

**LAS OBLIGACIONES EN EL NUEVO CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y
EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS**



**JUAN GABRIEL CABRERA GÓMEZ
LUIS GUILLERMO FLECHAS SALCEDO
JORGE HERNAN RONCANCIO MARTINEZ**

**Presentado para optar al título de
ABOGADOS**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
ÁREA DE DERECHO ECONOMICO
BOGOTA
2006**

LAS OBLIGACIONES EN EL NUEVO CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y
EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

JUAN GABRIEL CABRERA GÓMEZ
LUIS GUILLERMO FLECHAS SALCEDO
JORGE HERNAN RONCANCIO MARTINEZ

Tesis de Grado

Director:
Dr. DAVID ARCE ROJAS
Catedrático de Derecho e Industria

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO ECONOMICO
BOGOTA
2006

LAS OBLIGACIONES EN EL NUEVO CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y
EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

Tesis de Grado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO ECONOMICO
BOGOTA
2006

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.

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

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y SUS ELEMENTOS	15
1.1 ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES	16
1.1.1 Sujeto activo	17
1.1.2 Sujeto pasivo	17
1.1.3 Vínculo jurídico	18
1.1.4 Objeto	18
1.1.4.1 Obligaciones de hacer	19
1.1.4.2 Obligaciones de dar	19
1.1.4.3 Obligaciones de no hacer	20
2. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES	21
2.1 OBLIGACIÓN SEGÚN LOS SUJETOS	21
2.1.1. Obligación de sujeto simple	21

2.1.2. Obligación de sujetos plurales	21
2.1.2.1 Obligaciones conjuntas	22
2.1.2.1 Obligaciones solidarias	23
2.2. OBLIGACIÓN SEGÚN EL VÍNCULO JURÍDICO	25
2.2.1. Obligaciones civiles	25
2.2.2. Obligaciones naturales	25
2.2.3. Obligaciones principales	26
2.2.4. Obligaciones accesorias	26
2.2.5. Obligaciones puras y simples	28
2.2.6. Obligaciones a plazo	28
2.2.6.1. Clases de plazo	28
2.2.7. Obligaciones condicionales	30
2.3. OBLIGACIÓN SEGÚN EL OBJETO	32
2.3.1. Obligaciones alternativas	32
2.3.2. Obligaciones facultativas	33
2.3.3. Obligaciones de género	33

2.3.4. Obligaciones de especie o cuerpo cierto	34
2.3.5. Obligaciones divisibles	34
2.3.6. Obligaciones indivisibles	35
3. OBLIGACIONES DE HACER EN EL NUEVO CONTRATO	36
3.1 OBLIGACIONES DE CARÁCTER SOCIAL	36
3.1.1 La responsabilidad social Empresarial	36
3.1.1.2 Noción de responsabilidad social empresarial	38
3.1.1.3 ¿Es la responsabilidad social empresarial, obligatoria para el contratista en el nuevo contrato de exploración y explotación de Hidrocarburos?	41
3.1.2 Las regalías como generadoras de desarrollo social, El caso del Casanare.	42
3.1.3 Transferencia de tecnología	50
3.1.3.1 Tecnología incorporada a mercancías objeto de compra o venta	52
3.1.3.2 Tecnología no incorporada a mercancías	52
3.1.3.2.1 Ingeniería	53
3.1.3.2.2 Patentes y modelos de utilidad	53
3.1.3.2.3 Know How	54

3.1.3.2.4 Marcas	55
3.1.3.2.5 Licencia de uso de marca	56
3.1.3.2.6 Software	56
3.1.3.2.7 Asistencia técnica	56
3.1.3.3 La Transferencia de tecnología en Colombia en el campo petrolero	57
3.1.3.4 La transferencia de tecnología en el nuevo contrato de exploración y explotación	58
4. OBLIGACIONES LABORALES	62
4.1 CONTRATO DE TRABAJO	66
4.1.1 Elementos esenciales del contrato de trabajo	68
4.1.2 Clasificación del contrato de trabajo	69
4.1.3 Terminación del contrato laboral	71
4.2 OBLIGACIONES EN LA ETAPA CONTRACTUAL	72
4.3 OBLIGACIONES EN LA ETAPA POST CONTRACTUAL	74
5. OBLIGACIONES DE DAR EN EL NUEVO CONTRATO	81
5.1 OBLIGACIONES FINANCIERAS O ECONÓMICAS	81
5.1.1 Derechos económicos contractuales de la ANH	81

5.1.1.1 Derechos por el uso del subsuelo en áreas de exploración	81
5.1.1.2 Derechos por el uso del subsuelo en áreas de evaluación y explotación	83
5.1.2 Del ingreso público y las regalías	92
5.1.2.1 Los ingresos ordinarios y extraordinarios	94
5.1.2.2 Los ingresos tributarios y no tributarios	95
5.1.2.3 Naturaleza jurídica de las regalías	96
5.1.2.3.1 La exclusión de las rentas contractuales del Estatuto del Presupuesto	96
5.1.2.4 Las Regalías	100
5.1.2.4.1 Concepto y características	100
5.1.2.4.2 Las regalías en la Constitución de 1991	100
5.1.2.4.3 Régimen legal	102
5.1.2.5 Las regalías petroleras dentro del nuevo contrato de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos	105
5.1.2.5.1 Recaudo	105
5.1.2.5.2 Regalías en especie y regalías en dinero	106
5.1.2.5.3 Liquidación de participaciones	108

5.1.2.6 Conclusiones	110
6. OBLIGACIONES FIDUCIARIAS	112
6.1 OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE	112
6.2 OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO	113
6.3 OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO	114
6.4 EL DEBER FIDUCIARIO EN EL “COMMON LAW”	115
6.4.1 Causales de responsabilidad en la obligación fiduciaria	117
6.4.2 Conflicto entre la obligación fiduciaria y el interés	117
6.4.3 Conflicto entre obligaciones fiduciarias	118
6.4.4 La regla del “No Beneficio”	118
6.4.5 Relaciones fiduciarias	118
6.5 OBLIGACIONES FIDUCIARIAS EN EL NUEVO CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS	120
7. OBLIGACIONES AMBIENTALES	128
7.1 LICENCIA AMBIENTAL	130
7.1.1 Definición de licencia ambiental	132

7.1.2 Permisos ambientales en la etapa exploratoria	134
7.1.3 Licencia ambiental en la etapa de explotación	139
7.1.3.1 Sujeto pasivo de la licencia ambiental	141
7.1.4 Desde cuando se hace necesaria la licencia ambiental	142
7.1.5 Incumplimiento de la licencia ambiental	144
7.2 ABANDONO	145
7.2.1 Régimen legal del abandono	147
7.3 GUÍA DE MANEJO AMBIENTAL	149
8. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS	151
8.1 CLASIFICACIÓN DE LOS IMPUESTOS	151
8.1.1 Impuestos directos e indirectos	151
8.1.2 Impuestos reales y personales	152
8.1.3 Impuestos generales y especiales	152
8.1.4 Impuestos de suma fija, proporcional, progresiva y regresivo	153
8.1.5 Impuesto sobre la renta, capital y el gasto	153
8.1.6 Impuestos nacionales, departamentales y municipales	154

8.2 ELEMENTOS DEL IMPUESTO	154
8.3 IMPUESTO DE RENTA	155
8.3.1 Ingresos ordinarios y extraordinarios	156
8.3.2. Costos	159
8.3.3 Deducciones	162
8.4 IMPUESTO DE TIMBRE	168
8.5 IMPUESTO AL VALOR AGREGADO I.V.A.	169
8.6 BONOS DE PAZ	171
8.7 IMPUESTO DE REMESAS	172
CONCLUSION	181
LISTA DE TABLAS	184
BIBLIOGRAFIA	185
LISTA DE ANEXOS	188

INTRODUCCION

El presente trabajo se ha elaborado ante la importancia que tiene, el dar a conocer el nuevo sistema de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, para la exploración y explotación de hidrocarburos; que gracias a las modificaciones recientes lo han perfilado como un gran atractivo para la inversión en este sector. Este trabajo tiene como finalidad ser una obra de consulta para cualquier profesional que tenga relación con el ámbito de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos sin considerar su área de desempeño.

Durante el proceso investigativo, se estudiaron cada una de las cláusulas del contrato y se identificaron sus contrastes, añadiendo información adicional para su correcta contextualización.

Como objetivos fundamentales se han considerado, facilitar el estudio de las obligaciones de este contrato en aras de lograr que los contratistas, académicos, instituciones y cualquier interesado adquieran una mejor comprensión de las situaciones que se desprenden de este novedoso sistema, y así generar una mayor claridad en las reglas que rigen el ámbito de la exploración y explotación de hidrocarburos.

En los Capítulos 1 y 2 se explicará el concepto de obligación, sus elementos y finalmente, una clasificación general de las mismas según el objeto, el sujeto y el vínculo jurídico, con la finalidad de permitirle al lector una pequeña inmersión en los conceptos generales del derecho de las obligaciones.

En el Capítulo 3 se exponen las obligaciones de carácter social en el contrato, las cuales se encuentran desarrolladas en los acápite que hacen referencia a la responsabilidad social empresarial, las regalías como generadoras de desarrollo social, capítulo en el cual se mostrara la influencia de las regalías en el departamento del Casanare y la Transferencia de Tecnología.

Posteriormente el Capítulo 4 desarrolla el concepto de Contrato de trabajo y las obligaciones derivadas del vínculo laboral, tanto en la etapa contractual como en la etapa post-contractual.

En el Capítulo 5 encuentra el lector las obligaciones financieras entendidas como obligaciones fundamentalmente de dar, estas corresponden a los derechos económicos contractuales y los ingresos generados por las regalías y participaciones.

En el Capítulo 6 las obligaciones fiduciarias son el tema de investigación, procurándose desde el inicio delimitar el concepto de este tipo de obligación y sus implicaciones en el Nuevo contrato de exploración y explotación petrolera, a lo largo del capítulo se identifican las obligaciones contenidas en el contrato y se desarrolla su contenido.

El Capítulo 7 tiene como objetivo desarrollar el aspecto ambiental del contrato, identificándose el tema de licenciamiento ambiental y el abandono de instalaciones como obligación contractual a cargo del operador.

El Capítulo 8 toca el tema de las obligaciones tributarias y hace un breve repaso sobre el régimen impositivo aplicable al contrato de exploración y explotación y una sucinta reseña del contrato de estabilidad jurídica.

Esta investigación se realizó con la finalidad de hacer comprensible para el lector las distintas obligaciones contractuales que asumen los sujetos vinculados en la relación generada con ocasión de la celebración del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, por lo tanto este texto se configura como una guía práctica para todos los interesados en los aspectos jurídicos del contrato.

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y SUS ELEMENTOS

En nuestro código Civil no existe una definición expresa del concepto obligación, aunque algunos doctrinantes como Jorge Cubides Camacho consideran que la definición de contrato o convención, por una confusión de conceptos expresada desafortunadamente en el código, podría perfectamente ser la definición de obligación ¹.

La primera aproximación al concepto de obligación, la encontramos en Roma, en la ley de las doce tablas, la cual proviene del año 450 A.C., se puede encontrar la presencia de un deudor, de un acreedor y de una prestación, estos como estudiaremos más adelante son los elementos de la obligación.

A su vez Gayo en sus instituciones, año 160 D.C., estudia las obligaciones y si bien es cierto no las define, hace un acercamiento importante a través de la definición de crédito: “se entiende por crédito no solamente el valor que damos a título de préstamo, sino todo valor que, en el momento en que la obligación es contraída, será debida de manera cierta, es decir, que hace el objeto de una obligación sin ninguna condición” y en la definición de acción personal se describe el contenido de la obligación: “hay acción personal cuando intentamos un proceso hacia alguien que está obligado con nosotros por contrato o por delito, es decir, cuando pretendemos necesario que él dé, haga o ejecute una prestación.”²

Justiniano sin embargo nos presenta una definición de obligación. “*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*” (Inst., III, 13, pr.) que

¹ En la obra de Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones*, Bogota, Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 10. Nuestro Código Civil aparentemente no define la noción de obligación. Sin embargo la definición que trae de lo que en lamentable confusión de términos llama contrato o convención, en el artículo 1495... “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra dar, hacer o no hacer alguna cosa” ... Basta hacer notar que si en lugar de “acto” dijera vínculo o nexo, tendríamos en nuestro código una muy buena acabada definición de obligación.

² Comentario tercero y cuarto obras jurídicas de Gayo. Versión de Javier Núñez de Prado. Colección Obras Maestras, Barcelona, p. 119, 141.

traduce la obligación es un vínculo de derecho que nos fuerza a una prestación para con otro.

En la época moderna se tomaron elementos de la definición de Justiniano y diferentes tratadistas definieron la obligación así: Arturo Valencia Zea la definió como: “el que le concede a una persona (acreedor) la facultad de exigir de otra (deudor) una prestación, para cuyo cumplimiento el deudor da en prenda todos sus bienes presentes y futuros”³. Para los hermanos Mazeaud la obligación es “un vínculo de derecho de aspecto pecuniario que une a dos (o más) personas, una de las cuales, (deudor) está constreñida a una prestación a favor de la otra, (acreedor).”⁴ El maestro Ospina Fernández define obligación como “un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra.”⁵

1.1 ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES.

Como vimos anteriormente hay varias definiciones de obligación e igualmente sucede con los elementos de las obligaciones, estos varían de acuerdo con la definición de obligación, por ejemplo, los hermanos Mazeaud en la obra antes citada identifican tres caracteres esenciales que son:

La obligación es un vínculo de derecho,⁶ de naturaleza pecuniaria,⁷ entre personas.⁸

³ VALENCIA ZEA Arturo, Derecho Civil Tomo 3 de las Obligaciones, Bogota, Editorial Temis, 1968, P.2

⁴ MAZEAUD Henry, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil parte Segunda, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa –América, 1969, p. 1

⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Bogota: Editorial Temis, 1998, p. 20

⁶ Estar ligado es tanto como estar obligado... el deudor estaba encadenado (**ligatus**) en la prisión, y a disposición de su acreedor, que podría darle muerte o reducirlo a la esclavitud . Esta atadura se ha idealizado; ya no es mas que un vínculo jurídico (**vinculum juris**); pero el deudor esta obligado a cumplir con lo que debe.

Por lo general el acreedor puede recurrir a la fuerza publica para constreñir al deudor; sin embargo, esa posibilidad no es un carácter específico de la obligación ... existen obligaciones para los cuales no hay ese recurso y son las obligaciones naturales.

Para el Dr. Jorge Cubides Camacho⁹ hay cuatro elementos de la obligación que son:

Sujeto activo

Sujeto pasivo

Vínculo jurídico

El objeto.

1.1.1 Sujeto activo

El sujeto activo de la obligación también llamado acreedor (creditor), es la persona en cuyo favor debe realizarse la prestación, es decir, quien tiene el derecho a la prestación, la cual puede consistir en la entrega de algo que tiene a su favor en la realización de un hecho o en la abstención del mismo. El sujeto activo es titular de un derecho de crédito, esto si es entendido como cualquier valor debido de alguna forma. Puede ser una o varias personas, puede estar determinado o solo determinarse al momento del cumplimiento de la obligación, tener capacidad plena o solamente capacidad de goce. El acreedor tiene el derecho de acción lo que significa que puede poner en movimiento la rama jurisdiccional para hacer cumplir la obligación que se le debe.

1.1.2 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo también conocido como deudor o (debitor) , es la persona que debe dar, hacer o abstenerse de realizar algo. De la misma manera que el sujeto activo, el

⁷ La obligación es un derecho que puede ser valuado en dinero, un derecho llamado patrimonial. Parece entonces que el ámbito de la obligación está separado del de los derechos de la personalidad por un compartimiento estanco. Es exacto que los derechos de la personalidad: derechos de familia, tal como la autoridad paterna, derecho al honor, la vida, la libertad se encuentran fuera del derecho de las obligaciones. No obstante ambas esferas se penetran.

⁸ La obligación es un vínculo jurídico entre dos o mas personas. Por este carácter fundamental se opone el derecho personal al derecho real.

⁹ CUBIDES CAMACHO Jorge, *Obligaciones*, Bogota, Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 11.

sujeto pasivo puede estar compuesto por una o varias personas, tener plena capacidad o no. El sujeto pasivo siempre debe ser un sujeto determinado, y esto es obvio porque no se podría entender un vínculo con carácter obligatorio si no se supiera quién debe cumplir.

1.1.3 Vínculo jurídico

El vínculo jurídico es la relación que se establece entre el sujeto activo o acreedor y el sujeto pasivo de la relación o deudor, mientras el primero tiene la facultad de exigir el cumplimiento, el segundo tiene el deber de cumplir. El vínculo jurídico tiene un doble contenido, por una parte está el vínculo personal el cual implica la conducta que tiene el deudor a cumplir la prestación y correlativamente la que tiene el acreedor de exigir el cumplimiento de la misma.

El contenido patrimonial es la garantía implícita que existe en toda obligación, la cual recae sobre los bienes del deudor, gracias a ésta, queda protegido el derecho del acreedor ya que el patrimonio de aquel queda subyugado al cumplimiento de la obligación y se ve de manera clara en el artículo 2488 del código civil establece: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.”, el cual se conoce como el derecho de garantía general del acreedor.

1.1.4 Objeto

Por último, el objeto se puede definir como la “prestación que debe realizar el deudor a favor del acreedor. Aquello hacia lo cual debe orientarse la conducta del deudor, en orden a satisfacer al acreedor.”¹⁰

¹⁰ *Ibíd.*, p. 19.

El objeto debe ser posible física y jurídicamente aunque no es necesario que exista en el momento, pero se espera que llegue a existir. Igualmente deben ser determinadas y lícitas, según el artículo 1518 del Código Civil.¹¹

En síntesis, el objeto de la obligación debe ser posible, determinado y lícito; a su vez las prestaciones pueden ser de carácter económico o moral y se clasifican en prestaciones de hacer, dar y no hacer

1.1.4.1 Obligaciones de hacer

Según el maestro Ospina Fernández¹² es una clasificación de las obligaciones positivas en las cuales, también se encuentran comprendidas las obligaciones de dar. El objeto de este tipo de obligaciones es ejecutar una acción positiva, “verbigracia” la prestación de un servicio o la entrega de una cosa siempre y cuando esta no implique la entrega en propiedad, ya que si lo hace sería una obligación de dar. En este tipo de obligaciones se puede solicitar cualquiera de las tres cosas que se mencionan en el artículo 1610 del Código Civil¹³

1.1.4.2 Obligaciones de dar

La expresión dar (dare) en el lenguaje jurídico equivale a “transferir la propiedad plena o desmembrada o la propiedad fiduciaria y, también, a la desmembración misma de la

¹¹ No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

¹² OSPINA FERNÁNDEZ Op. Cit., p. 25.

