colombianos para el pequeño empresario sería entre 269 y 3.689 millones de pesos en activos anuales y para el mediano empresario sería entre 3.689 y 22.131 millones

Pasando estos datos por el filtro del Decreto 4299 de 2005 se podrá saber en qué puesto queda un empresario minorista, según los requisitos de esta norma: Artículo 14 numeral 7 Demostrar que en la planta o plantas de abastecimiento que tiene a su cargo ha celebrado contratos de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo, con distribuidores mayoristas, o grandes consumidores, por volúmenes superiores a dos millones seiscientos mil (2.600.000) galones al mes, de los cuales el setenta por ciento (70%) como mínimo debe corresponder a contratos suscritos con distribuidores mayoristas a través de estaciones de servicio automotriz y fluvial y el resto a ofertas, convenios o contratos de suministro suscritos con otros agentes de la cadena de conformidad con lo previsto en el presente decreto. (Decreto 4299, 2005)

Al año 2021 el galón de gasolina tiene un costo promedio (8,700) pesos colombianos multiplicado estos por (2,600.000) dos millones seis cientos mil galones de gasolina equivales (22, 620.000) veinte dos millones seis cientos mil pesos colombianos al

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

mes, esto multiplicado por año es igual a (271,440.000) millones. Ubicando a este empresario en el ala de pequeño empresario. Hasta aquí el requisito económico.

Para entender el problema se observará los requisitos legales para que el minorista pueda contratar bajo este Decreto, solo se mirará los que son relevantes para nuestro análisis:

Art 21 numeral 8. Demostrar que ha celebrado contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo con un distribuidor mayorista, excepto cuando el solicitante también sea mayorista.

Art 22 numeral 9: Abstenerse de vender combustible a otros distribuidores minoristas, salvo en el caso señalado en el artículo 40 del presente decreto para el caso de las estaciones de servicio automotriz.

Numeral 11: Abstenerse de adquirir combustibles simultáneamente de dos o más distribuidores mayoristas.

Numeral 14: Exhibir la marca comercial del distribuidor mayorista del cual se abastece, en el caso de la estación de servicio automotriz. Asimismo, no podrá vender combustibles de otra marca comercial diferente a la que tenga exhibida.

Estudiados estos artículos en relación con el artículo 333 y 334 de la Constitución Nacional contrarían los principios de libertad económica de empresa, la libre competencia entendida en términos generales como la posibilidad de acudir al mercado a intercambiar, ofrecer productos que han sido elaborados con base en la libertad de competencia y libre empresa. El abuso y control que quieran hacer personas en una posición dominante de poder en el mercado, la ley delimitará tal alcance en la libertad económica. (Constitución Política de Colombia, 1991). Este decreto al restringir que el agente minorista pueda comprar de otros ofertantes del mercado o vender de otros distribuidores, lesiona la libertad de competencia, entendida como el derecho que tienen los comerciantes a intercambiar u ofrecer sus productos como estipula la libertad económica Constitucional.

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

La Constitución prescribe que las leyes que se desarrollan deben ir en consonancia con ella, que en caso de incompatibilidad debe aplicarse las disposiciones constitucionales: “Artículo 4, la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Los funcionarios públicos que desarrollaron este Decreto 4299 de 2005, no hacen un razonamiento doctrinario, propio del conjunto de ideas, enseñanzas y principios básicos que recoge la Constitución, en aras de proteger los derechos fundamentales de toda la población. Para este deber es que se crean las instituciones y los funcionarios públicos, esa es la razón máxima de ser, la carta constitucional ordena:

Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (Constitución Política de Colombia, 1991).

Para que haya un correcto funcionamiento de estos contratos de suministros de hidrocarburos, las normas que se aplican a este deben ir en armonía con los principios de la Constitución, los operadores jurídicos de esta norma si van a crear reglas, o cláusulas de obligatorio cumplimiento a los requisitos del contrato, deben ir diseñadas en beneficio a ambos agentes tanto el mayorista como para el minorista, protegiendo los derechos y el bienestar económico de ambos.

Frente a este asunto, estos artículos de este decreto fueron demandados y la Corte Constitucional dijo en Sentencia C535 de 1997. Entendiendo estos artículos como un Pacto de exclusividad: “Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios” (Sentencia C535, 1997). Sintetiza en los pactos de exclusividad diciendo que:

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

En la medida en que únicamente el abuso de los pactos de exclusividad, cuando ellos abarcan un volumen apreciable o sustancial del mercado, en forma tal que lleguen a restringir inconvenientemente el acceso de la competencia al mismo, cuando afecten los derechos de los consumidores a productos y servicios a precios económicos y a un mejor aprovisionamiento del mercado, puede ser objeto de reproche (Sentencia C535, 1997).