¹³ Art. 1610.- Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. 2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

propiedad o a la constitución de fideicomiso o de gravamen en cosa singular o en cosa de género.”¹⁴ Para el doctor Cubides no solo tiene como finalidad transmitir el derecho de dominio o cualquier otro derecho real, sino además la realización de todos los actos y el cumplimiento de los requisitos que las leyes tengan establecidos para la transmisión del derecho real. Por este motivo las obligaciones de dar contienen otras obligaciones encaminadas al cumplimiento de este fin¹⁵ como la expuesta en el artículo 1605 del Código Civil “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”

1.1.4.3 Obligaciones de no hacer

Esta es una obligación negativa, es decir, en la que el acreedor se abstiene de hacer algo, estas son las obligaciones que se conocen como de no hacer, en palabras de Valencia Zea la nota característica de estas obligaciones estriba en que el deudor debe abstenerse de realizar ciertos hechos que sin la obligación le serian permitidos, dando a entender que es por virtud del convenio que se debe limitar la libertad lícita de ejercer un derecho¹⁶; las obligaciones de no hacer pueden provenir del acuerdo de voluntades o de la ley. Una particularidad de estas obligaciones es que no existe la noción de retardo ni de mora solo la de incumplimiento y éste se da cuando se realiza el hecho prohibido.

¹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ Op. Cit., p. 25.

¹⁵ CUBIDES CAMACHO Op. Cit., p. 22.

¹⁶ VALENCIA ZEA Op. Cit., p. 8

2. CLASIFICACION GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

Una vez explicado el concepto de obligación y sus diferentes elementos, se explicará la clasificación de las obligaciones según los diferentes criterios.

2.1 CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN LOS SUJETOS

Según este criterio las obligaciones pueden ser de sujetos simples y de sujetos plurales las cuales se subdividen en conjuntas y solidarias.

2.1.1 Obligaciones de sujetos simples.

Es la obligación que tiene un solo acreedor y un solo deudor, es decir, que tiene en cada uno de los extremos del acto una sola persona, la cuál puede ser natural o jurídica.

2.1.2 Obligaciones de sujetos plurales

“**Contrario sensu**” a las obligaciones de sujetos simples en estas obligaciones la parte deudora, la acreedora o ambas están compuestas por una pluralidad de personas; será activa cuando sean varios acreedores, será pasiva cuando sean varios deudores y mixta cuando la pluralidad se presenta en ambos extremos. Se puede presentar que al inicio la obligación sea de sujeto simple y se convierta en una obligación de sujetos plurales, en este caso se conoce como sobreviniente en cualquier otro caso será originaria.

A su vez, estas obligaciones se pueden dividir en obligaciones conjuntas o solidarias

2.1.2.1 Obligaciones Conjuntas

“Son aquellas que existen a cargo de dos o más deudores, o a favor de dos o más acreedores, pero de modo que cada deudor está obligado o cada acreedor tiene derecho solamente a una parte del objeto”¹⁷. Así lo expresa el artículo 1568 del Código Civil¹⁸. En materia civil la mancomunidad es lo general a menos que se pacte lo contrario o la ley lo así lo establezca, según lo expresado en el inciso final del artículo antes citado “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.” Sin embargo en materia comercial lo que se presumirá será la solidaridad cuando se presenten pluralidad de deudores.

Las características principales de las obligaciones conjuntas son dos: el objeto divisible y la pluralidad de vínculos; la primera es clara ya que esta sería la única forma en la que se podría concebir el pago de la prestación debida, que es la esencia de esta institución y la cual se hará como se pactó o por partes iguales. La segunda significa que cada deudor tendrá un vínculo diferente con el acreedor y cada relación versará sobre la cuota del objeto que a cada deudor corresponda; igual sucede frente a un deudor y pluralidad de acreedores, en caso de pluralidad mixta lo que sucede en palabras del Dr. Cubides “los acreedores dividirán su derecho entre los deudores según el porcentaje que a cada uno de estos corresponda en el crédito total.”¹⁹

Los efectos de las obligaciones conjuntas son esencialmente cuatro: 1. Cada acreedor no puede exigir más de su parte y correlativamente el deudor no debe responder por una parte mayor a la suya. 2. El deudor insolvente no perjudica a los demás deudores

¹⁷ CUBIDES CAMACHO Op. Cit., p. 31.

¹⁸ En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

¹⁹ CUBIDES CAMACHO Op. Cit., p. 33

aumentándoles sus obligaciones.²⁰ 3. las consecuencias de la mora de uno de los deudores no se transmite a los demás. 4. la interrupción de la prescripción que beneficia a uno de los acreedores o perjudica a uno de los deudores no afecta ni beneficia a los otros²¹

2.1.2.2 Obligaciones Solidarias

“Son aquellas que existen a cargo de dos o más deudores o a favor de dos o más acreedores de tal manera vinculados que cada uno de los deudores puede ser obligado a pagar y cada uno de los acreedores puede exigir la totalidad de la prestación,”²² como se expresó en el punto anterior la solidaridad se presume en materia comercial.²³

Las obligaciones solidarias tienen principalmente dos características que son: la unidad de objeto y la pluralidad de vínculos. La primera significa que el objeto no debe ser fraccionado para el pago, esta es la esencia jurídica de la solidaridad, tanto los deudores o los acreedores estarán obligados entre sí a la totalidad de la prestación. Respecto a la pluralidad de vínculos, lo que hay es un diferente nexo entre cada deudor y cada acreedor aunque, como se acabó de explicar, hay un mismo objeto, por este motivo cada sujeto puede convenir modalidades especiales y cada vínculo se regirá con aquellas modalidades especiales con las que se convino.

Los efectos de la solidaridad se pueden entender desde el punto de vista de las relaciones entre acreedores y entre deudores. Primero se analizará los efectos entre acreedores y más adelante entre deudores.

²⁰ Artículo 1583 Código Civil “Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores.”

²¹ Artículo 2540 Código Civil “La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1573.”

²² CUBIDES CAMACHO Op. Cit., p. 35.

Efectos de la solidaridad entre acreedores.

Los efectos de la solidaridad entre los acreedores o solidaridad activa son :

1. Cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación, en los términos del artículo 1571 del Código Civil²⁴.
2. Cuando el deudor ha sido demandado por alguno de los acreedores solo podrá realizar el pago a éste.
3. Si se realiza el pago (u opera otro medio de extinguir las obligaciones) a cualquiera de los acreedores, extingue la deuda respecto a los demás.²⁵
4. La interrupción de la prescripción que obra a favor de uno de los acreedores obra a favor de todos²⁶.
5. Por último, la solidaridad entre coacreedores tiene como efecto subrogar en el crédito al acreedor o acreedores que no han obtenido el pago de la obligación, convirtiendo al acreedor que lo recibió en deudor de los demás coacreedores originando una obligación conjunta entre ellos.

Efectos de la solidaridad entre deudores.

Cada uno de los deudores puede pagar o ser obligado al pago de la prestación total y éste no puede excusarse del pago ni solicitar la división entre todos los deudores²⁷, la única acción que tiene el deudor que cumple con la totalidad de la obligación es la capacidad de repetir contra los demás deudores, es claro que si se extingue la obligación

²³ Artículo 825 Código de Comercio. “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente.”

²⁴ “El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante.

²⁵ Artículo 1570 Código Civil “... La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de estos no haya demandado ya al deudor.”

²⁶ Artículo 2540 Ibíd. “La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1573.”

²⁷ Artículo 1571 Ibíd. “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”

extingue la relación obligatoria para todos los deudores. El artículo 1572 del Código Civil consagra otro efecto: “La demanda intentada por el acreedor contra algunos de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado.” Esta norma es la base de la garantía implícita en la solidaridad y la que permite decir con propiedad que la solidaridad significa la multiplicación de la responsabilidad²⁸. Al no afectar la solidaridad el orden público ésta es renunciable.²⁹

2.2 OBLIGACIONES SEGÚN EL VÍNCULO JURÍDICO

Las obligaciones según el vínculo jurídico pueden ser civiles, naturales, principales, accesorias, puras y simples, a plazo y condicionales,

2.2.1 Obligaciones civiles

Son las que le dan a su acreedor el derecho de acción para exigir su cumplimiento. Poseen coercibilidad es decir la posibilidad de hacer valer el derecho por la fuerza.

2.2.2 Obligaciones Naturales

El artículo 1527 define las obligaciones civiles y naturales:³⁰ las naturales son las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que una vez cumplidas no se podrá repetir lo pagado, el Código establece las principales obligaciones naturales que son : Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes; las obligaciones civiles extinguidas

²⁸ CUBIDES CAMACHO Op. Cit., p. 41.

²⁹ Artículo 1573 Código Civil “El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de unos de los deudores solidarios o respecto de todos...”

³⁰ “Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas...”

por la prescripción; las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzca efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida; las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba. Aunque estas son las nombradas en el artículo antes citado no quiere decir que sean las únicas verbigracia los daños causados por menor de diez años o por dementes cuando ella es pagada por tales personas cuando cesa la incapacidad que adolecen es una obligación natural.

2.2.3 Obligaciones Principales

Son obligaciones que tienen autonomía, que existen por sí solas que son independientes de otras. El código las define como: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención...”³¹ entonces la obligación es principal cuando el vínculo que hay entre acreedor y deudor puede exigirse y debe cumplirse sin tener en cuenta elementos diferentes a los intrínsecos del vínculo³²

2.2.4 Obligaciones Accesorias

Estas obligaciones se encuentran en la orilla opuesta de las principales, estas dependen de otros vínculos, los efectos de esta clase de obligación dependen en su extensión y circunstancia de la obligación principal. Este tipo de obligación puede ser obligación accesoria de otra obligación , o accesoria de derechos reales (“**propter rem**”)

Obligaciones accesorias de otra obligación

También se conoce como obligaciones de garantía y son aquellas que acceden a otros vínculos de carácter personal y dependen de ellos para la producción de sus efectos, y esto no significa que provengan de la misma fuente al contrario casi siempre su origen es diferente pero su característica se encuentra en la dependencia de otro vínculo

³¹ Artículo 1499 Código Civil.

³² CUBIDES CAMACHO Op. Cit., p. 55

personal, o sea, de otro derecho de crédito. Otra característica importante de este tipo de obligaciones es que son condicionales, por tal motivo su eficacia esta supeditada al cumplimiento de un hecho futuro e incierto, que generalmente es el incumplimiento del obligado, al ser este tipo de obligaciones accesoria, la garantía no puede comprender en su objeto una obligación más amplia que la principal, aunque por disposición legal las obligaciones de garantía comprenden los accesorios de la deuda, como los intereses, los frutos del objeto, las costas judiciales³³, salvo norma o estipulación en contrario.

Obligaciones accesorias de derechos reales (“**propter rem**”)

Estas obligaciones se definen como las “que se dan con ocasión de un derecho real principal de que es titular el deudor e imponen a este la necesidad de ejecutar una prestación, exclusivamente en razón y en la medida de su derecho”³⁴ un ejemplo de este tipo de obligación lo encontramos en el artículo 916 del Código Civil³⁵ ya que las obligaciones de pagar a las expensas del cerramiento se impone por razón del derecho de propiedad y por consiguiente deja de pesar sobre él cuando traspase su derecho de propiedad. Los efectos de estas obligaciones son dos según el maestro Ospina Fernández: la primera es que si el deudor “propter rem” abandona su derecho real, queda ipso facto libre de su obligación³⁶, la segunda es que la obligación propter rem se transfiere y se trasmite junto con el derecho real al que accede.

³³ Artículo 2373 Código Civil La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciera al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha.

³⁴ BONNECASE Julien, Précis de droit civil, t.II, núm 134, citado por OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 210.

³⁵ “Las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento serán a cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él, a prorrata de los respectivos derechos. Sin embargo, podrá cualquiera de ellos exonerarse de este cargo abandonando su derecho de medianería, pero sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia.”

³⁶ Un ejemplo de este efecto se encuentra en el artículo 900 del Código Civil “Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurren a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes.”

2.2.5 Obligaciones puras y simples

Son las que tienen un vínculo que existe y produce sus efectos desde el momento en que se presentan los actos o hechos que constituyen la fuente de estas y en tal caso se puede exigir su cumplimiento inmediatamente. La corte suprema de justicia ha dicho al respecto “ en las obligaciones puras y simples, el momento en que la obligación nace y aquel en que debe ser cumplida, es decir, el instante de su nacimiento y el de exigibilidad, se confunde. Esos dos momentos son uno mismo en el tiempo”³⁷

2.2.6 Obligaciones a plazo.

Del Código Civil en su artículo 1138 se puede tomar una definición de plazo como un hecho futuro y cierto del que depende el goce o la extinción de un derecho. En esta definición encontramos las características principales del plazo que son: ser un hecho futuro, requisito que se entiende en el momento que nace el derecho; es un hecho que aun no ha sucedido o que este actualmente acaeciendo, y por otro lado ser cierto es decir que se producirá sin ninguna duda o incertidumbre por lo menos dentro de las previsiones humanas “verbigracia” una fecha futura o la muerte de alguien que aun no haya ocurrido constituyen plazo. Hay diferentes tipos de plazo siendo el más importante el plazo suspensivo.

2.2.6.1 Clases de plazos

La primera clase de plazo, es el plazo determinado que es el cual se sabe cuando ha de llegar (Vgr. 15 de febrero de 2007), “contrario sensu” el indeterminado es el que no se sabe cuando ha de llegar (El día de la muerte de una persona cualquiera); también encontramos el plazo expreso el cual se encuentra explícitamente señalado, y el tácito en el cual hay una ausencia de estipulación en cualquier sentido. El plazo legal es aquel establecido o fijado por la ley, el convencional es aquel fijado por las partes en un acto jurídico siempre y cuando no contraríen las normas de orden público, y el judicial es

³⁷ Jurisprudencia y doctrina T. III No. 33, septiembre de 1974.

aquel fijado por el juez pero se debe tener en cuenta la salvedad del artículo 1551 del Código Civil “no podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar el plazo para el cumplimiento de una obligación, solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

El plazo suspensivo y el plazo extintivo.

Estos dos tipos de plazo se explicarán de manera más o menos profunda debido a su importancia. El plazo suspensivo lo define Cubides como “La fecha o acontecimiento futuro y cierto del que depende la ejecución de la obligación. A este hecho se supedita solo la exigibilidad de la prestación no su existencia”, de esta definición podemos resaltar que el derecho del acreedor existe antes del vencimiento del termino, ya que lo supeditado al plazo es la exigibilidad no la existencia.

Los efectos del plazo suspensivo a su vez se pueden dividir en dos: antes del vencimiento del plazo y después del vencimiento del mismo. Antes del vencimiento del plazo encontramos los siguientes:

- a) Inexigibilidad de la obligación. Antes del plazo acordado el cual, generalmente es a favor del deudor, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación.
- b) Imprescriptibilidad del crédito. La prescripción del crédito no puede empezar a correr antes del vencimiento del plazo, ya que la obligación no se ha hecho exigible³⁸.
- c) Validez del pago. El pago que se realice antes del cumplimiento es válido según el artículo 1552 del Código Civil³⁹ porque como se mencionó anteriormente la obligación existe desde antes del vencimiento del plazo.
- d) Medidas conservatorias. Los hermanos **Mazeaud** expresan “esta posibilidad no podría serle negada al acreedor a término, puesto que se concede incluso al acreedor

³⁸ Artículo 2535 Código Civil “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”

³⁹ Lo que se paga antes de cumplirse el plazo, no está sujeto a restitución. Esta regla no se aplica a los plazos que tienen el valor de condiciones.

condicional.”⁴⁰ Y si nuestro Código Civil⁴¹ le concede ese beneficio al acreedor condicional con mayor razón se le debe conceder a un acreedor a término.

Una vez cumplido el plazo la obligación se hace exigible y por tal motivo se convierte en obligación pura y simple, igualmente el término de la prescripción comienza a contarse y por último la obligación puede compensarse⁴².

Por su parte, el plazo extintivo mientras no se ha cumplido produce los efectos de cualquier obligación pura y simple, el vencimiento del plazo acarrea la extinción de la obligación; esta extinción del plazo se puede dar por tres causas:

- a) vencimiento del plazo. Sucede cuando el hecho futuro y cierto ocurre
- b) Renuncia. El deudor renuncia al plazo tal y como lo plantea el artículo 1154 del Código Civil. Y siempre y cuando la renuncia no esté prohibida o le cause un perjuicio al acreedor.
- c) Caducidad. Si los intereses de un acreedor se encuentran en peligro el plazo puede caducar según las causales del artículo 1553 del Código Civil⁴³.

2.2.7. Obligaciones Condicionales

Las obligaciones condicionales son las que en su existencia o extinción están sometidas al cumplimiento de una condición. La condición está definida en el artículo 1530: “es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.” En esta definición encontramos las dos características de la condición que son: un hecho futuro, y la incertidumbre del hecho. La primera

⁴⁰ MAZEAUD Op. Cit., p. 287.

⁴¹ Ver artículo 1549 Código Civil.

⁴² Ver artículo 1715 ordinal 3 Código Civil.

⁴³ “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1o.) Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia. 2o.) Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”

característica excluye por principio lógico los hechos presentes y pasados mientras que la segunda los hechos futuros que necesariamente han de producirse porque en este caso estaríamos frente a un plazo y no una condición.

Dependiendo el estado en que se encuentre la condición o el hecho en que ésta consiste, la condición puede ser pendiente⁴⁴, cumplida⁴⁵ y fallida⁴⁶.

Las condiciones se clasifican en positivas⁴⁷, negativas⁴⁸, posible⁴⁹, imposible⁵⁰, lícita⁵¹, ilícitas⁵², expresa⁵³, tácita⁵⁴, potestativa la cual a su vez se divide en la potestativa simple⁵⁵, y la puramente potestativa⁵⁶ la cual no es válida si es la mera voluntad del deudor, también encontramos la casual⁵⁷, mixta⁵⁸ y por último la suspensiva y la resolutoria.

⁴⁴ Se encontrara pendiente en el periodo de incertidumbre; mientras no se pueda saber si el hecho en que consiste va ocurrir o no.

⁴⁵ Se cumple cuando se realiza el hecho en que ella consiste, o cuando se conoce que no va ocurrir el hecho si es un hecho negativo e igualmente, según el Código Civil artículo 1539, cuando un acaecimiento es impedido por medios ilícitos, por quien hubiera sido deudor de haberse realizado la condición.

⁴⁶ Es fallida una condición cuando ha llegado a saberse que el acontecimiento en el que consiste no se realizara o se realizara si es un hecho negativo.

⁴⁷ Consiste en la realización de un hecho o el acontecer de una cosa.

⁴⁸ Consisten en la abstención o que un hecho no acontezca.

⁴⁹ Es la que se ajusta a las leyes de la naturaleza física.

⁵⁰ Es la que es contraria a las leyes de la naturaleza.

⁵¹ Consiste en un hecho acorde con las leyes.

⁵² Es un hecho que contraria la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres..

⁵³ Esta consagrada de manera explicita por las partes.

⁵⁴ Es la que esta sobreentendida y es resultado de la naturaleza de la obligación.

⁵⁵ Es un hecho que depende de la voluntad del acreedor y del deudor.

⁵⁶ Consiste en la sola voluntad de una de las partes.

⁵⁷ La que depende de la voluntad de un tercero.

⁵⁸ Como su nombre lo indica una parte depende de la voluntad del acreedor y la otra parte de la voluntad de un tercero.

En la suspensiva el hecho futuro e incierto subordina el nacimiento de la obligación, los principales efectos de la condición suspensiva son los siguientes:

- a) El pago que se realice pendiente la condición suspensiva puede repetirse.⁵⁹
- b) El acreedor condicional puede pedir todas las medidas convenientes para mantener en buen estado la cosa la cual se encuentre debida bajo condición.⁶⁰
- c) El derecho eventual que tienen el acreedor así como la obligación condicional del deudor es transmitida a los herederos⁶¹.
- d) El derecho eventual del acreedor condicional puede cederse.
- e) Como no existe aun la obligación, la compensación, la prescripción, la novación y en general los medios de extinguir las obligaciones no tienen cabida.

La condición resolutoria por su parte es el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de una obligación⁶², en este caso la obligación produce todos sus efectos mientras la condición resolutoria esté pendiente, ya que si se cumple la condición se extingue la obligación.

2.3. OBLIGACIONES SEGÚN EL OBJETO

Aquí nos encontramos con las obligaciones alternativas, facultativas, obligaciones de género, de especie o cuerpo cierto, divisibles e indivisibles.

2.3.1 Obligaciones alternativas

El artículo 1556 define las obligaciones alternativas así “aquella (sic) por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la

⁵⁹ Ver artículo 1542 Código Civil

⁶⁰ Ver artículo 1549 Código Civil

⁶¹ Ibidem

⁶² Ver artículo 1536 del Código Civil

ejecución de las otras”; quien decide que obligación cumplir es el deudor a menos que se haya pactado lo contrario⁶³, eso sí, una vez elegida una de las obligaciones debe cumplirla en su totalidad. Los efectos de esta clase de obligaciones son los siguientes:

- a) La nulidad o inexistencia que recaiga sobre una de las obligaciones no acarrea la nulidad sobre las otras.⁶⁴
- b) A menos que la elección de la obligación le corresponda al acreedor, éste no puede demandar específicamente una de ellas
- c) Si la elección está a cargo del deudor este puede destruir o enajenar cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas.⁶⁵

2.3.2. Obligaciones facultativas

Estas se definen como las que tienen por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa.⁶⁶

La diferencia fundamental con las obligaciones alternativas es que mientras que estas tienen varios vínculos en la alternativa solo hay un vínculo, una obligación. Los efectos de este tipo de obligación son los siguientes: a) Al ser una sola obligación, la inexistencia, la invalidez o la pérdida del objeto producen la extinción de la obligación aunque la pérdida del objeto secundario no afecta la obligación b) El acreedor solamente puede demandar la prestación a que el deudor esté directamente obligado, porque el pago con el objeto secundario es potestativo de éste⁶⁷

2.3.3 Obligaciones de género

Se encuentran definidas en el artículo 1565 del C.C. el cual establece :” son aquellas (sic) en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género

⁶³ Ver artículo 1557 Código Civil.

⁶⁴ Ver artículo 1560 Código Civil

⁶⁵ Ver artículo 1559 Código Civil

⁶⁶ Artículo 1562 Código Civil.

⁶⁷ Ver artículo 1563 Código Civil.

determinado”. Para poder entender mejor este concepto debemos citar a la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de febrero de 1936 “ en lenguaje de nuestro código, genero es lo que los filósofos llaman especie, por ejemplo, un caballo, un vestido; y especie es para los juriconsultos y nuestro código, lo que los filósofos llaman individuo, por ejemplo, el vestido negro el caballo blanco. Cantidad en el lenguaje de nuestro código viene a ser el género señalado por un número.”

Los efectos de este tipo de obligaciones son los siguientes: a) El artículo 1566 del código civil expresa “En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana”. De aquí tomamos el primero de los efectos y es que el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo b) El segundo de los efectos es que la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, según el artículo 1567,⁶⁸ ya que el género no perece.

2.3.4 Obligaciones de especie o cuerpo cierto

La obligación es de cuerpo cierto cuando su objeto se encuentra individualizado. El deudor no puede pagar con cosa distinta a la pactada y la cual es constitutiva de la obligación, en este tipo de obligación se debe conservar el cuerpo cierto hasta el cumplimiento y en su custodia debe haber el debido cuidado, si el cuerpo cierto se pierde el riesgo lo corre el acreedor a menos que el deudor se constituya en mora al momento de la entrega o la pérdida se de por descuido de éste.

2.3.5. Obligaciones divisibles

El artículo 1581 del Código Civil define este tipo de obligaciones como las susceptibles de división sean físicas, intelectuales o de cuotas y se debe entender que son

⁶⁸ La pérdida de algunas cosas del genero no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe.

susceptibles de división las que pueden hacerse efectivas en varias partes de igual naturaleza, sin detrimento de sustancia ni menoscabo de valor. Según lo anterior no podemos dividir la obligación consistente en entregar un auto o un anillo de oro con diamantes incrustados ya que si se separan sus elementos habría un menoscabo en su valor.

2.3.6 Obligaciones indivisibles

Este tipo de obligaciones a diferencia de las anteriores no se pueden dividir y esta división es imposible por razón de su objeto es decir no se puede fraccionar debido a su propia naturaleza un ejemplo de esto es un cuadro famoso, entregar un animal vivo; la indivisibilidad puede provenir del contrato mismo o de la ley⁶⁹ y el efecto más importante de la indivisibilidad consiste “en que cada uno de los que han contraído la obligación debe satisfacerla en todo, así como cada uno de los acreedores tiene derecho de exigir el total. Este efecto básico esencialmente es el mismo de la solidaridad, lo que ha hecho que se cuestione la utilidad de la indivisibilidad e inclusive que se prescindiera de la distinción entre las dos figuras”⁷⁰

Como ya se han explicado cada una de las obligaciones según la teoría general de las obligaciones, nuestro próximo paso es tomar cada una de las cláusulas del contrato y clasificarlas según el tipo de obligación, de hacer, de dar o no hacer.

⁶⁹ Un ejemplo de indivisibilidad de una obligación se encuentra en el artículo 72 del Código de Comercio.

⁷⁰ CUBIDES CAMACHO Op. Cit., p. 72

3. OBLIGACIONES DE HACER EN EL NUEVO CONTRATO

3.1 OBLIGACIONES DE CARACTER SOCIAL⁷¹

Si bien es cierto, que en el contrato no se encuentra una obligación catalogada de carácter social “per se”, existen dos temas que tienen una gran consonancia con las obligaciones sociales y un tercero que no está en el contrato pero que debería estar en toda organización empresarial, fortaleciendo la responsabilidad social empresarial. Los otros dos elementos son la transferencia de tecnología y las regalías, aunque el marco jurídico de éstas se explicará más adelante en el capítulo relativo a las obligaciones financieras. Este capítulo se enfocará en el beneficio social que traen la transferencia de tecnología y las regalías a una región y específicamente las regalías como generadoras de desarrollo social, el caso del Casanare.

3.1.1 La Responsabilidad Social Empresarial (RSE)

Las cláusulas relacionadas con la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) son las siguientes:

- **CLAUSULA (sic) 9 – PLAN DE EXPLOTACIÓN⁷²**

9.1. Presentación y Contenido: Dentro de los tres (3) Meses siguientes a la presentación de la Declaración de Comercialidad de que trata la Cláusula 8, **EL CONTRATISTA** entregará a la ANH el Plan de Explotación inicial el cual contendrá, como mínimo, la siguiente información:

(...)

⁷¹ Para efectos de esta investigación, las obligaciones de carácter social se deben entender como obligaciones con contenido e impacto en el ámbito social.

⁷² Minuta del Contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos de la ANH. Febrero de 2006.

e) La Identificación de los factores críticos para la ejecución del Plan de Explotación, tales como aspectos ambientales, sociales, económicos, logísticos y las opciones para su manejo.

- **CLAUSULA 30 – MEDIO AMBIENTE**

30.1. EL CONTRATISTA dará especial atención a la protección del medio (sic)⁷³ ambiente y al cumplimiento de la normatividad aplicable en estas materias. Igualmente, adoptará y ejecutará planes de contingencia específicos para atender las emergencias y reparar los daños, de la manera más eficiente y oportuna.

Sobre esta cláusula en particular se hará un estudio a fondo en el capítulo de obligaciones ambientales. Dejando presente su marcada connotación en el ámbito social, la cual, la hace una parte fundamental dentro de la RSE.

La RSE no es algo nuevo, proviene desde principios del siglo XX con empresarios como **Carnegi, Ford** y el mismo **Rockefeller** y que ahora se ven como paradigmas del altruismo, sin embargo, esta evolución en el pensamiento empresarial no fue gratuita, fue el resultado de la confrontación que se dió en su momento con trabajadores y sindicatos; pero el panorama en el siglo XXI es diferente al que se podía encontrar a principios del siglo pasado.

En un mundo altamente globalizado como el actual, el comportamiento de las empresas está bajo el ojo del escrutinio público y cuando la gente ha empezado a ser consciente del poder que tienen las grandes corporaciones (el cual incluso llega a condicionar políticas gubernamentales). Por lo anterior, las protestas mundiales se hacen frecuentes por problemas de desigualdad, injusticia social y ambiente; éstas se han visto en la necesidad de participar más activamente en la búsqueda de la solución de estos inconvenientes y la responsabilidad social empresarial ha empezado a tomar un papel preponderante tanto en la misión como en la visión y los valores de la empresa.

⁷³ Según el Dr. M. Sommer En español no se debe decir o escribir Medio Ambiente, porque es una redundancia que mediatiza y desvirtúa el concepto AMBIENTE. Esto se nota, enlazando dicho vocablo con otras palabras para tratar de fijar definiciones y que solo generan frases gramaticalmente vacías o

La industria del petróleo en Colombia no ha sido la excepción, aunque en un principio las empresas actuaban a través de entidades sin ánimo de lucro, esto cambió a mediados de los años ochenta, debido al fenómeno de la globalización antes mencionado y el grave problema del orden público (causado principalmente por los grupos armados y los narcotraficantes). Debido a lo antes expuesto la industria petrolera se vio en la necesidad de acercarse más a la comunidad y obtener su apoyo; este acercamiento se logró en razón apoyos en sus áreas de influencia mediante aportes en dinero, especie y capacitación.

3.1.1.2 Noción de Responsabilidad Social Empresarial (RSE)

La doctrina ha señalado las actuaciones que se consideran como RSE:

- “Ofrecer productos y servicios que respondan a las necesidades de sus usuarios contribuyendo a su bienestar.
- Tener un comportamiento que vaya más allá del cumplimiento de los mínimos exigidos en las leyes.
- La ética ha de impregnar todas las decisiones de directivos y personal con mando, y formar parte consustancial de la cultura de empresa.
- Las relaciones con los trabajadores han de ser prioritarias, asegurando unas condiciones de trabajo seguras y saludables.
- Ha de respetar con esmero el medio (sic) ambiente.
- Ha de integrarse en la comunidad de la cual forma parte, respondiendo con la sensibilidad adecuada y las acciones sociales oportunas a las necesidades planteadas, atendiéndolas de la mejor forma posible y estando en equilibrio de sus intereses con los de la sociedad”⁷⁴

ambiguas porque no definen nada: educación medioambiental, problemas medioambientales, impacto, etc. Ya casi abolidas.

⁷⁴ TORRES LATORRE, Carlos Arturo. La responsabilidad social empresarial. En: Temas Mineros y petroleros 2005, Bogotá, Colegio de abogados de minas y petróleos, 2005, p.579-581.

Teniendo en cuenta lo anterior se ha adoptado una definición de RSE: "Una visión de negocios que integra armónicamente y de forma sostenible a la estrategia empresarial, el respeto por los valores éticos, las personas, la comunidad y el medio (sic) ambiente"⁷⁵.

Como se anotó, la RSE debe ser sostenible, es decir, debe ser parte del negocio adoptando estrategias a largo plazo que generen ventajas competitivas y económicas a las empresas teniendo en cuenta sus grupos de interés (trabajadores, comunidad local, competidores, proveedores, clientes, etc) ó “**skateholders**”. Debido a esto, las políticas de RSE deben converger en la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades⁷⁶.

La RSE debe ser determinante al momento de definir políticas de la empresa, buscar la creación de riquezas para la sociedad y para la empresa con la implementación de planes, programas y demás conductas que beneficien tanto a los empresarios como a los grupos de interés. Una vez materializadas tales políticas, el empresario obtendrá beneficios adicionales al mejorar su imagen frente a otros productores invistiéndolo de mayor legitimidad y competitividad.

Los programas de RSE producen retornos de inversión a corto, mediano y largo plazo, según sea el caso. Una consideración que debe tener en cuenta el empresario, es que este retorno no solo genera beneficios monetarios sino que genera beneficios de toda índole, “**contrario sensu**”, la ausencia de políticas de RSE genera impactos negativos que serán perceptibles solo a mediano y largo plazo, en consecuencia, el empresario debe asumir una gestión responsable de su actividad por medio de la aplicación de prácticas consideradas como de RSE.

⁷⁵ MEJIA, Carlos Eduardo, TARAZONA ARDILA, Jacqueline y LINARES CORREDOR, Dory, La responsabilidad social empresarial sostenible y la competitividad, Bogotá, Fedepalma, 2005, pág. 4.

⁷⁶ WCED, Our Common Future (El Informe Brundtland), Oxford, Comisión Mundial para el Medio ambiente y el Desarrollo / Oxford University Press, 1987

En lo referente a los beneficios que genera la RSE se encuentra, entre otros, aumento de la productividad, disponibilidad, rendimiento y lealtad de los trabajadores y esto es posible al permitir que el trabajador cumpla sus expectativas exógenas y familiares, lo cual, hace que se apropie del crecimiento organizacional. En el momento que la empresa adopta políticas que promueven la calidad de vida de sus grupos de interés, se presenta una mejora en el clima laboral, se rebajan los costos de contratación y entrenamiento personal, que redundan en una producción más eficiente y una disminución de costos.⁷⁷

Otra de las ventajas de la implementación de tales políticas, es la posibilidad de aplicar para certificaciones internacionales, por ejemplo: las certificaciones ISO 9000, ISO 14000 y la ISO 26000, esta última sobre RSE. Otro aspecto relevante son las adhesiones al **Global Compact** de las Naciones Unidas.⁷⁸ Igualmente, los costos de obtención de apoyos ante Instituciones financieras se verán reducidos debido al incremento en la credibilidad y menores riesgos que las políticas de RSE generan en la empresa.

Una deficiente práctica social genera infinidad de desventajas, por ejemplo: un mal manejo de las políticas ambientales genera deterioro del entorno y rechazo de los grupos de presión y comunidades, además de las posibles sanciones que pueda acarrear. Así mismo, si un empresario no promueve la capacitación de sus trabajadores como fuente de crecimiento personal y profesional, el resultado será una fuerza laboral no

⁷⁷ MEJIA, TARAZONA ARDILA Y LINARES CORREDOR, Op. Cit., p 27

⁷⁸ El “Global Compact” fue creado a iniciativa de Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas el 31 de Enero de 1999, sus diez principios son:

Principio 1 - Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia.

Principio 2 - Deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos.

Principio 3 – Las empresas deben apoyar la libertad de afiliaciones y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Principio 4 – La eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción.

Principio 5 – La erradicación del trabajo infantil.

Principio 6 – La abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.

Principio 7 – Las empresas deben mantener un enfoque preventivo orientado al desafío de la protección medio (sic) ambiental.

Principio 8 – Adoptar iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.

Principio 9 – favorecer el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio (sic) ambiente.

Principio 10 – Las empresas deben luchar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.

competitiva, o en el caso que el empresario lleve a cabo prácticas que menoscaben el respeto hacia el trabajador, solo lograra el resentimiento de la fuerza laboral.

Como se observa, la RSE es fundamental para cualquier empresa y genera más beneficios que costos, por tal motivo, es altamente recomendable que todas las industrias implementen en su organización políticas de RSE.

3.1.1.3 ¿Es la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) obligatoria para el contratista en el nuevo contrato de exploración y explotación de hidrocarburos?

Para responder esta pregunta debemos analizar si la RSE es de carácter obligatorio o voluntario. Consideramos que la RSE es de carácter legal (Licencias ambientales y/o seguridad social), de carácter contractual y la adoptada voluntariamente por el empresario. Las dos primeras, son de carácter obligatorio y la tercera es voluntaria, por tal motivo no se puede obligar al empresario a cumplirla. Sin embargo, en lo referente a la exploración y explotación de hidrocarburos el artículo 5 numeral 7 del Decreto 1760 de 2003⁷⁹, establece que el contratista y la ANH pactarán dentro del contrato los términos y condiciones con los que aquel adelantará programas en beneficio de las comunidades como parte de su responsabilidad social en las áreas de su influencia.

Este precepto legal se materializa en el contrato en la cláusula 10.2 literal d. cuyo texto reza: “**10.2. Contenido del programa del trabajo de explotación:** El programa de Trabajos de Explotación para cada Área de Explotación contendrá, como mínimo:
(...)

d) Los términos y condiciones conforme a los cuales desarrollará los programas en beneficio de las comunidades en las áreas de influencia del Área de Explotación.”

⁷⁹ ARTICULO 5° FUNCIONES. Son funciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, las siguientes: (...) 5.7. Convenir en los contratos de exploración y explotación los términos y condiciones con sujeción a los cuales las compañías contratistas, como parte de su responsabilidad social, adelantaran programas en beneficio de las comunidades ubicadas en las áreas de influencia de los correspondientes contratos.

En vista de esto, la RSE aplicada al Contratista es de carácter obligatorio desde el momento que presenta el programa de trabajo de explotación en los términos y condiciones antes transcritos por tal motivo es exigible, ya que nos encontramos frente a una obligación contractual con sustento legal. Si el contratista llegare a realizar prácticas de RSE de manera voluntaria más allá de las expresadas en el Programa de trabajos de Explotación, éste no podrá ser obligado a cumplirlas.

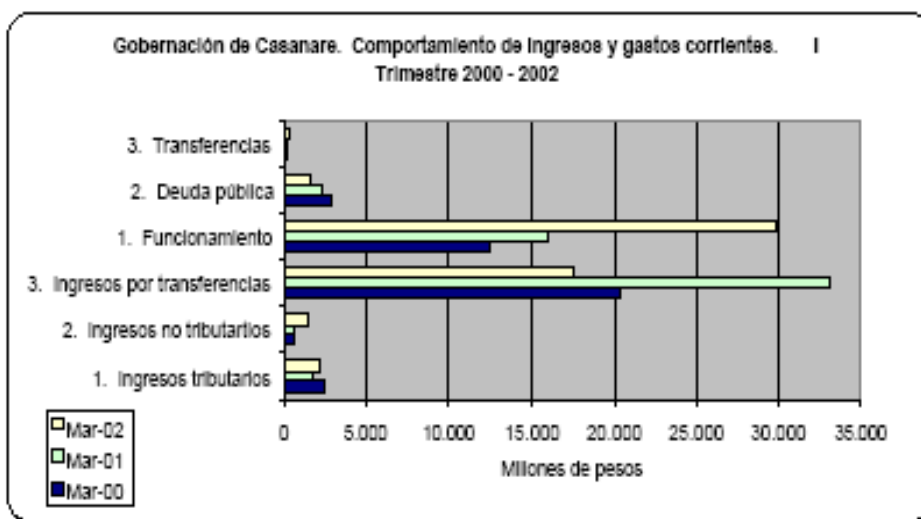
3.1.2 Regalías como generadoras de desarrollo social: el caso del Casanare

Las regalías petroleras inciden de tal forma en la calidad de vida de los habitantes de un departamento, que a su vez son un aspecto a tener en cuenta en el desarrollo social de éste, por tal motivo se estudiará esa influencia social en el departamento del Casanare. Este departamento, en la actualidad es el que recibe mayores ingresos por concepto de regalías y la importancia que tienen éstas en los ingresos del departamento es fundamental, siendo esta la razón por la cual se toma como ejemplo.