Aquí se puede ver que estos pactos de exclusividad abarcan todos los contratos del pequeño y mediano empresario en el mercado, respecto del agente de hidrocarburos en razón que la ley es taxativa, esta cláusula es ley para los agentes contratantes en la cadena de distribución del suministro de hidrocarburos, es de obligatorio cumplimiento. Esta cláusula de este Decreto se halla inmersa en el desarrollo de los contratos de suministro de hidrocarburos, pues es requisito contractual y legal. Lo que implica que todos los contratos suscritos bajo esta norma deben cumplir esta directriz, entonces si habría un aprovisionamiento del mercado.

La Corte deja claro y dice: Es desleal y reprochable pactar estas cláusulas de aprovisionamiento del mercado (Sentencia C535, 1997). El art 22 numeral 11 Dto. 4299 de 2005, impone como cláusula que no pueda comprar a otro comercializador simultáneamente, cuando la Constitución permite buscar un mejor aprovisionamiento. En este razonamiento que hace la Corte si expresa qué; si es reprochable pactar estas cláusulas, porque si hay un aprovisionamiento del mercado, y es el empresario mayorista que tiene una posición superior de poder que le confirió este decreto.

Sin embargo, la Corte declaró la exequibilidad de este artículo, dejándolo a la libertad entre las partes. “Queda a libertad de las partes pactar las cláusulas previstas por la ley, como sujetos de libre iniciativa privada” (Sentencia C535, 1997). Ósea que el mayorista puede seguir pactando esta cláusula abusiva, porque está escrita en una norma, que es el marco legal de un sector económico de libre competencia. Esto es algo contradictorio con la Constitución Política y sus principios económicos. Y la Corte lo aprueba, al dejarlo a arbitrio de las partes, entonces el minorista no tiene opciones porque tiene que cumplir los requisitos de la norma para poder contratar. Esto es una ventaja para el mayorista porque

tiene una norma hecha a su medida, pero, en sentido contrario al minorista no lo ampara esta misma norma, no hay cláusulas en esta ley en las cuales el minorista pueda condicionar en algún artículo al mayorista, para que no pueda ofrecer su producto libremente en el mercado, no lo dice. Ni tampoco describe este artículo normativo como una cláusula opcional al margen de ley a voluntad de las partes. sino como requisito legal.

En esta misma Sentencia C 535 de 1997 el intérprete solo aconseja lo siguiente:

Dentro del derecho a libertad de empresa garantizado por la Constitución Política, los actos y hechos que se suceden en el mercado y que resultan contrarios a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y al adecuado y correcto funcionamiento de los espacios colectivos de negociación. La prohibición que establece la ley, por lo tanto, representa una limitación a un derecho Constitucional, que justamente por serlo no puede examinarse únicamente desde el punto de vista de la competencia del legislador, sino también habrá de contemplarse desde la perspectiva del núcleo esencial del derecho mencionado (Sentencia C535, 1997).

Si bien el intérprete menciona la necesidad de hacer un razonamiento desde el núcleo de este derecho para analizar su importancia, abriendo un debate, pero, no lo hace en esta providencia, lo que implica que esta cláusula siga teniendo este efecto abusivo para el agente minorista contratante. Si se pronuncia frente a la cláusula en el derecho que tienen los agentes para pactarlas dentro de la libertad de empresa, expresa:

La inclusión de una cláusula en un contrato de suministro, en principio no es ajena a la libertad de contratación, que, aunque puede ser objeto de variadas restricciones legales, se integra en el objeto propio del derecho a la libertad de empresa. En efecto, este derecho arriesgaría a perder toda fisonomía singular si a su titular se le privase injustificada e irrazonablemente de adoptar las decisiones básicas que contribuyen a formar una determinada unidad económica independiente, y que resultan determinantes para fijar el riesgo, la responsabilidad y el beneficio individuales, todo lo cual se traduce en un plano global en la existencia de una

economía por lo menos parcialmente descentralizada y autónoma. (Sentencia C535, 1997).