Para demostrar con cifras se observó que entre enero y marzo de 2002, el Gobierno Central Departamental de Casanare tuvo un total de ingresos de \$21.146 millones, de los cuales el 99.7 por ciento correspondió a ingresos corrientes y lo restante a ingresos de capital.

Los ingresos corrientes están representados principalmente por las transferencias recibidas especialmente de empresas de bienes y servicios nacionales, que aportaron el 83.5 por ciento al total de los corrientes; los ingresos tributarios contribuyeron con el 10 por ciento y los ingresos no tributarios aportaron el 6.5 por ciento. Como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Ingresos y Gastos años 2000, 2001 y 2002

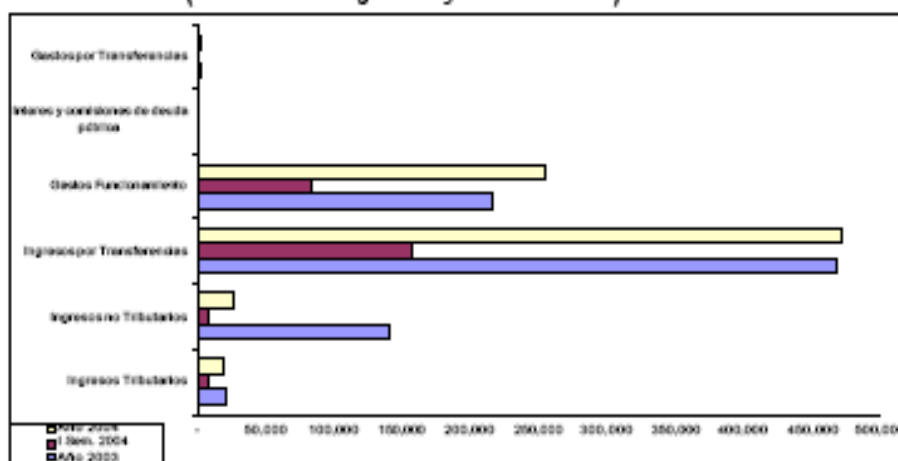


Fuente: Ejecución presupuestal, Gobernación de Casanare.

Durante los años 2003 y 2004 la tendencia sobre los ingresos corrientes que están representados principalmente por las transferencias recibidas de empresas de bienes y servicios nacionales, mantiene mayor aporte en el total de los ingresos corrientes. Verificando en el gráfico 2:

Gráfico 2. Ingresos y Gastos Años 2003 y 2004⁸⁰

Casanare. Comportamiento de los ingresos y gastos corrientes. 2003 - 2004 (acumulado junio y diciembre)



Fuente: Ejecución presupuestal Gobernación de Casanare.

⁸⁰ Como se puede ver claramente en el gráfico, los ingresos por transferencias son mayores en una proporción de cuatro a uno respecto de los respectivos tributarios y no tributarios.

Respecto al tema de regalías se observó que a nivel nacional el departamento de Casanare durante los últimos años ha sido en términos monetarios, el que recibe mayor ingreso por concepto de regalías de su actividad económica. Por ejemplo, en el año 2005 recibió \$516.335.162.773 de pesos. Ver el siguiente cuadro para mayor claridad:

Cuadro 1. Regalías Años 2004, 2005 y 2006 (en millones de pesos)

Beneficiario Regalías por producción	2004	2005	2006 Hasta Julio
ANTIOQUIA	39.832.534.092	52.981.445.167	49.245.009.982
ARAUCA	150.415.329.742	168.593.374.049	149.414.539.649
BOLIVAR	20.841.783.497	30.898.418.941	34.363.071.723
BOYACA	43.642.458.068	59.614.960.975	65.725.097.201
CASANARE	423.105.235.774	516.335.162.773	425.426.980.763
CAUCA	3.996.543.290	5.180.695.797	8.174.932.074
CESAR	4.991.431.159	7.395.777.217	6.578.454.221
CUNDINAMARCA	9.438.839.280	6.890.103.853	11.164.759.475
GUAJIRA	58.425.519.813	66.656.239.137	70.321.014.610
HUILA	156.716.127.786	205.123.797.699	218.699.936.726
META	194.386.711.372	267.849.636.649	270.432.699.433
NARIÑO	327.693.037	471.560.571	354.350.712
NORTE DE SANTANDER	11.705.560.765	10.094.306.992	18.315.476.186
PUTUMAYO	28.018.242.518	34.222.542.566	41.965.193.763
SANTANDER	77.444.699.187	87.939.134.078	136.501.717.327
SUCRE	877.704.189	909.532.425	938.401.015
TOLIMA	56.074.791.939	74.734.701.032	89.103.070.866

Fuente: Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH

A pesar de que en Casanare se han presentado casos de corrupción, el objetivo no es determinar el uso apropiado del erario público sino la injerencia de las regalías en el

bienestar de los habitantes de una región; y muy seguramente de cualquier otra que reciba importantes ingresos por conceptos de regalías.

Como se expresó anteriormente, la calidad de vida de una región puede mejorar sustancialmente por la explotación de grandes yacimientos de petróleo, primero por las regalías que recibe el departamento y segundo por las políticas de responsabilidad social anteriormente explicadas, las cuales generan desarrollo a la comunidad. Un claro ejemplo es el Casanare, donde se encuentran los yacimientos de Cusiana y Cupiagua. Los datos que a continuación se presentan fueron tomados de la publicación de Fedesarrollo petróleo y región el caso del Casanare⁸¹ realizada con datos de la encuesta social realizada en el año 2001 por Fedesarrollo. Para mostrar lo anterior en forma detallada, se expondrá a continuación un breve resumen de la situación del departamento respecto a los principales aspectos como: cobertura de servicios públicos, educación, desempleo, pensiones, percepciones sobre la seguridad, la migración y la inversión ejecutada entre otros.

En Casanare, la cobertura de servicios públicos en acueducto, energía y teléfonos es de 96% 92% y 56% respectivamente. Como se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro 2. Cobertura de servicios públicos

Ciudad	Acueducto	Energía	Teléfono
Barranquilla	97%	98%	51%
Bogotá	99%	99%	95%
Cali	98%	98%	82%
Casanare	96%	92%	52%

Fuente: Encuesta Social Fedesarrollo.

En cuánto a educación en el departamento, para las personas entre cinco y ocho años de edad, la tasa de cobertura escolar asciende a 93%, mientras que en las cuatro principales

⁸¹ Gaviria Alejandro, Zapata Juan Gonzalo y Gonzáles Adriana, Petróleo y Región, el caso de Casanare, Bogotá: Fedesarrollo, 2002

ciudades del país es de 94%. Para las personas entre 11 y 16 años las mismas tasas ascienden a 87% y 91% respectivamente (ver **cuadro 3**. Cobertura escolar por grupos de edad), en el Casanare el 92% de los estudiantes entre 5 y 16 años asisten a planteles públicos, mientras que sólo el 65% hace lo propio en las cuatro principales ciudades. Lo que indica que el gasto en cobertura en educación pública, debido a los ingresos del petróleo ha sido eficaz.⁸² .

Cuadro 3. Cobertura escolar por grupos de edad

Ciudad	5 y 11 años	11 y 16 años	Más de 16 años
Barranquilla	94%	90%	43%
Bogotá	94%	90%	45%
Cali	90%	86%	37%
Medellín	98%	96%	31%
Casanare	93%	87%	41%

Fuente. Encuesta Social

Las tasas de cobertura escolar observadas en Casanare, son similares a las observadas en las principales áreas metropolitanas y están distribuidas igualmente entre grupos de nivel socioeconómico.

Igualmente, la tasa de desempleo es más baja en el Casanare que en las cuatro principales ciudades del país, 11 % contra 18 % respectivamente (al año 2001); pero el menor desempleo se presenta debido, a la mayor informalidad, ya que Casanare presenta una cobertura en pensiones realmente baja (en los estratos bajo y medio solo representa un 20%). Ver el siguiente cuadro:

⁸² *Ibíd.*, p. 11

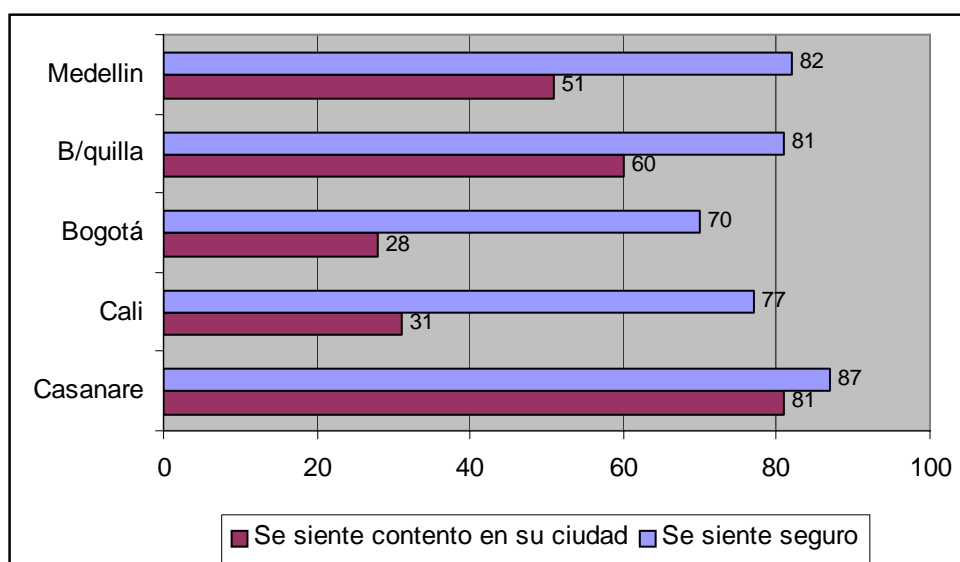
Cuadro 4. Porcentaje de jefes de hogar afiliados al sistema de pensiones

Ciudad	Porcentaje de jefes de hogar afiliados a pensiones
Barranquilla	34%
Bogotá	32%
Cali	31%
Casanare	18%
Medellín	40%

Fuente: Encuesta Social

En el tema de la percepción de seguridad por parte de los ciudadanos, también es más alta en Casanare que en las ciudades más grandes igualmente es el porcentaje de las personas que se sienten contentas en su ciudad. Como se muestra en el **gráfico 3**:

Gráfico 3. Porcentajes de personas que sienten contentas en su ciudad



Fuente: Fedesarrollo Petróleo y Región, el caso de Casanare.

“La migración ha sido un tema importante en la discusión sobre los efectos de la explotación petrolera y las diferencias entre inmigrantes y nativos, imaginadas ó reales, son fuerte permanente de controversia entre los habitantes y las autoridades de la región.

La población de inmigrantes se define como aquellos que vivieron en el pasado en una población distinta a su sitio de actual residencia, es proporcionalmente mayor en el Casanare que en las ciudades grandes del país, siendo del 32 % en Yopal, Aguazul y Tauramena y 19% en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla.

Cuando sólo se consideran las personas que son jefes de hogar, los porcentajes de la población de inmigrantes son 42% en Yopal, Aguazul y Tauramena y 31% en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla. En Casanare los inmigrantes están sobre representados en el estrato alto, ya que el 53% del 32% de los inmigrantes pertenecen a este estrato.

Igualmente los niveles de calificación de los inmigrantes respecto de los nativos medidos por los años de educación, son también mayores en el Casanare que en las cuatro ciudades grandes⁸³. Ver el cuadro siguiente para mejor comprensión:

Cuadro 5. Emigrantes versus Nativos

	CASANARE		CUATRO GRANDES CIUDADES	
	Nativos	Emigrantes	Nativos	Emigrantes
Años de educación jefes de hogar	6.57	8.20	8.50	8.29
Desempleo jefes de hogar	4.4	8.0	6.6	7.0
Miedo a perder el empleo	56.3	64.1	81.8	79.8
Cobertura pensiones jefes de hogar	14.7	23.2	35.1	32.3
Cobertura salud	36.4	47.6	54.7	56.7

⁸³ *Ibíd.*, p. 12

El impacto de la actividad petrolera sobre el nivel de actividad comercial e industrial ha sido muy positivo, el número de empresas registradas en la región aumentó sustancialmente entre 1991 y 1996, en este último año el Casanare tenía el 10% del total de las empresas registradas en el país, (en el año 1996) este crecimiento alentó igualmente el desarrollo del sector financiero. Las inversiones realizadas en las etapas de instalación y ejecución de los campos de Cusiana y Cupiagua generaron aproximadamente 12.000 puestos de trabajo en el período 1994 – 1996 pero muchos otros empleos se generaron en actividades ligadas a la actividad petrolera como la industria y el comercio.

En resumen, las cifras muestran que la cobertura de servicios públicos y la tasa de escolaridad de las principales ciudades del Casanare no son muy diferentes a las observadas en las principales ciudades del país.

Las condiciones generales del mercado laboral son mejores en el Casanare que en las ciudades grandes del país, el desempleo es menor, como lo es el porcentaje de jefes de hogar que manifiesta tener miedo de perder su empleo.

Las condiciones de vida de los emigrantes respecto de los nativos son mejores en el Casanare que en las ciudades grandes del país, quizá como reflejo de sus mayores niveles de educación y su mayor participación en el sector formal.⁸⁴

El ingreso por concepto de regalías, hace que un municipio pueda llegar a tener una inversión social importante, el cual, redundará en un mejoramiento social. Este es el caso del municipio de Aguazul (Casanare) comparado con un municipio no petrolero como Chaparral⁸⁵ (ó por lo menos que recibe un pequeño monto de regalías directas). Se encuentra que Aguazul invierte en cada uno de los sectores, por lo menos nueve veces más que Chaparral siendo los sectores más beneficiados los de agua potable, saneamiento básico y vivienda de interés social.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 13

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 50

En el municipio de Aguazul se invierten 16 y 52 veces más respectivamente en saneamiento básico y vivienda que en Chaparral y en sectores como salud y educación la inversión financiada con regalías supera la financiada con transferencias, además, estos recursos también se invierten en sectores de infraestructura como electrificación, vías, agricultura y ambiente. Igualmente las regalías han contribuido en el municipio de aguazul a planificar obras y proyectos de largo plazo los cuales no se incluyen en los programas de inversión de Chaparral debido a su alto costo. Ver el **cuadro 7**. Comparación inversión ejecutada (1999), para mayor comprensión.

Cuadro 7. Comparación inversión ejecutada (1999)

	Aguazul	Chaparral
Educación	3.796.082	1.194.162
Salud	3.085.860	1.686.898
Recreación y Deporte	1.373.493	119.516
Cultural	294.163	74.100
Agua Potable y Saneamiento Básico	8.123.845	466.162
Fortalecimiento de la Gestión	988.639	42.733
Obras Equipamiento Bienestar Social	908.101	103.320
Vías	4.715.638	559.928
Electrificación	3.028.582	200.288
Agricultura y Medio Ambiente	2.117.185	169.825

Fuente: Petróleo y Región: el caso Casanare

En conclusión, la calidad de vida de la población en general mejora cuando hay industria petrolera en la región y no sólo, debido a los excedentes de riqueza que genera sino a la política social y a la responsabilidad social que la industria ha tomado frente a la comunidad.

3.1.3 Transferencia de tecnología

Una de las razones por las que empresas de países subdesarrollados, hacen acuerdos con empresas de países desarrollados es la transferencia de tecnología. Ya que con estas operaciones “acceden a tecnologías de punta y disminución de costos, permitiendo un mejor producto a un menor costo generando de esta forma una ventaja competitiva.”⁸⁶

Las ventajas para empresas de países en desarrollo y en general para todo tipo de empresas es palpable, pero principalmente es de carácter económico, ya que cuando hay transferencia de tecnología la empresa beneficiaria accede a nuevas tecnologías sin incurrir en el tiempo y los costos que podría generar el desarrollo de éstas. En todo caso la transferencia de tecnología hace que la empresa sea más competitiva, ya que el acceder a una nueva tecnología o proceso obtiene una ventaja frente a otras del mismo sector que no tienen acceso a ésta.

Para poder hablar sobre el concepto de *transferencia de tecnología*, hay que definir cada término. La *transferencia* lo define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: “ceder o renunciar en otro el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre una cosa” y el término *tecnología* ha sido definido como “El conjunto de conocimientos específicos que permiten la modernización de los sistemas productivos a través de la aplicación del desarrollo científico de las actividades agrarias, industriales y de servicios.”⁸⁷

Puede decirse que el género es la transferencia de tecnología y la especie es la ingeniería, las patentes, los modelos de utilidad, el know how, las marcas, la licencia de uso de marca, el software y la asistencia técnica.

⁸⁶ LOPEZ GUZMAN, Fabián. Contratos internacionales de transferencia de tecnología el know how, Bogota. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002 p. 192

⁸⁷ Tribunal Económico Administrativo Central de España, sentencia del 22 de octubre de 1997.

Ahora teniendo como punto de partida lo anterior, hay que entender que la transferencia de tecnología puede hacerse de dos maneras diferentes: la primera, es mediante tecnología incorporada a mercancías objeto de compra o venta y mediante tecnología no incorporada a mercancías.

3.1.3.1 Tecnología incorporada a mercancías objeto de compra o venta

Generalmente cuando un equipo es vendido en su precio, ya se encuentran incorporados los costos de investigación, estudio, diseño, desarrollo, etc.

Cuando se presenta este caso en el que la tecnología viene implícita en el bien, no puede hablarse de transferencia de tecnología, puesto que lo que hay es una compraventa de un bien ó mercadería, pero en muchos casos se encuentra frente a un contrato de transferencia de tecnología cuando fuera del bien que se adquiere se obtiene el derecho de una marca, una patente o servicios de asistencia técnica.

Por lo tanto, habrá coexistencia de contratos de compraventa y de transferencia de tecnología, cuando por ejemplo una empresa compra una computadora de última generación y además la empresa que vende el producto se compromete a prestar asistencia técnica de cualquier tipo, en este caso estaríamos frente un contrato de compraventa y de transferencia de tecnología.

3.1.3.2 Tecnología no incorporada a mercancías

Cuando no hay un contrato de compraventa y hay un objeto de transmisión de prestaciones tecnológicas nos encontramos realmente con una transferencia de tecnología. Los contratos de transferencia de tecnología, pueden ser objeto de cesión definitiva por medio de la venta ó puede serlo de manera temporal mediante la licencia o concesión de uso o explotación.

El término transferencia de tecnología es muy amplio, por lo tanto se debe estudiar las diferentes formas que puede tomar el contrato que son las siguientes:

3.1.3.2.1 Ingeniería

Debe definirse la ingeniería como: “conjunto de trabajos y estudios de carácter técnico, económico y de investigación, normalmente efectuados por una empresa ó departamento especializado para la realización de un determinado proyecto industrial y que suelen materializarse en proyectos e informes técnicos y planos”⁸⁸. Esta sería la primera forma de transferencia de tecnología.

3.1.3.2.2 Patentes y modelos de utilidad

Las patentes son privilegios legales concedidos al descubridor de un invento el cuál le permite crearlo, fabricarlo, utilizarlo y venderlo con exclusividad durante un tiempo determinado.

La Comunidad Andina de Naciones en la decisión 486, regula todo lo relacionado con la propiedad industrial; en su artículo 14 expresa: “Los países miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial” y en su artículo 16 dice “Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.” De lo anterior, puede deducirse que para que se le otorgue una patente a un autor, debe cumplir con tres requisitos: novedad, nivel inventivo y aplicación industrial y se entenderá como novedad cuando no se encuentre en el estado de la técnica.

Al modelo de utilidad la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones lo define como “toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le

⁸⁸ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Contratos de colaboración en el comercio internacional, Bosch, Barcelona, 1998, P. 173.

incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. Los modelos de utilidad se protegerán mediante patentes.”⁸⁹

Como puede apreciarse los modelos de utilidad son una variación de un instrumento ya existente, el cual permita un mejor o un funcionamiento diferente. Al ser patentable el modelo de utilidad, se podría dar una transferencia de tecnología al otorgar el uso de la patente a una industria diferente al que la desarrolló.

3.1.3.2.3 “Know How”

El “**know how**” es uno de los conceptos con mayores definiciones que puede encontrarse por ejemplo la “**Association des Bureaux pour la Protection de la Propriété Industrielle**” la define como “conjunto no divulgado de informaciones, técnicas patentables o no, que son necesarias para la reproducción industrial, directamente y en las mismas condiciones, de un producto o de un procedimiento; procediendo de la experiencia.”

El reglamento de la unión europea CE 240/96 define el “**know how**” como el conjunto de informaciones técnicas secretas, sustanciales e identificadas de forma apropiada.⁹⁰

De esta forma podemos apreciar que el “**know how**” es un concepto inmaterial, pero que se puede llegar a materializar en algo tangible como dibujos, instrucciones, etc.

Entonces, cuando una parte se obliga a comunicar a otra los conocimientos secretos sustanciales e identificados estamos frente a un contrato de cesión de “know how” y aquí se daría la transferencia de tecnología.

⁸⁹ Artículo 81 Decisión 486 del 2000 Comunidad Andina de Naciones.

⁹⁰ Para el Doctor Enrique Guardiola Sacarrera en su libro contratos de colaboración internacional se debe entender como “Secretas el conjunto del know how considerado globalmente o en la configuración y articulación precisa de sus elementos; Sustanciales el know how contiene una información útil, es decir, que en el momento del acuerdo, cabe para esperar que servirá para mejorar la competitividad; identificadas el know how ha de describirse o registrarse en un soporte material de tal forma que sea posible comprobar si se cumplen los requisitos de secretos y sustancialidad y garantizar que no se restringe indebidamente la libertad de licenciatario de explotar su propia tecnología.

3.1.3.2.4 Marcas

Para la Comunidad Andina de Naciones se entiende marca como “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.”⁹¹

También se entienden como marcas las palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos, los sonidos, los olores, las letras y los números, etc.

La marca es importante porque tiene como objetivo proteger a los titulares de ésta, contra maniobras de terceros que buscan provocar confusión para sacarle provecho a la reputación atribuida a la marca, entonces la marca lo que busca es garantizar a los consumidores, la identificación del origen del producto dándoles la posibilidad a estos de distinguirlo de otro producto con diferente origen. Según la OMPI⁹² la marca debe tener dos características: debe ser distintiva y no inducir a engaño, bajo este contexto podríamos decir que una marca es un signo que individualiza los productos de una empresa determinada y los distingue de los productos de sus competidores.

Para ser distintiva, una marca debe ser intrínsecamente capaz de distinguir productos y servicios y una marca que pueda inducir a engaño sería una marca que indicase que los productos a los que se aplica poseen ciertas cualidades de las que están desprovistos.

La marca la podemos dividir por el objeto en que recae, en marca de servicios y marca de bienes; la primera protege servicios mientras que la última protege bienes ó productos.

⁹¹ Artículo 134 decisión 486 Comunidad Andina de Naciones.

⁹² Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)

3.1.3.2.5 La Licencia de uso de marca

Las marcas son bienes muebles, los cuales pueden ser susceptibles de cesión. Por este motivo, la licencia lo que permite es que con la autorización del dueño de la marca, otra persona pueda utilizarla.

3.1.3.2.6 Software

El software es toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas en un sistema informático para realizar una función, una tarea ó para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuera su forma de expresión y fijación; la transferencia de tecnología se puede dar en el caso de la licencia del software o de la entrega gratuita o no, de los códigos base de los programas informáticos.⁹³

3.1.3.2.7 Asistencia técnica

Al principio se dio como ejemplo de transferencia de tecnología la asistencia técnica, el cual es un concepto un tanto genérico, pero la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define la asistencia técnica como la “actividad relacionada con la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada por un período de tiempo fijado en función del objeto particular de esta asistencia y en la que se incluyen por ejemplo, consultas y visitas de expertos, preparación de planos y diseños, supervisión de fabricación, estudio de mercado y formación profesional.”

Cuando se presta asistencia técnica se está dando una transferencia de tecnología. Viendo lo anterior la transferencia de tecnología es muy común y adquiere diferentes formas pero lo que realmente importa para el objeto del trabajo es la transferencia de tecnología en la industria del petróleo y especialmente en el caso colombiano, tema que se abordará a continuación.

3.1.3.4 La Transferencia de tecnología en Colombia en el ámbito petrolero

La transferencia de tecnología en el campo del petróleo, empezó desde el mismo momento en que comienza la exploración y la explotación de petróleo en Colombia. Un ejemplo de esto, es la construcción en los años veinte de un complejo metalmecánico por parte de Troco en la ciudad de Barrancabermeja, el cual, estaba dotado de taller de máquinas y herramientas, con tornos horizontales, tornos verticales, fresadoras, cepillos, taladros radiales, rectificadores, etc. Esto para poder enfrentar el problema de los suministros de repuestos y partes para el mantenimiento de sus equipos los cuales antes del complejo metalmecánico no se conseguían en el país⁹⁴.

Pero este no ha sido el único aporte que se ha dado, Colombia carente de conocimientos en el área petrolera en los años veinte decidió aprovechar el conocimiento que tenían las multinacionales petroleras. Gracias a las capacitaciones dadas por las multinacionales petroleras a los trabajadores nacionales, se ha creado y mejorado el “**know how**” de empresas como ECOPETROL y la metalmecánica, ya que las especiales exigencias de la industria petrolera hacen que estas se vean obligadas a mejorar su proceso de producción.

Al generar transferencia de tecnología mediante la capacitación, no sólo se beneficia el país sino también las multinacionales, debido a que los técnicos capacitados por éstas, utilizan el conocimiento en sus propios procesos y para sus propios beneficios. La transferencia de tecnología es de gran escala ya que todas las nuevas tecnologías descubiertas en el mundo terminan siendo aplicadas y asimiladas por Colombia.

El desarrollo de tecnología es altamente costoso, por eso, es mucho más factible que se desarrolle por grandes multinacionales, puesto que pueden dispersar el costo debido a la gran cantidad y variedad de proyectos.

⁹³ GUARDIOLA SACARRERA Op. Cit., p. 197.

⁹⁴ Panorama, Revista de las compañías Shell en Colombia, Sacando petróleo y sembrando conocimiento.

Los países en vía de desarrollo se benefician de esta tecnología ya que la adquieren a un costo mucho menor que el original.

Si bien es cierto, que la transferencia de tecnología es beneficiosa, muchas veces no se aprovecha la tecnología desarrollada o adquirida por las multinacionales porque no hay quien las asimile. Es por ejemplo, el caso de los estudios sísmicos antes de la expedición del decreto 1760, ECOPETROL recibía dichos estudios por parte de todas las empresas que hacían exploración en el territorio nacional pero solo hasta hace poco menos de 10 años han comenzado a ser analizados y almacenados de una forma que sirvan de fuente de información a las empresas que quieran aprovecharlos.⁹⁵ Ahora los estudios sísmicos bajo el nuevo contrato los recibe la ANH

A primera vista, pareciese que el único beneficiado con la transferencia de tecnología es Colombia pero no es así ya que este sistema es una autopista de dos vías, las multinacionales y los contratistas también se benefician de estos al aumentar su nivel de conocimiento y competitividad, producto de la interacción de las distintas tecnologías aplicadas en la industria.

3.1.3.5 La transferencia de tecnología en el nuevo contrato de exploración y explotación

En el nuevo contrato la cláusula número 23.5 habla sobre la transferencia de tecnología (que como se indicó antes puede darse de muchas formas):

23.5. Transferencia de Tecnología: EL CONTRATISTA se obliga a costear o realizar a su cargo programas de capacitación para profesionales o mediante el patrocinio de proyectos de investigación, que designe la ANH, en áreas relacionadas con el desarrollo de este Contrato y durante su vigencia. La capacitación estará relacionada con la industria del petróleo, como son áreas técnicas, ambientales, comerciales, legales, entre otras. La capacitación se podrá llevar a cabo mediante la integración de los profesionales que sean designados por la ANH, al grupo de trabajo que **EL CONTRATISTA** organice para el

⁹⁵ *Ibíd.* P. 5

Área Contratada o para otras actividades afines. Todos los costos de la capacitación, con excepción de los laborales que se causen a favor de los profesionales que la reciban, que tengan lugar con ocasión del cumplimiento de las obligaciones de **EL CONTRATISTA** en virtud de esta Cláusula, serán asumidos en un ciento por ciento (100%) por **EL CONTRATISTA**. En ningún caso, **EL CONTRATISTA** asumirá costo alguno derivado de la relación laboral de los beneficiarios de la capacitación. Para dar cumplimiento a las obligaciones de Transferencia de Tecnología de acuerdo con lo previsto en esta cláusula, en cada una de las fases del Período de Exploración y sus prórrogas **EL CONTRATISTA** se compromete a adelantar programas de transferencia de tecnología hasta por un valor del veinticinco por ciento (25%) del monto que resulte de multiplicar el número de hectáreas y fracción de hectárea del Área Contratada, excluidas las Áreas de Explotación, por el valor que se presenta en la tabla definida en la cláusula 16.1 (numeral 16.1.1). y este cálculo se hará al inicio de cada fase, incluida la primera. Respecto de las Áreas de Explotación, la transferencia de tecnología será hasta por un valor del diez por ciento (10%) del monto del derecho por el uso del subsuelo de que trata la cláusula 16 (numeral 16.1.2), por cada Año Calendario, En ningún caso, a **EL CONTRATISTA** se le exigirá que el valor total de la Transferencia de Tecnología exceda de cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 100.000) por fase o por Año Calendario, según corresponda.

El contratista se obliga a la realización de programas de capacitación y proyectos de investigación designados por la ANH pagados por la empresa petrolera, obviamente los proyectos de investigación deben estar vinculados con la industria petrolera ya sea en áreas técnicas, ambientales, legales o comerciales.

El contratista no asumirá los costos laborales de las personas que reciban la capacitación en el caso que no sean sus trabajadores. Por ejemplo, un empleado de la ANH está recibiendo un curso práctico en el manejo de maquinaria de última tecnología en un campo de la BP, en este caso no debe asumir los costos laborales de ese empleado.

Otro punto importante en la transferencia de tecnología es cuánto dinero debe invertirse. Según el contrato debe dividirse en dos fases (exploración y explotación) en la fase de exploración debe invertirse el veinticinco por ciento (25%) del monto que resulte de multiplicar el número de hectáreas y fracción

de hectárea del Área Contratada, excluidas las Áreas de Explotación, por el valor que se presenta en el **cuadro 7**. Este cálculo se debe hacer por cada fase de exploración.

Cuadro 7. Tabla de valores para calcular la transferencia de tecnología

Valor por fase en US\$ / Hectárea				
Tamaño de área	Por las primeras 100.000 Has.		Por cada hectárea adicional a 100.000 Has.	
	≤12 meses	> 12 meses	≤12 meses	> 12 meses
En polígonos A y B	0.75	1.0	1.0	1.5
Fuera de los Polígonos	0.5	0.75	0.75	1.0
Áreas costa afuera	0.25			

Fuente: Contrato de exploración y explotación de Hidrocarburos, ANH

Por ejemplo, se firma un contrato de exploración cuyo objeto sean 80.000 hectáreas, las cuales, se encuentran en los polígonos A y B por un período superior a 12 meses.

El número de hectáreas se deberá multiplicar por un dólar (80.000 X 1.0 = 80.000 US\$) como debe invertirse el 25% de esta suma en transferencia de tecnología se deberían invertir 20.000 US\$ por este concepto.

Respecto a la explotación será hasta un 10% por cada diez centavos de dólar (0.10 US\$) por cada barril explotado en otras palabras por cada barril explotado se deberá destinar un centavo de dólar (0.01 US\$) para transferencia de tecnología.

En ningún caso la transferencia de tecnología podrá superar los cien mil dólares (100.000 US\$) por fase o año calendario.

En resumen, la transferencia de tecnología en la práctica es muy amplia porque incluye, entre otras marcas, patentes, obras de infraestructura, “know how” y obviamente

transmisión de conocimiento mediante capacitación. La transferencia de tecnología es un elemento esencial para el desarrollo de cualquier país e industria.

En la producción y explotación de los hidrocarburos, como ya se indicó, se hace especial énfasis en esta obligación de carácter social (transferencia de tecnología), tanto en el ámbito contractual como en el legal, tal es el caso del artículo 19 de la Ley 10 de 1961, el cual, crea un fondo destinado para la educación en materias relacionadas con los hidrocarburos. Respecto al papel de la ANH se traduce en fiscalizar el cumplimiento de los programas de transferencia de tecnología de los cuales trata la cláusula 23.5 en cuanto a su valor como en sus condiciones de ejecución.

La transferencia de tecnología es un activo intangible y por tal motivo los beneficios reales de ésta son muy difíciles de cuantificar, sin embargo, son notorios en el día a día de las prácticas industriales utilizadas en los campos petroleros, las cuales redundan en un mejoramiento continuo de la técnica de exploración y explotación de hidrocarburos⁹⁶ y hacen que Colombia se encuentre a la par respecto a la técnica empleada por los países más avanzados en la materia.

⁹⁶ La década de los ochenta trajo una gran innovación a nivel mundial en la explotación de hidrocarburos: la entrada en escena de las brocas PDC con insertos de diamantes policristalinos sobre una base de carburo de tungsteno; ese equipo comenzó a usarse en el país casi en forma simultánea que en otros territorios petroleros - Panorama, Revista de las compañías Shell en Colombia, Sacando petróleo y sembrando conocimiento -.

4. OBLIGACIONES LABORALES

Conviene insertarse en el tema de las obligaciones laborales, que se establecen en el Contrato de Exploración y Explotación de hidrocarburos subrayando y clarificando conceptos generales de Derecho, tales como la territorialidad de la ley Colombiana y el régimen jurídico que gobierna las relaciones laborales que se presentan con ocasión de la ejecución material de la actividad exploratoria y la posible explotación del yacimiento petrolero.

El Artículo 18 del Código Civil establece que “la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. En concordancia con la disposición general el Artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo determina que: “El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a la nacionalidad”.

Teniendo en cuenta las disposiciones normativas anteriormente citadas, es relevante para este estudio precisar que, si bien es cierto que es posible que el contratista sea una sociedad organizada de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos de Norteamérica, esto no es óbice para que se sustraiga del cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la relación laboral, la cual, se regulará por la ley colombiana, máxime si se tiene en cuenta que las disposiciones normativas que regulan el Derecho del trabajo en Colombia son de orden público, lo que implica que su aplicación es imperativa, de suerte tal, que los particulares no tiene capacidad de modificar los derechos mínimos establecidos en la legislación laboral en favor del trabajador.

Frente a esta situación vale la pena hacer una pequeña reflexión y por qué no una descripción de lo que está ocurriendo en las relaciones laborales en Colombia entre los empleadores y los trabajadores.

Producto de la rigidez del Derecho Laboral en Colombia, que en ocasiones más que beneficiar al trabajador lo limitan en su capacidad de negociación, el vínculo laboral se

ha transformado en diferentes modalidades de contratación, las cuales, en muchas circunstancias son más benéficas para las partes.

Mencionando por ejemplo del sector informal, en donde un gran número de personas desempeñan actividades sin estar sujetos a ninguna regulación de carácter legislativo, por otro lado se encuentran las actividades personales que se regulan por distintas disposiciones normativas a las contempladas en los regímenes laborales (regímenes civiles y comerciales) y en este punto adquiere gran relevancia la capacidad de subcontratar que le otorga el propio contrato al contratista, facultad que se contempla en la cláusula 23.1.

- **Cláusula 23.1. Subcontratistas:** Para llevar a cabo las operaciones materia de este contrato EL CONTRATISTA podrá, con observancia de la legislación colombiana, celebrar contratos, a su propio costo y riesgo, para la obtención de bienes y servicios, en el país o en el exterior. En los subcontratos, EL CONTRATISTA incluirá estipulaciones que obliguen a los subcontratistas a someterse a la legislación colombiana y a las estipulaciones de este contrato.

Aún cuando el propio contrato le da capacidad al operador de subcontratar personal, esta autorización no tiene como finalidad sustraer al contratista de la aplicación del Derecho Laboral, sino encontrar mecanismos alternos que permitan la eficiencia y eficacia en la adquisición de bienes y servicios que necesita la industria petrolera, por esa razón, es también el propio contrato en la cláusula 23.4 el que establece, que el contratista es el único empleador para todos los efectos legales.

- **Cláusula 23.4. Personal:** Para todos los efectos legales, EL CONTRATISTA actúa como único empleador de los trabajadores que contrate para el desarrollo de las actividades propias de este Contrato y, en consecuencia, será responsable de las obligaciones laborales que surjan de las respectivas relaciones o contratos de trabajo, tales como pago de salarios y prestaciones sociales, aportes parafiscales, afiliación y pago de cotizaciones o aportes por concepto de pensiones, salud y riesgos profesionales al Sistema de Seguridad Social Integral conforme a la ley. EL CONTRATISTA entrenará adecuada y diligentemente al personal colombiano que se requiera para reemplazar al personal extranjero que EL CONTRATISTA considere necesario para la realización de las operaciones de este contrato. En todo caso, EL CONTRATISTA deberá dar cumplimiento a las disposiciones legales que señalan la proporción de empleados y obreros nacionales y extranjeros.