Una forma de interpretar este razonamiento, es que una parte de la economía es descentralizada y autónoma, le da a las personas que son titulares de este derecho privado, que pueden pactar cláusulas dentro de unos márgenes que no están muy bien delineados debido a la libertad económica. Entonces el derecho privado gana una porción estatal combirtiéndose en su propio instructor de cláusulas, bajo la unidad autónoma e independiente que es el empresariado.

También el intérprete en esta Sentencia dice que: “Si al prohibir esta cláusula se estaría privando injustamente a un privado de tomar decisiones básicas de una unidad económica independiente” (Sentencia C535, 1997). Porque para el minorista no hay esta garantía. En el sentido que pueda decirle al mayorista que no pactará este tipo de cláusulas ya que ambos son titulares de los mismos derechos. Así poder buscar más opciones en el tiempo, una mejor oferta comercial, dentro de esa libertad de empresa constitucionalmente estipulada. Quizá sí podría decirse, pero no podría contratar en este medio económico, porque el mayorista tiene una posición de dominio que le confiere este decreto, en estas cláusulas. Al mayorista le sirve más mantener al contratista minorista hasta que se termine el contrato de exclusividad y aún más que tiene esta cláusula inserta en la ley y puede aplicarla a cada contrato que realice para mantener sus intereses por encima.

Aunque la corte no declaró este artículo inconstitucional si recomienda a las partes al momento de contratar y suscribir estas cláusulas un especial cuidado sobre los elementos del contrato que estos no vayan en contra de la buena fe comercial y las costumbres mercantiles que afecten los principios Constitucionales Económicos (Sentencia C535, 1997). Esto con el fin de no afectar el orden público y las buenas costumbres. En últimas estas cláusulas quedan a la voluntad ética y moral de los agentes.

Posteriormente hubo otro pronunciamiento de Corte Constitucional, sobre este tema, donde responsabilizó no a las partes contratantes como la sentencia anterior, sino que

entregó toda la responsabilidad al Estado por la forma en que sus funcionarios hacen las leyes. Sentencia C150 de 2003:

La protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe el Estado impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado (Sentencia C150, 2003)

Aquí el intérprete deja claro que es el Estado el responsable de regular una relación sana entre los competidores del mercado en este caso mayorista versus minorista, ambos deben tener los mismos derechos, igualdad de oportunidades. Aunque en nuestro caso el mayorista tiene la opción de someter al minorista bajo cláusulas legales, este también tiene un deber legal, moral, Constitucional y social de respetar los derechos de la otra parte contratante, pero, no hay quien vigile que este deber se cumpla, siendo las mismas partes los responsables de velar por actuar con transparencia.

También se pronunció el Consejo de Estado sobre una demanda por el mismo asunto de este Decreto 4299 de 2005 artículo 22 y sus numerales que restringen que el contratista minorista pueda contratar con otros minoristas y mayoristas. Declara: “Pues no existe razón jurídicamente atendible para prohibir a los agentes distribuidores de la cadena de suministro de combustibles, a regular sus relaciones contractuales mediante la diversidad de modalidades contractuales que contempla el ordenamiento jurídico” (Consejo de Estado, 2006).

Aquí el Consejo de Estado en su fallo 11001-03-24- 000-2006-00184-01 sigue una regla hermenéutica según dice, para este caso los agentes en la cadena de distribución de combustibles define: esta norma especial es preferente sobre la norma general: “regla de hermenéutica - la ley especial prefiere sobre la general / norma especial -

aplicación preferente sobre la norma general / norma general - inaplicación por prevalencia de normativa especial / distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo - se somete a un régimen jurídico especial / distribución y transporte de petróleo y sus derivados” (Consejo de Estado, 2006).

Entonces el mismo Consejo de Estado rompe las reglas, porque el artículo 58 de la Constitución dice la contrario “interés privado deberá ceder al interés público o social”. Porque, aunque diga “Es en el contexto del suministro de hidrocarburos”, donde quedan las garantías de los principios 333, 334 de la Carta Política en materia económica, porque esta ley especial es “prevalente” sobre la “general.” No hay cohesión entre las altas Cortes en su interpretación normativa y la Constitución.

Conclusiones

El contrato de suministro de hidrocarburos, fue diseñado para reglamentar a los agentes privados en la cadena de distribución de este bien, por medio del Decreto 4299 de 2005, expedido por la presidencia de Colombia que desarrolla cláusulas abusivas que obligan a los agentes contratantes de abstenerse de hacer acuerdos con diferentes ofertantes del petróleo, siendo este un derecho de libertad económica de empresa consagrado en la Constitución, esto se traduce en limitación de acceso al mercado y a la vulneración de este derecho económico.