Jurídicamente, en algunos aspectos las anteriores cláusulas tienen como efecto flexibilizar la relación laboral, entendiendo por flexibilidad la “capacidad de adaptación del régimen normativo y del juego de las instituciones a la voluntad unilateral o bilateral de las partes de la relación de trabajo. En esta línea de pensamiento, cuando se habla de mayor o menor flexibilidad se está haciendo referencia fundamentalmente a las mayores o menores posibilidades de autorregulación permitida en cada caso a los interlocutores sociales.”⁹⁷

Es pertinente señalar que el concepto de flexibilización laboral tiene distintas interpretaciones jurídicas, sociales y económicas, sin embargo, para efectos de esta investigación la anterior definición se considera la más acertada.

La flexibilización laboral como categoría conceptual acepta subclasificaciones, razón por la cual, es posible afirmar que en el nuevo contrato se aplican dos criterios de flexibilización. Estos criterios han sido desarrollos doctrinales aplicables a distintas legislaciones. Los cuales son:

El primero se ha dado a conocer como “la especialización flexible que responde al criterio de innovación permanente, adaptación en los cambios; en el aspecto organizativo, se tiende a la conformación de unidades productivas más pequeñas, más especializadas, más fácilmente gerenciales. Lo anterior junto con la descentralización, pretende reducir costos, evitar recursos ociosos y responder rápida y adecuadamente a una demanda cambiante. El segundo, se conoce como “flexibilidad dinámica la cual tiene que ver con la concepción de líneas de producción capaces de evolucionar rápidamente, siendo su objeto central proceder a implementar cambios rápidos en la tecnología de producción.”⁹⁸

Los anteriores criterios se reflejan, no en las disposiciones normativas que regulan específicamente el campo laboral sino en la concepción general del contrato.

⁹⁷ ALVAREZ PEREIRA, Carlos. Flexibilización de la normatividad laboral. Bogotá Actualidad Laboral, 1993 p. 4

⁹⁸ RIACCIATTI, Octavio. Las Transformaciones en el Mundo del Trabajo y el Derecho Laboral, Montevideo. Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Sin embargo, como se manifestó en párrafos anteriores, la flexibilización es sólo en algunos aspectos, porque el contrato en la misma cláusula evidencia los rasgos de flexibilidad y rigidez, prueba de esta afirmación, es la exigencia que se establece en la cláusula 23.4 “... En todo caso, EL CONTRATISTA deberá dar cumplimiento a las disposiciones legales que señalan la proporción de empleados y obreros nacionales y extranjeros”⁹⁹. Esta disposición del clausulado del contrato debe aplicarse en concordancia con el Artículo 74¹⁰⁰ del Código Sustantivo del Trabajo.

Si bien es cierto, que la industria petrolera ha sido uno de los íconos más representativos en el contexto de las conquistas laborales y el nacimiento del Derecho Laboral como una rama autónoma del Derecho, pues las propias características que identificaron en otrora el ramo así lo permitieron.

Sin embargo, las propias insuficiencias del gremio empujan inexorablemente a diseñar modalidades contractuales mucho más atractivas a los inversionistas y producto de esta necesidad se concibe el nuevo modelo de contrato para Exploración y Explotación del petróleo en Colombia.

Es una necesidad que se persigue en el desarrollo de este trabajo, orientar eficientemente a las empresas del sector petrolero, en el régimen jurídico que está llamado a regular las relaciones entre ellas (Las Empresas) y sus trabajadores. Por esa razón se explicará brevemente los principales elementos del vínculo laboral.

El Derecho Laboral se podría definir, como el conjunto de disposiciones normativas llamadas a regular las relaciones Jurídicas que surgen entre trabajadores, empleadores y el Estado. Para la materia ocupa este trabajo, es fundamental clarificar que el régimen jurídico aplicable es el contemplado en el derecho Laboral Sustantivo, que es el

⁹⁹ Ver cláusula 23.4 Contrato de exploración y producción de hidrocarburos. Minuta febrero 27 de 2006.

¹⁰⁰ ARTICULO 74. PROPORCION E IGUALDAD DE CONDICIONES. 1. Todo empleador que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza.

ordenamiento que se encarga de regular las relaciones laborales de los particulares, lo que necesariamente implica la ausencia del Estado en calidad de empleador. Este derecho se divide en:

- Derecho Individual del Trabajo

“Comprende el conjunto de derechos y obligaciones que reglamentan las relaciones que surgen durante la existencia de un contrato de trabajo entre las parte que los suscriben, que se denominan empleado y empleador”.

- Derecho Colectivo del Trabajo

El derecho colectivo laboral comprende el conjunto de normas que desarrollan la libertad de asociación, formación y existencia de los sindicatos. Así mismo hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que reglamenta las relaciones entre las asociaciones de empleados organizados en un sindicato o en una asociación y el empleador.¹⁰¹

4.1 CONTRATO DE TRABAJO

El Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 22, define el contrato de trabajo¹⁰², y como tal debe entenderse que éste debe cumplir con los requisitos esenciales, que son:

- **Capacidad:** entendida como la facultad legal que tiene una persona para obligarse por si misma y sin la autorización de otra persona. Frente a este requisito general el legislador laboral consagra una excepción al reconocerle la facultad a los menores de edad mayores de 14 años para celebrar contratos de

¹⁰¹ NIETO Carlos, Cartilla Laboral Colombiana, Bogotá, Ediju financieras, 2003.

¹⁰² Artículo 22 Código Sustantivo del Trabajo. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

trabajo previo el cumplimiento de los requisitos estipulados en decreto 2737 de 1989 Código del Menor y en el Art. 171 C.S.T Artículo modificado por el artículo 4o. del Decreto 13 de 1967.

“1. Los menores de catorce (14) años no pueden trabajar en las empresas industriales, ni en las empresas agrícolas cuando su labor en éstas les impida su asistencia a la escuela.

2. Los menores de dieciocho (18) años no pueden trabajar durante la noche, excepto en empresas no industriales y en el servicio doméstico y siempre que el trabajo no sea peligroso para su salud o moralidad.

3. Los menores de dieciocho (18) años no pueden trabajar como pañoleros o fogoneros, en los buques de transporte marítimo.

4. Todo patrono debe llevar un registro de inscripción de todas las personas menores de dieciocho (18) años empleadas por él, en el que se indicará la fecha de nacimiento de las mismas.”

- **Consentimiento** el cual se entiende como la manifestación libre y espontánea en la que una persona expresa su voluntad para contraer derechos y obligaciones en una relación jurídica, este consentimiento se requiere que sea libre de vicios. que son el error, la fuerza y el dolo.
- **Objeto Lícito**
- **Causa Lícita**

4.1.1 Elementos Esenciales del Contrato de Trabajo

Ahora bien el contrato de trabajo, requiere de unos elementos adicionales que son esenciales y sin los cuales no se podría predicar la existencia de un vínculo contractual de carácter laboral, estos son los que se encuentran establecidos en el Artículo 23 del C.S.T “Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país y c) un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones ó modalidades que se le agreguen.

La actividad personal del trabajador ó la prestación personal del servicio, como se ha denominado doctrinariamente este requisito, implica la realización de un trabajo ó labor por parte de una persona natural a favor de otra persona. Por esto no podría asumir la calidad de trabajador una persona jurídica, pero si es totalmente posible que el otro extremo de la relación contractual sea una persona jurídica.

La continua subordinación hace referencia a la facultad que tiene el empleador, para exigir al empleado o trabajador el cumplimiento de las órdenes relacionadas con el modo, tiempo y cantidad de trabajo, así como de imponerles reglamentos para que sean acatados durante la vigencia de la relación contractual. Es de notar que la subordinación no es un poder ilimitado que tiene el empleador respecto de sus trabajadores, las órdenes y reglamentos por él impartidos requieren estar ajustados a la Ley, tratados y

convenios internacionales suscritos por Colombia, respetando siempre el honor la dignidad y los derechos de todos y cada uno de los trabajadores.

El salario o remuneración económica es finalmente el último de los requisitos para que se configure el vínculo laboral, este puede ser un pago ordinario en efectivo ó en especie hasta los límites legales estipulados, el trabajador persigue un ánimo de lucro con el desarrollo de su actividad por eso la remuneración que recibe como contraprestación de la actividad por el desplegada es de suma importancia.

4.1.2 Clasificaciones del contrato de trabajo

El contrato de trabajo se destaca por tener distintas clasificaciones, la primera de ellas es la que hace referencia a la modalidad bajo la cual se celebra el contrato de trabajo y entonces se dice que el contrato de trabajo puede ser verbal ó escrito siendo las dos modalidades totalmente válidas para la legislación colombiana y produciendo los mismos efectos. El Artículo 38 C.S.T modificado por el Artículo 1o. del Decreto 617 de 1954. Establece que cuando el contrato sea verbal, el empleador y el trabajador deben ponerse de acuerdo, al menos acerca de los siguientes puntos:

1. La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse.
2. La cuantía y forma de la remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra ejecutada, por tarea, a destajo u otra cualquiera, y los períodos que regulen su pago.
3. La duración del contrato.

Por su parte el Artículo 39 del C.S.T regula el contrato de trabajo escrito y consagra “El contrato de trabajo escrito se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos; está exento de impuestos de papel sellado y de timbre nacional y debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: la identificación y domicilio de las partes; el lugar y

la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y períodos de pago; la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación”.

Como segunda clasificación, puede decirse que el contrato de trabajo podría ser a término fijo, a término indefinido y por duración de la obra ó labor contratada. El contrato a Término Fijo es un contrato que obligatoriamente debe constar por escrito¹⁰³, su duración no debe ser superior a tres años y para la terminación del contrato se requiere que el empleador manifieste por escrito con una antelación no inferior a treinta días su intención de no prorrogar el contrato de trabajo.

Esto sucede porque en el contrato de trabajo opera una figura jurídica conocida como la tácita reconducción, la cual establece que si llegado el momento para que las partes se pronuncien sobre su intención de prorrogar o no un vínculo jurídico y no lo hacen se entenderá que su voluntad es que se prorrogue la duración del contrato por un período igual al inicialmente pactado.

Sin embargo, una acotación de gran relevancia en este tema, es la que hace referencia a los contratos de trabajo escrito inferiores a un año. Debe entenderse por disposición legal que agotada la tercera prorroga sucesiva del contrato, éste sigue siendo un contrato de trabajo a término fijo pero de un año prorrogable de forma indefinida, tantas veces así las partes lo deseen.

El contrato a término indefinido esta regulado en el Artículo 47 C.S.T modificado por el Artículo 5o. del Decreto 2351 de 1965: “1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido...”. Este tipo de contrato es utilizado por las empresas en la

¹⁰³ Artículo 46 Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 3 de la ley 50 de 1990. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a 3 años, pero es renovable indefinidamente.

contratación de personal altamente técnico o calificado. En la legislación colombiana existe, una particularidad referente a los contratos verbales y es que este tipo de contratos laborales se entienden a término indefinido.

Por último, está el contrato por duración de la obra o labor contratada, como su propio nombre lo indica es un contrato a término fijo, por lo tanto, sigue la regla de que el contrato debe constar por escrito y es indispensable por seguridad jurídica que se estipule con total claridad la naturaleza de la obra o labor contratada. Es un contrato que tiene gran aplicación en el sector petrolero, pues las características mismas del gremio así lo determinan. Siendo entonces de gran utilidad para el contratista tener en cuenta esta modalidad contractual para hacer uso de ella en la vinculación laboral.

4.1.3 Terminación del contrato laboral

Se presenta esta circunstancia, cuando termina en su totalidad las obligaciones que habían adquirido las partes, empleador y empleado y se da por causales consagradas en el Art. 61 del C.S.T subrogado por el Artículo 5o. de la Ley 50 de 1990“. El contrato de trabajo termina:

- a) Por muerte del trabajador.
- b) Por mutuo consentimiento.
- c) Por expiración del plazo fijo pactado.
- d) Por terminación de la obra o labor contratada.
- e) Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento.
- f) Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días.
- g) Por sentencia ejecutoriada.
- h) Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto Ley 2351/65, y 6o. de esta Ley.
- i) Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

En los casos contemplados en los literales e) y f) de este Artículo, “el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente”.

Igualmente el contrato de trabajo termina por justa causa, esto quiere decir, que una de las partes contractuales decide dar por terminado el contrato porque se ha tipificado una justa causa que lo faculta legalmente para ello, estas causales están consagradas en el Artículo 62 del C.S.T..

Ahora bien, como el derecho laboral en Colombia es eminentemente proteccionista en favor de los trabajadores, hay que decir que el contrato de trabajo se puede terminar sin justa causa. Sin embargo, las consecuencias son bien diferentes para las partes contractuales, por un lado los empleados o trabajadores tienen libertad de dar por terminado el vínculo contractual cuando ellos consideren, sin acarrearles consecuencias desfavorables salvo que su retiro intempestivo le cause perjuicios al empleador.

Por otra parte el empleador si debe indemnizar los despidos sin justa causa y esta indemnización varía según la modalidad bajo la cual contrate el empleador al empleado. Si se quiere que el entorno petrolero en Colombia mejore es necesario dotar de todas estas herramientas a los interesados en realizar actividad exploratoria en el país

4.2. OBLIGACIONES EN LA ETAPA CONTRACTUAL

Referente al las Obligaciones Laborales específicamente, hay que decir que en cuánto se cumplan con los tres requisitos esenciales del contrato de trabajo, que se contemplan en el Artículo 22 numeral 1° del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales se reducen básicamente a prestación personal del servicio, subordinación y remuneración de la actividad estaremos frente a un vínculo laboral que obliga a la aplicación de la

legislación laboral, en todo lo que ella regula como derechos y obligaciones de las partes.

Sin embargo hay temas de trascendental importancia en las obligaciones que se derivan a cargo del contratista con ocasión de la celebración del contrato con la ANH, como bien lo dijimos en la parte superior la flexibilización que se quiso implementar en el campo laboral al permitirle expresamente subcontratar al contratista tiene amplia relevancia jurídica, porque esa flexibilización implica dos cargas específicas para el contratista, la primera de ellas es que por ser el contratista único empleador y por estar ligados los subcontratos a la actividad que desarrolla bien podrían declararle judicialmente la unidad de empresa entre el contratista y los subcontratistas si se presentan los requisitos legales haciéndolo responsable solidariamente de las acreencias laborales, lo cual le implica ser diligente en la celebración de los contratos con subcontratistas.

Por otra parte la segunda carga, se deriva de esa flexibilización laboral y que es una particularidad del contrato, es la adquisición por parte del contratista del seguro o póliza de cumplimiento de obligaciones laborales contemplado en la cláusula 21.2.

- **Cláusula 21.2. Póliza de Cumplimiento de Obligaciones Laborales:** EL CONTRATISTA constituirá una póliza de seguros que garantice el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones y demás acreencias laborales por eventuales condenas judiciales derivadas de reclamaciones de los trabajadores que haya contratado ELCONTRATISTA en su condición de único y verdadero empleador de los mismos. La vigencia de la póliza no será inferior a tres (3) Años contados a partir de la fecha determinación de este Contrato y el valor asegurado será equivalente al diez por ciento (10%) de la nómina de EL CONTRATISTA asignada al cumplimiento de este Contrato durante el año anterior a la terminación.

Si bien es cierto que los criterios de eficiencia y eficacia permitieron la subcontratación también lo es que no es una intención del contrato, promover el desmejoramiento de la calidad de los derechos de los trabajadores y mucho menos promover la insolvencia de las empresas respecto de las obligaciones laborales insolutas, razón por la cual se previeron las dificultades que se les podrían presentar a los trabajadores para el cobro de sus acreencias laborales y se estableció esta garantía en el contrato. Máxime si se tiene

en consideración que las veces se espera celebrar contratos con inversionistas extranjeros.

Esta obligación a cargo del contratista, tiene efectos no sólo en la etapa contractual sino en la etapa post contractual de lo cual se hablará en el siguiente acápite.

4.3 OBLIGACIONES EN LA ETAPA POST CONTRACTUAL

Se entiende por obligación post contractual, aquella que está llamada a producir efectos una vez finalizada la relación contractual entre la ANH y el CONTRATISTA, como en éste capítulo se estudian los aspectos laborales del contrato, es necesario mencionar que la cláusula que tiene incidencia en el aspecto laboral se desarrollarán a continuación.

Claramente se identifica que en las obligaciones post contractuales en el contrato se encuentra sólo una obligación que puede considerarse de carácter laboral, la cual, como se tuvo oportunidad de mencionar en párrafos anteriores se trata de la Póliza de cumplimiento de las obligaciones laborales contemplada en la Cláusula 21.2..

Sin embargo, mas que ser una obligación post contractual del contratista, es una obligación sujeta a una condición suspensiva que está llamada a cumplir sus efectos una vez haya finalizado el contrato con la ANH y tiene un carácter meramente garantista, porque su operancia está supeditada a que el contratista, sea el deudor de acreencias laborales y que este haya sido condenado judicialmente a responder por las mismas. Por consiguiente se diría que sólo se convertiría en obligación post contractual en el evento de que la póliza aportada para la celebración del contrato fuera falsa y una vez terminado el contrato con la ANH se presentaran reclamaciones de carácter laboral.

Por otro lado, un tema de importancia en el campo laboral y en la etapa post contractual es el que se consagra en la parte final de la Cláusula 4.3.4. del Contrato de Exploración y Producción de hidrocarburos de la ANH.

- **Cláusula 4.3.4. Efectos de la terminación del Período de Explotación :**
Cuando por cualquier causa terminen los derechos y obligaciones operativas

respecto de algún Área de Explotación, EL CONTRATISTA dejará en buen estado, los pozos que en tal época sean productivos y las construcciones y otras propiedades inmuebles, todo lo cual pasará gratuitamente a la ANH con las servidumbres y bienes adquiridos para beneficio de la explotación hasta el Punto de Entrega, aunque tales bienes se encuentren fuera del Área de Explotación. Respecto de los bienes muebles destinados exclusivamente al servicio de esa Área de Explotación, si la terminación tiene lugar antes de cumplirse los primeros dieciocho (18) Años del Período de Explotación, EL CONTRATISTA tendrá la obligación de ofrecérselos en venta por su valor en libros a la ANH. Si en el término de tres (3) Meses, contados a partir de la fecha del ofrecimiento, la ANH no hubiere respondido afirmativamente, EL CONTRATISTA podrá disponer de ellos libremente. Si la terminación tiene lugar transcurridos los primeros dieciocho (18) Años del Período de Explotación, tales bienes pasarán gratuitamente a la ANH. La ANH establecerá de los pozos que se encuentren en producción en tal época cuáles deberán ser abandonados y aquellos que continuarán en producción. Cualquier desacuerdo respecto de la naturaleza y la destinación de los bienes será sometido al procedimiento señalado en la Cláusula 28. Así mismo, EL CONTRATISTA queda obligado a ceder a la ANH o a quien ella indique la Licencia Ambiental y los recursos económicos necesarios para atender las obligaciones de Abandono. La aplicación de esta cláusula no implicará una sustitución patronal entre EL CONTRATISTA y la ANH.