Los principios económicos constitucionales que son el preámbulo de la libertad económica de empresa, permiten el intercambio de bienes y servicios para el bienestar social y el crecimiento económico con equidad, son manejados con maniobras realizadas por agentes privados que no cumplen este principio constitucional, lo anterior, surge en razón al derecho económico privado que les permite moverse en una autonomía de cláusulas dentro de un marco legal, permitiendo que estos, tengan la libertad de pactarlas a su arbitrio. Lo expuesto, conlleva, a que esta ley sea objeto de críticas y reproches por parte de los agentes contratantes que se ven afectados.

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Los pronunciamientos realizados en las sentencias por parte de los intérpretes judiciales no fueron hechos en cohesión con los principios económicos de la Constitución Política de Colombia, esto se refleja en ese razonamiento jurídico y en la toma de decisiones en dicha materia. En consecuencia, los intérpretes, realizaron un razonamiento aislado de los principios, dejaron dentro del marco legal que reglamenta este contrato, que la autonomía que poseen los agentes titulares del derecho privado decidan a su voluntad y discreción sobre los requisitos de contratación en este sector de los hidrocarburos, esto se traduce en que son los particulares quienes deciden sobre principios económicos y no los intérpretes constitucionales, que son los guardianes de la Constitución encargadas de hacerlo .

REFERENCIAS

Decreto 1609 de 2002. (2002, 31 de julio) Presidencia de la República de Colombia. Publicado en el Diario Oficial NO. 44.892.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6101>

Ley 57, Código Civil.(1887, 26 de mayo) De la Constitución de la República.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>

Decisión 608., del acuerdo de Cartagena de indias. Comisión de la comunidad Andina.

Cartagena.<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1180.pdf>

Fallo 11001-03-24- 000-2006-00184-01. (2010, 25 de agosto). Consejo de Estado. (Maria Claudia

Rojas Lasso) <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2006-00184-01.pdf>

Constitución Política de Colombia. (1991). . Bogotá. <https://www.constitucioncolombia.com>

Sentencia C 535/97. (1997, 23 de octubre) Corte Constitucional.(Eduardo Cifuentes. M.P)

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Sentencia C150/03.(2003, 25 de febrero) *Corte Constitucional*.(Manuel Jose Cepeda. M.P)
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-150-03.htm>

Sentencia T 662/13. (2013, 10 de noviembre). Corte Constitucional.(Luis Enernesto Vargas Gil.
 M.P.) <https://www.constitucioncolombia.com>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (2021). *Resolución 000111*.
<https://www.dian.gov.co/normativa>

Mankiw, N. G. (2012). *Principios de la Economía* (Sexta edición. ed.). (Trad; J. Reyes Martinez , & T.
 Elosa Garcia , Edits.) México, D.F., HARVARD UNIVERSITY: Cengage Learning Editores,.

Parra Melo , J. A. (2013). *cpfr para proveedores locales del sector hidrocarburos en colombia*.

Prada Cadavid, A. M. (2014). *HIDROCARBUROS. marco institucional y legal colombiano*,
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1468>

Decreto 1065/53. Bogotá. (1953, 20 de abril) Presidencia de República de Colombia
<https://www.funcionpublica.gov.co>

Código de Comercio, Decreto 410/71.(1971, 27 de marzo). Presidencia de la República de
 Colombia Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co>

Decreto 957/19.(2019, 5 de junio). Presidencia de la República de Colombia.
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20957%20DEL%2005%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf>

Decreto 4299/05. (2005, 25 de Noviembre). Presidencia de la República de Colombia Bogotá.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18314>

ley 812/03. (2003, 27 de junio) Plan Nacional de Desarrollo.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8795>

Roberto , G., Avella, L. F., & Villar, R. (2006). *aportes y desafíos de la responsabilidad empresarial colombiana*.

Este trabajo se desarrolló dentro del curso de profundización Análisis Económico de los Contratos con el profesor Juan Camilo Herrera Diaz.

Sanín Bernal , I. (s.f.). El Suministro. *Un Contrato y una Realidad Comercial*, 73. Obtenido de
file:///C:/Users/Asus/Downloads/Dialnet-ElSuministro-5568237.pdf

Velasqu ez Jaramillo , L. G. (2010). *Bienes*. Bogot a: Temis S.A. .