En concordancia con la cláusulas 18.1 y 18.2, se tiene que:

- **Cláusula 18.1. Propiedad:** En desarrollo de lo estipulado en la Cláusula 4 (numeral 4.3.4), las instalaciones, bienes, materiales y equipos de propiedad de EL CONTRATISTA que destine permanentemente para el desarrollo de Operaciones de Explotación, hasta el Punto de Entrega, pasarán gratuitamente a ser propiedad de la ANH al momento de la devolución del Área Contratada o a la terminación de este contrato, cuando una u otra tengan lugar transcurridos los primeros dieciocho (18) Años del Período de Explotación, aunque dichos bienes se encuentren fuera del Área Contratada.
- **Cláusula 18.2. EL CONTRATISTA** transferirá gratuitamente a la ANH, a la devolución del área o a la terminación del contrato cuando una u otra tengan lugar transcurridos los primeros dieciocho (18) Años del Período de Explotación, todos los derechos derivados de contratos bajo la modalidad de financiamiento de proyectos tales como Leasing, de construcción, Explotación y reversión de bienes, BOT- ("Build, Operate and Transfer"), BOMT-("Build, Operate, Maintain and Transfer"), BOOT ("Build, Own, Operate and Transfer"), MOT ("Modernize, Operate and Transfer") y similares, que a la terminación de los mismos establezcan la obligación de transferir la propiedad de los bienes, equipos e instalaciones a EL CONTRATISTA, cuando tales contratos hayan sido celebrados para el desarrollo del Período de Explotación de la respectiva área. En todo caso, en el evento que dichos contratos se celebren por un plazo mayor al del Período de Explotación, requerirán previa autorización de la ANH.

En estas cláusulas se plantea lo que la Ley y los doctrinantes han denominado la reversión, razón por la cual, es necesario conceptuar y contextualizar el concepto jurídico de reversión.

Desde el punto de vista legal el concepto de Reversión, se encuentra en el Artículo 19 de la Ley 80 de 1993, el cual establece: “**DE LA REVERSION.** En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.

Jurisprudencialmente, la institución jurídica de la reversión se ha delimitado entre otras, por la sentencia C-250/96 Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA en esta sentencia se establece inicialmente por el Sr. Vice Procurador doctor Luís Eduardo Montoya Medina que la reversión es “una prerrogativa exorbitante de obligatoria inclusión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, al punto que se subentiende pactada aun cuando no se consigne expresamente.”

La Corte Constitucional precisa “que los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra ó servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración ó en la participación que se le otorgue en la explotación del bien ó en una suma periódica, única ó porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Una vez enmarcado el ámbito de aplicación, es posible definir que la reversión como institución jurídica del derecho público es una cláusula exorbitante contemplada a favor del Estado y a cargo del concesionario teniendo como implicación, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado que, siempre tendrá la calidad de entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Es claro, que bajo el nuevo modelo de contratación lo que se presenta es una concesión de áreas y de derechos sobre ellas, razón por la que la naturaleza jurídica del contrato se deriva la aplicación plena de la reversión, bajo los términos anteriormente señalados.

En la Cláusula 4.3.4 básicamente se quiso prever, que reversión no implica ni unidad de empresa ni sustitución patronal, es perfectamente viable que si por las causales que fueren se haya terminado los derechos y obligaciones operativas cuando el yacimiento este en etapa de producción la ANH adjudique la operación de dicha área a un nuevo contratista sin que esto implique ni sustitución patronal a cargo de la ANH o del nuevo operador para cada caso en concreto.

La figura de la sustitución patronal se establece en la legislación colombiana desde el año de 1935 (artículo 27 del decreto 652 de tal año), reglamentario de la ley 10 de 1934, que dijo:

“Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerará como una misma empresa, la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro del negocio u ocupaciones con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueño.”

Con posterioridad, el inciso 3° del Artículo 8° de la Ley 6ª de 1945 estatuyó, que la sola sustitución del patrono no extingue los contratos de trabajo. Esta Ley fue desarrollada por el decreto 2127 de 1945 que en su Artículo 53 definió la sustitución de patronos como:

“Toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración sea por muerte del primitivo dueño, o por enajenación a cualquier título, o por transformación (sic) de la sociedad empresaria o por contrato de administración delegada o por otras causas análogas”.

Posteriormente se expidió la ley 64 de 1946 en el mismo sentido. El Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 67 indica que:

“Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

Adicionalmente el Artículo 68 del mismo código determina inexorablemente que: “La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.”

Una vez definida la figura jurídica de la sustitución, se hace relevante precisar que si bien una vez el contratista finaliza su actividad (independientemente de la causa que genere esta situación) y revierte la propiedad a favor de la ANH, no opera la sustitución patronal por una razón fundamental, la ANH como ente administrativo no tiene dentro del giro ordinario de su actividad la explotación de petróleo.

Eventualmente la ANH puede conservar la administración de determinados pozos, pero esta circunstancia es temporal y no tiene vocación de permanencia. Le corresponde pues a la ANH proceder a entregar en concesión la explotación de esas áreas.

Por otro lado, existe la institución jurídica de la unidad de empresa, la cual, se encuentra contemplada en el Artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo el que establece:

“1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente.”

Concluyendo, se dice que el nuevo modelo de contrato lo que presenta es una concesión de áreas y de derechos sobre ellas; por lo tanto no hay lugar a la declaratoria de unidad de empresa, porque no existe dependencia entre las dos partes contractuales, mucho menos se presenta vínculo alguno de carácter patrimonial, como si ocurría en los

contratos de asociación celebrados por ECOPETROL y los distintos explotadores de la industria petrolera.

5. OBLIGACIONES DE DAR

En el presente capítulo, se explicarán las cláusulas del contrato que establecen la transferencia de derechos reales a favor de la ANH.

5.1 OBLIGACIÓN FINANCIERAS O ECONÓMICAS

Las obligaciones financieras las encontramos en la cláusula 12 y 16, la primera trata el tema de las regalías y la segunda se refiere a los derechos económicos contractuales de la ANH por el uso del subsuelo y precios altos.

5.1.1 Derechos económicos contractuales de la ANH.

5.1.1.1 Derechos por el uso del subsuelo en áreas de exploración

- **CLÁUSULA 16 – DERECHOS ECONÓMICOS CONTRACTUALES DE LA ANH**

16.1. Derechos por el uso del subsuelo: El uso del subsuelo por parte de EL CONTRATISTA causará a favor de la ANH los siguientes derechos:

16.1.1. Áreas en Exploración: A partir de la segunda fase del Periodo de Exploración y por cada fase, EL CONTRATISTA reconocerá y pagará a la ANH un derecho cuyo monto económico, nominado en dólares de los Estados Unidos de América, será el que resulte de multiplicar el número de hectáreas y fracción de hectárea del Área Contratada, excluidas las Áreas de Explotación, por el valor que se presenta en la siguiente tabla. Este pago se hará dentro del Mes siguiente al inicio de la respectiva fase.

Valor por fase en US\$ / Hectárea

Tamaño de área	Por las primeras 100.000 Has.		Por cada hectárea adicional a 100.000 Has.	
	≤12 meses	> 12 meses	≤12 meses	> 12 meses
En polígonos A y	0.75	1.0	1.0	1.5

B				
Fuera de los Polígonos	0.5	0.75	0.75	1.0
Áreas costa afuera	0.25			

El contratista debe pagar el derecho de exploración a la ANH dependiendo el número de hectáreas. La liquidación de este pago se hará con base en la tabla anteriormente transcrita. Por ejemplo, un área de exploración de 300.000 Has. las cuales tienen 50.000 Has. fuera de los polígonos, 50.000 Has. fuera de costa y el período de exploración programado es de 18 meses.

Primeras 100.000 Has. dentro de los polígonos	100.000 US\$
Hectáreas adicionales después de las primeras 100.000 Has. (equivalente a 100.000 Has.)	150.000 US\$
Hectáreas adicionales después de las primeras 100.000 Has. fuera de los polígonos	50.000 US\$
Después de las primeras 100.000 Has. costa afuera	12.500 US\$
TOTAL	312.500 US\$

En el caso anteriormente mencionado el contratista deberá pagar a la ANH dentro del mes calendario siguiente al inicio de la fase exploratoria la suma de 312.500 US\$.

5.1.1.2 Derechos por el uso del subsuelo en áreas de evaluación y explotación

- **16.1.2. Áreas de Evaluación y de Explotación:** EL CONTRATISTA reconocerá y pagará a la ANH un derecho, cuyo monto económico, nominado en dólares de los Estados Unidos de América, será el que resulte de multiplicar la producción de hidrocarburos que corresponden a EL CONTRATISTA según la Cláusula 14 por diez coma treinta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América (USD \$ 0.1036), por cada barril de Hidrocarburos Líquidos. Este monto se incrementará anualmente según el $I(n-2)$ definido en la cláusula 16.2 a partir del primero de enero de cada año aproximando el resultado de la actualización a cuatro decimales. Para gas natural este monto será de uno coma cero treinta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América (USD \$0.01036) por cada mil pies cúbicos (1.000 PC) Este monto se incrementará anualmente según el $I(n-2)$ definido en la cláusula 16.2 a partir del primero de enero de cada año aproximando el resultado de la actualización a cinco decimales. Este pago se hará por semestre calendario vencido, dentro del primer mes del semestre siguiente.

El contratista deberá pagar a la ANH por cada barril producido (después de restarle lo utilizado en beneficio de las operaciones y los que inevitablemente se desperdicien en estas funciones) la suma de diez coma treinta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América (USD \$ 0.1036), este monto se incrementara cada año según la variación anual del índice de precios al productor de los Estados Unidos de América entre un año y otro. Este resultado deberá aproximarse a cuatro decimales. De igual forma cuando se trate de gas natural el monto a pagar por el contratista será de uno coma cero treinta y seis centavos de dólar de los Estados unidos de América (USD \$0.01036) por cada mil pies cúbicos (1.000 PC) Este monto se incrementará anualmente ajustados al mismo procedimiento aplicado al hidrocarburo líquido y el resultado de esta actualización se debe aproximar a cinco decimales estos pagos se deben realizar semestralmente, dentro del primer mes del semestre siguiente.

- **16.2. Derecho por Precios Altos:**

Para Hidrocarburos Líquidos: a partir de cuando la producción acumulada de cada Área de Explotación incluyendo el volumen de regalías, supere los cinco (5) millones de Barriles de Hidrocarburos Líquidos, y en el evento de que el precio del crudo marcador “West Texas Intermediate” (WTI) supere el Precio Base Po, EL CONTRATISTA pagará a la ANH, un valor nominado en dólares de los Estados

Unidos y pagadero por Mes calendario vencido, dentro de los treinta (30) Días calendario siguientes a cada vencimiento.

Para Gas Natural: cinco (5) años después del inicio de explotación del campo, que consta en la resolución de aprobación expedida por la autoridad competente, y en el evento de que el precio del Gas Natural marcador "U.S. Gulf Coast Henry Hub" supere el Precio Base Po, EL CONTRATISTA pagará a la ANH, un valor nominado en dólares de los Estados Unidos y pagadero por Mes calendario vencido, dentro de los treinta (30) Días calendario siguientes a cada vencimiento.

El valor a pagar por este derecho por cada Área de Explotación será el que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\text{Pago a la ANH} = \left(\text{Valor de los Hidrocarburos en el Punto de Entrega} \right) \times \underbrace{\left(\text{Volumen de Hidrocarburos Del Contratista} \right) \times \left(\frac{P - P_0}{P} \right) \times 30\%}_{\text{Factor "A"}}$$

En donde:

Valor de los Hidrocarburos en el Punto de Entrega:

Para Hidrocarburos Líquidos:

Para efectos de esta fórmula, será el precio de referencia para el Mes calendario correspondiente, expresado en dólares de los Estados Unidos de América por Barril (USD \$/Bl), de una canasta de máximo tres (3) petróleos crudos de calidad similar a los provenientes de cada Área de Explotación, presentada por EL CONTRATISTA en el Plan de Explotación y acordada con la ANH y ajustado para el Punto de Entrega, por un margen pre-acordado.

Si aplicado el procedimiento para la determinación del Valor de los Hidrocarburos Líquidos conforme al párrafo anterior, se producen diferencias, por exceso o por defecto, entre el precio de referencia de la canasta y el precio real de venta en el Punto de Entrega en más de un tres por ciento (3%), la Parte que se considere afectada podrá pedir una revisión de la canasta o del margen de ajuste. Para los efectos aquí previstos, el precio real de venta de los Hidrocarburos Líquidos producidos en el Área de Explotación para el Mes calendario correspondiente, será el promedio ponderado, de los precios de venta acordados por EL CONTRATISTA con compradores no vinculados económicamente ni por otra clase de relación societaria y que, en todo caso, las transacciones queden enmarcadas dentro de las prácticas comerciales usuales, descontando los costos de transporte y trasiego entre el Punto de Entrega y el punto de venta de referencia de acuerdo con las tarifas que fije el Ministerio de Minas y Energía o quien haga sus veces.

Cuando EL CONTRATISTA venda los Hidrocarburos Líquidos con destino a la refinación para el abastecimiento interno se dará aplicación a lo señalado en el numeral 16.5 de esta cláusula.

Para Gas Natural:

Para efectos de esta fórmula, será el precio real de venta del Gas Natural para la producción del Mes calendario correspondiente, expresado en dólares de los Estados Unidos de América por millón de unidad térmica Británica BTU (USD \$/MMBTU), acordados por EL CONTRATISTA con compradores, descontando los costos de transporte y procesamiento entre el Punto de Entrega y el punto de venta real, siempre y cuando el resultado no sea menor al cálculo resultante de utilizar el precio de referencia Henry Hub menos el costo de transporte de referencia suministrado por le Ministerio de Minas y Energía. Si el resultado es inferior se tomará el valor resultante de utilizar el cálculo resultante de utilizar el precio de referencia Henry Hub menos el costo de transporte de referencia suministrado por le Ministerio de Minas y Energía.

En cualquier momento la ANH podrá entrar a revisar este precio.

Volumen de Hidrocarburos de EL CONTRATISTA:

Es el volumen de Hidrocarburos, expresado en Barriles para Hidrocarburos Líquidos y en unidad térmica Británica BTU para Gas Natural, que corresponden a EL CONTRATISTA según la Cláusula 14, en un Mes calendario determinado.

P:

Para Hidrocarburos Líquidos, es el precio promedio por barril del petróleo crudo marcador "West Texas Intermediate" (WTI) en Dólares de los Estados Unidos de América por Barril (USD \$/Bl) y para Gas Natural es el precio promedio para el gas natural marcador "U.S. Gulf Coast Henry Hub" en Dólares de los Estados Unidos de América por millón de unidad térmica Británica BTU (US \$/MMBTU). Estos promedios son para el Mes calendario correspondiente, cuyas especificaciones y cotizaciones se publican en medios de reconocido prestigio internacional.

Po:

Para Hidrocarburos Líquidos es el precio base del petróleo crudo marcador, expresado en dólares de los Estados Unidos de América por Barril (USD \$/Bl) y para Gas Natural es el precio promedio por Gas Natural en Dólares de los Estados Unidos de América por millón de unidad térmica Británica (US \$/MMBTU), indicado en la siguiente tabla:

Gravedad API de los Hidrocarburos Líquidos Producidos	Po (USD \$/Bl) (Año 2006)
--	--------------------------------------

>15 y ≤22	\$29.02
>22 y ≤29	\$27.98
>29	\$26.94
Descubrimientos localizados a más de 300 metros de profundidad de agua	\$33.16
Gas Natural producido exportado-distancia en línea recta entre punto de entrega y punto de recibo en país de destino, en kilómetros	Po USD \$/MMBTU
>0 y ≤500	\$6.22
>500 y ≤1000	\$7.25
>1000 o planta de LNG	\$8.29

Para la explotación de Hidrocarburos Líquidos Pesados y con una gravedad API mayor a diez grados (10o), el Po será de cuarenta (40) dólares de los Estados Unidos de América por barril (USD\$/Bl) y para Hidrocarburos Líquidos Pesados con una gravedad API menor o igual a diez grados (10o) EL CONTRATISTA no pagará a la ANH Derecho por Precios Altos. Para el Gas Natural que sea destinado para el consumo interno en el país, en caso de que su precio sea regulado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG – o la entidad que la sustituya, EL CONTRATISTA no pagará a la ANH Derecho por Precios Altos; en caso contrario, las Partes acordarán el gas natural marcador y el valor de Po y suscribirán el respectivo acuerdo.

Este precio base Po se ajustará anualmente a partir del primero (1º) de enero de cada Año, según la siguiente fórmula:

$$Po = Po(n-1) \times (1 + I(n-2))$$

Donde:

n: Es el año calendario que comienza y para el cual se hace el cálculo

n-1: Es el año calendario inmediatamente anterior al año que comienza

n-2: Es el año calendario inmediatamente anterior al año n-1

Po: Es el Po que rige para el nuevo año como resultado de la fórmula, aproximando a dos decimales.

Po(n-1): El es el valor de Po del Año calendario inmediatamente anterior (n-1).

I(n-2): Es la variación anual, expresada en fracción, del índice de precios al productor de los Estados Unidos de América publicado por el Departamento del Trabajo de ese país – PPI Finished Goods WPUSOP 3000 - entre el final del año calendario n-2, y el índice correspondiente al final del año inmediatamente anterior al mismo año n-2 aproximado a cuatro (4) decimales.

El cálculo mencionado anteriormente se realizará en el mes de diciembre de cada Año.

Parágrafo: En caso de que el precio del petróleo crudo marcador “West Texas Intermediate” o del gas natural marcador “US Gulf Coast Henry Hub” (P) pierda su reconocimiento como precio marcador internacional, la ANH escogerá el nuevo petróleo crudo o gas natural marcador a utilizar y modificará la tabla con base en el nuevo índice, manteniendo las equivalencias con los valores de Po para el petróleo crudo marcador “West Texas Intermediate” o para el gas natural marcador “US Gulf Coast Henry Hub”.

Con una antelación no inferior a tres (3) Meses, la ANH podrá solicitar por escrito a EL CONTRATISTA que el pago de este derecho se realice en especie durante un período no inferior a seis (6) Meses. El CONTRATISTA accederá a esta solicitud siempre que no se afecten los compromisos comerciales que haya contraído. El volumen que corresponderá a la ANH será el que resulte de calcular el factor “A”.

“Los derechos por precios altos están claramente ligados a una función contractual, sometidos a variables de precios de venta, lo que la permite su caracterización dentro de los derechos establecidos en el artículo 360¹⁰⁴ de la Constitución.”¹⁰⁵. Esta sería su naturaleza jurídica.

Además se podría clasificar como una obligación condicional, ya que surge para la ANH un derecho económico adicional por precios altos cuando se cumplen dos condiciones, las cuales varían dependiendo del hidrocarburo que se esté explotando, ya sea gas natural o hidrocarburos líquidos.

¹⁰⁴ Art. 360 C.P. “ la ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos”

¹⁰⁵ CAMACHO DURAN Marlene, *Temas Mineros y Petroleros*, Colegio de Abogados de Minas y Petróleos, 2005, pág. 165

En el caso de los hidrocarburos líquidos se deben cumplir las siguientes condiciones: la producción debe ser superior a los cinco millones de barriles y el precio de referencia WTI (West Texas Intermediate) debe ser superior al siguiente cuadro.

Gravedad API de los Hidrocarburos Líquidos Producidos	Po (USD \$/Bl) (Año 2006)
>15 y \leq 22	\$29.02
>22 y \leq 29	\$27.98
>29	\$26.94
Descubrimientos localizados a más de 300 metros de profundidad de agua	\$33.16

Si la explotación es de hidrocarburos líquidos pesados se tendrá en cuenta la siguiente tabla.

Gravedad API de los Hidrocarburos Líquidos Pesados	Po (USD \$/Bl) (Año 2006)
>10°	\$40
<10°	No se pagará a la ANH derecho por precios altos

Para el gas natural se deben cumplir las siguientes condiciones: el campo debe estar en explotación por lo menos por cinco años y el precio del gas natural marcador “U.S Gulf Coast Henry Hub” sea mayor al precio promedio por gas natural expresado a la siguiente gráfica.

Gas Natural producido exportado-distancia en línea recta entre punto de entrega y punto de recibo en país de destino, en kilómetros	Po USD \$/MMBTU
>0 y ≤500	\$6.22
>500 y ≤1000	\$7.25
>1000 o planta de LNG	\$8.29

El gas natural que se utilice para el consumo interno y cuyo precio sea regulado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), o quien haga sus veces, eximirá al contratista de pagar a la ANH derecho por precios altos.

El valor a pagar por el derecho de precios altos, será el resultado de la siguiente formula:

$$\text{Pago a la ANH} = \left(\text{Valor de los Hidrocarburos en el Punto de Entrega} \right) \times \underbrace{\left(\text{Volumen de Hidrocarburos Del Contratista} \right) \times \left(\frac{\bar{P} - P_o}{P} \right) \times 30\%}_{\text{Factor "A"}}$$

Donde, **El valor de los hidrocarburos** en el punto de entrega, para efecto de los hidrocarburos líquidos será el precio de referencia del mes correspondiente de una canasta de máximo 3 petróleos crudos de calidad similar a los provenientes del área de explotación.

Si se producen diferencias entre el precio de referencia de la canasta y el precio real de venta en el punto de entrega en un porcentaje superior al 3%, se podrá pedir la revisión de la canasta o del margen de ajuste y se considerará el precio real de venta, el promedio de los precios de venta que haya acordado el contratista con sus compradores con quienes no tengan ningún tipo de relación societaria; a este promedio se le

descontarán los costos de transporte y trasiego entre el punto de entrega y el punto de venta.

Si se trata de Gas Natural, el valor en el punto de entrega será el precio de venta de la producción del mes, acordados por el contratista con sus compradores restando los costos de transporte y procesamiento entre el punto de entrega y el punto de venta real. Este valor no puede ser menor al producto resultante de utilizar el precio de referencia Henry Hub menos el precio de transporte, en todo caso, si el resultado es inferior se tomará como base este último.

El volumen de los hidrocarburos equivale a los hidrocarburos producidos exceptuados los que se utilicen en beneficio de las operaciones contractuales y los que inevitablemente se desperdicien.

P es el precio promedio por barril de petróleo crudo WTI, y en el caso del Gas Natural el precio promedio “U.S. Gulf Coast Henry Hub”.

Po es el precio base del petróleo indicado en las tablas indicadas anteriormente

El precio base (Po) se ajusta anualmente a partir del primero de enero de cada año según la siguiente fórmula:

$$Po = Po(n-1) \times (1 + I(n-2))^{106}$$

La ANH puede solicitar al contratista el pago del derecho por precios altos en especie siempre y cuando se haga por un período no menor a 6 meses y la solicitud se haga por escrito con una antelación de al menos tres meses desde que se quiere que se realice el pago en especie, mientras no afecte compromisos comerciales adquiridos previamente

¹⁰⁶ Donde:

n: Es el año que comienza y para el cual se hace el cálculo

n-1: Es el año inmediatamente anterior al año que comienza

n-2: Es el año inmediatamente anterior al año n-1

Po(n-1): Es el valor de Po del Año inmediatamente anterior.

I(n-2): Es la variación anual del índice de precios al productor de los Estados Unidos de América entre un año y otro aproximado a cuatro (4) decimales.

Po: Es el resultado de la fórmula, aproximando a dos decimales.

por el contratista. El volumen que corresponde a la ANH será el que resulte de la fórmula de pago a la ANH, anteriormente vista, eliminando el valor de los hidrocarburos en el punto de entrega.

La consagración de una cláusula que reconoce unos ingresos económicos a favor de la ANH por precios altos del crudo, tiene la finalidad de hacer partícipe al Estado de los beneficios que se obtienen de fenómenos coyunturales, que se dan en el ámbito internacional y que afectan los precios del hidrocarburo.

- **16.3. Pruebas de Producción:** Los Hidrocarburos líquidos obtenidos como resultado de las pruebas de producción realizadas por EL CONTRATISTA también causarán los derechos de que tratan los numerales anteriores, siempre y cuando se cumplan las condiciones del numeral 16.2.

Las pruebas de producción que realice el contratista causarán derechos económicos a favor de la ANH, siempre y cuando se cumplan los requisitos explicados en la cláusula anterior.

- **16.4. Participación en la Producción durante la Prórroga del Periodo de explotación:** En todos los casos de prórroga del Periodo de Explotación de un Área de Explotación, EL CONTRATISTA reconocerá y pagará a la ANH, a título de derecho de participación en la producción, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor de la producción de Hidrocarburos Líquidos livianos en el Punto de Entrega, o cinco por ciento (5%) en el caso de Gas Natural no asociado o Hidrocarburos Líquidos Pesados, obtenida por EL CONTRATISTA a partir de la fecha de vencimiento de la duración inicial del Periodo de Explotación y valorizada en el Punto de Entrega, después de descontar el porcentaje correspondiente a las regalías. Sobre esta participación no se causarán los derechos económicos de que tratan los numerales 16.1.2 y 16.2. Durante la prórroga del Periodo de Explotación los derechos por uso del subsuelo y por precios altos de que tratan los numeral 16.1.2 y 16.2, respectivamente, solamente se causarán sobre el volumen de EL CONTRATISTA después de haber restado el derecho de participación señalado en este numeral.

En caso que se prorrogue el período de explotación, se le deberá pagar a la ANH una suma equivalente al 10% de la producción de hidrocarburos líquidos livianos en el punto de entrega, o del 5% en el caso de Gas Natural no asociado o Hidrocarburos líquidos pesados, después de descontar el porcentaje correspondiente a las regalías.

Sobre esta participación no se causarán derechos económicos por el uso del subsuelo y por precios altos sino únicamente sobre el volumen que le corresponde al contratista.

- **16.5. Precios para Abastecimiento Interno:** Cuando EL CONTRATISTA venda su crudo para atender las necesidades de refinación para el abastecimiento interno, los precios se calcularán con base en el precio internacional, en la forma establecida en la Resolución N° 18-1709 del 23 de diciembre de 2003 proferida por el Ministro de Minas y Energía, o en cualquier disposición legal o reglamentaria que la modifique o sustituya.

Cuando el crudo se utilice para abastecimiento interno los precios se calcularan teniendo como base el precio internacional. El cual se calculara en términos FOB, puerto colombiano aplicando el precio internacional de referencia WTI¹⁰⁷.

5.1.2 Del ingreso público y las regalías

El Estado contemporáneo, caracterizado por su creciente intervención en la economía, así como por su función de proveer bienes y servicios públicos a favor de la comunidad, requiere de recursos o de medios financieros sin los cuales sería imposible cumplir con sus objetivos. Estos recursos que provienen tanto del sector público como del sector privado, constituyen los denominados ingresos públicos.

Las regalías, solo hasta décadas recientes se han considerado como ingresos destinados a los territorios en los que se explotan recursos minerales e hidrocarburos, como compensación por la pérdida de una riqueza del subsuelo; no siempre tuvieron este enfoque conceptual, es decir, su definición ha tomado diversos matices motivados por denominaciones equívocas dadas a los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales generados a favor del Estado y los entes territoriales, términos como “participaciones”, “beneficios” o “canon”, se plasmaron a lo largo de la historia legislativa Colombiana hasta su denominación en la Constitución de 1991, donde no se estableció una definición precisa pero fundamentó su actual fisonomía.

¹⁰⁷ Ver artículos 1 y 2 de la resolución 18-1709 del 23 de diciembre de 2003 del Ministerio de Minas y Energía

El término “regalía”, según el Dr. José María Córdoba se asoció originariamente a los privilegios que tenía la Corona, que la habilitaban para otorgar a los particulares ciertos derechos o dignidades, o para el caso, el derecho a explorar y explotar las minas de su propiedad bajo la condición de pagar una participación sobre los minerales extraídos. Posteriormente, El Código Fiscal de 1912 en su artículo 110 denominaba “beneficio”, al porcentaje del producto bruto que cobraba el Estado en los contratos de concesión al explotador de sustancias como el carbón, hierro, azufre, asfalto y cobre.

El artículo 4 de la Ley 67 de 1946 expresó que se debía entender como regalía “el canon o renta fijado como precio por el uso de la mina en relación a una unidad de producción, de venta o de explotación” incluyendo para el efecto, el beneficio del mineral en bruto, así mismo, la Ley 60 de 1967 se refirió a tres modalidades de contraprestaciones económicas a favor del Estado por la explotación de Minas: regalías, participaciones y beneficios, pero no definió ninguno de estos conceptos.

En cuanto a la legislación petrolera, el caso no ha sido muy diferente, la Ley 37 de 1931 (arts. 31 y ss) confundió los términos “participaciones” y “regalías; lo propio sucedió con las leyes 18 de 1952, 10 de 1961 y el Código de Petróleos de 1953, y solo hasta la expedición de la actual Carta Política, que si bien, no las define, “no parece que se refieran a un fenómeno distinto del de un porcentaje del producto bruto explotado, establecido por ley o por convención, a favor del Estado concedente o contratante de la explotación de minas o de hidrocarburos de propiedad nacional.”¹⁰⁸ Sin embargo, su artículo 360 inciso 2º califica la regalía como una “contraprestación” a cargo del titular del derecho a explotar el subsuelo minero o petrolero de propiedad nacional. En el presente trabajo analizaremos la definición y caracterización de regalía como un ingreso público de carácter nacional y su respectivo régimen legal.

¹⁰⁸ CÓRDOBA PÉREZ José María, “El Régimen de Regalías” En : Temas mineros y petroleros 2005. Colegio de abogados de minas y petróleos. Ed. Nomos, 2005, P.346

5.1.2.1 Los ingresos ordinarios y extraordinarios

En primer lugar, el conjunto de recursos de los que dispone el Estado para satisfacer las necesidades públicas por medio del gasto, tienen diferentes categorías, criterios tan diversos que estudiaremos los que, según nuestra opinión, generan mayor claridad y se asemejan más a nuestra estructura fiscal. Esta clasificación ha sido la desarrollada por autores como Esteban Jaramillo y Oscar Alvear Ramírez¹⁰⁹, el primero por su acertada distinción según la periodicidad de los ingresos en Ordinarios y extraordinarios. Según este tratadista, Los primeros son los que se reciben normalmente, habitualmente, mientras que los segundos están compuestos de los “empréstitos internos y externos, las emisiones de papel moneda, los impuestos y contribuciones extraordinarios, los superávits presupuestal y de tesorería, los recursos del balance del tesoro y en general todos los resultados positivos de la gestión presupuestal que sirven como recursos para el año siguiente”.¹¹⁰ Es decir, la diferencia conceptual entre estas dos clases de ingresos radica en que los primeros son habituales, periódicos y regulares, (en gran medida ciertos), mientras que los segundos son esporádicos y fundamentalmente fluctuantes.

Así las cosas por naturaleza, los ingresos ordinarios constituyen la plataforma principal del presupuesto anual del Estado, y los segundos se deben utilizar de manera residual para casos extraordinarios y para cubrir los faltantes de los ingresos ordinarios.

Estos planteamientos se encuentran materializados en el Estatuto Orgánico del presupuesto, compilación de las leyes 38 de 1989, ley 179 de 1994 y ley 225 de 1995 en el texto del Decreto 111 de 1996, normas que como veremos, incorporan el criterio de la clasificación según la regularidad o periodicidad del ingreso. En efecto, el mencionado estatuto consagra en sus Artículos 27 y s.s. que “los ingresos corrientes se clasificarán en tributarios y no tributarios.

¹⁰⁹ ALVEAR Oscar, ROJAS Fernando, “Elementos de Finanzas Públicas”, Ed. Temis, 1985, pág 308

¹¹⁰ JARAMILLO Esteban, “Hacienda Pública”, Ed. Voluntad, Quinta Edición, pág 159

Los ingresos tributarios se subclasificarán en impuestos directos e indirectos, y los ingresos no tributarios comprenderán las tasas y las multas”; y respectivamente el artículo 31 establece: “Los recursos de capital, los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional , y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.” Se consideran ingresos extraordinarios.

5.1.2.2 Los ingresos tributarios y no tributarios

Como vimos anteriormente, los ingresos ordinarios se subclasifican en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se derivan de la facultad impositiva del Estado, de imponer tributos a los gobernados “para la cobertura de las cargas públicas del Estado y de las demás colectividades territoriales o para la intervención estatal.”¹¹¹ La infinita variedad de rubros que pueden derivarse de este tipo de ingresos fundamenta la esencia del Estado Intervencionista, cuyo campo de acción se extiende a todos los frentes posibles en procura del bienestar general.

Los ingresos tributarios se dividen a su vez en impuestos directos e indirectos, los primeros gravan el patrimonio de los particulares y su renta, y los segundos gravan una actividad sin consultar la capacidad económica del sujeto pasivo que la realiza. Sobre los ingresos no tributarios en cambio, no existe un criterio en cuanto a su naturaleza y origen por lo que se considera que el ingreso no tributario es justamente, el que no tenga el carácter de ingreso tributario. Por esta razón dentro de los ingresos no tributarios encontramos cuentas de orígenes distintos como lo son las tasas, multas etc.

¹¹¹ DUVERGER, Maurice, “Hacienda Pública”, París, 1970, citado por GARCIA, Jaime, “El Abogado de los Impuestos”, Ed. Planeta, 1999, pág 20

A continuación analizaremos por qué las regalías según su composición, pueden llegar a ser ingresos ordinarios o extraordinarios, según el caso.

5.1.2.3 Naturaleza jurídica de las regalías

5.1.2.3.1 La exclusión de las rentas contractuales del estatuto del presupuesto

La Ley 38 de 1989, si bien no definió el concepto de rentas contractuales, indicaba en su artículo 20 que éstas constituían parte de los ingresos corrientes no tributarios; se consideraba que este tipo de rentas tenían origen principalmente en las concesiones del Estado a particulares por medio de contratos de gestión de diversas actividades que versen sobre los bienes patrimonio de la nación, incluyendo por supuesto, la explotación de los recursos del suelo o del subsuelo.

Dentro de las Leyes Anuales de Presupuesto se incluía un rubro de los recursos provenientes de petróleos y oleoductos que contenía las regalías y participaciones provenientes de dichas actividades (explotación y transporte).

Desde esa perspectiva estaba claro que las regalías y participaciones pertenecían a la clasificación de rentas contractuales, sin embargo con las reformas hechas a la ley 38 de 1989, el legislador eliminó la clasificación de las rentas contractuales, situación que fue objeto de controversia en varias ocasiones en la Corte Constitucional, donde se declaró finalmente la constitucionalidad de los preceptos que eliminaban el criterio examinado, a pesar de la resistencia por parte de algunos intervinientes, como es el caso del Ministerio público y la Contraloría general de la República quienes alegaban la inconstitucionalidad de las normas acusadas por considerar contraria a la Carta la eliminación de este tipo de rentas.

Bajo este escenario, nos parece pertinente citar el estudio considerativo de la Corte sobre el tema en cuestión incluido en la Sentencia C-066 del 5 de Febrero de 2003:

“Como consecuencia de las disposiciones acusadas, las rentas contractuales, que en el régimen de la Ley 38 de 1989, estaban clasificadas dentro de los ingresos corrientes no tributarios de la Nación, desaparecieron como una clasificación autónoma de los recursos del presupuesto.

La Corte, en la Sentencia C-423 de 1995, al referirse, precisamente, a la clasificación de los recursos del presupuesto contenida en la Ley 179 de 1994 concluyó que de la misma no se desprende que el concepto "rentas contractuales" haya desaparecido, como configurativo de los ingresos corrientes no tributarios de la Nación, sino que, deberá la ley, en cada caso y atendiendo a la naturaleza de los recursos, hacer la clasificación respectiva. Señaló la Corte que "... serán las características de los bienes objeto de negociación, entre ellas, la regularidad o eventualidad de su disponibilidad, las que permitirán definir si se trata de ingresos ordinarios o recursos de capital." Y agregó que tal definición no queda librada al arbitrio de la administración, por cuanto "[l]a no inclusión de recursos que por sus características, y de acuerdo con la Ley Orgánica de Presupuesto, constituían ingresos corrientes, los cuales, dada su condición, debían alimentar el situado fiscal y las transferencias a los municipios, configura, además de una norma inconstitucional, la adopción de una medida que está en contravía del proceso de descentralización que consagra y ordena la Constitución.

A contrario sensu, cuando las rentas contractuales tengan carácter extraordinario y eventual, no de un ingreso regular, o cuando de acuerdo con las demás características propias de su naturaleza, no puedan catalogarse como ingresos corrientes de la Nación, cabe que en la respectiva ley anual de presupuesto sean incorporadas como ingresos de capital.

Considera la Corte que este es el criterio general de interpretación que se deriva de la Sentencia C-223 de 1995, el cual, a diferencia de lo expresado por el señor Procurador en su concepto, si resulta aplicable para la solución de la controversia de constitucionalidad que se ha planteado en esta oportunidad, sin perjuicio de la

valoración que pueda hacerse -y que hace el señor Procurador- sobre el análisis que en concreto realizó la Corte para decidir la inexecutable de las normas presupuestales que determinaron incluir dentro de los recursos de capital del Presupuesto General de la Nación los ingresos provenientes de los contratos de concesión a particulares del servicio público de telefonía móvil celular.

En aquella oportunidad, la Corte dispuso que para la incorporación de los citados ingresos en el presupuesto, a partir de la vigencia de 1995, habría de darse aplicación al artículo 15 de la Ley 179 de 1994, especialmente en su inciso tercero en cuanto contempla mecanismos que permiten que ingresos de carácter extraordinario sean absorbidos, como ingresos corrientes, en un determinado periodo, que haga compatible su cuantía inusual con el ritmo de absorción de la economía.

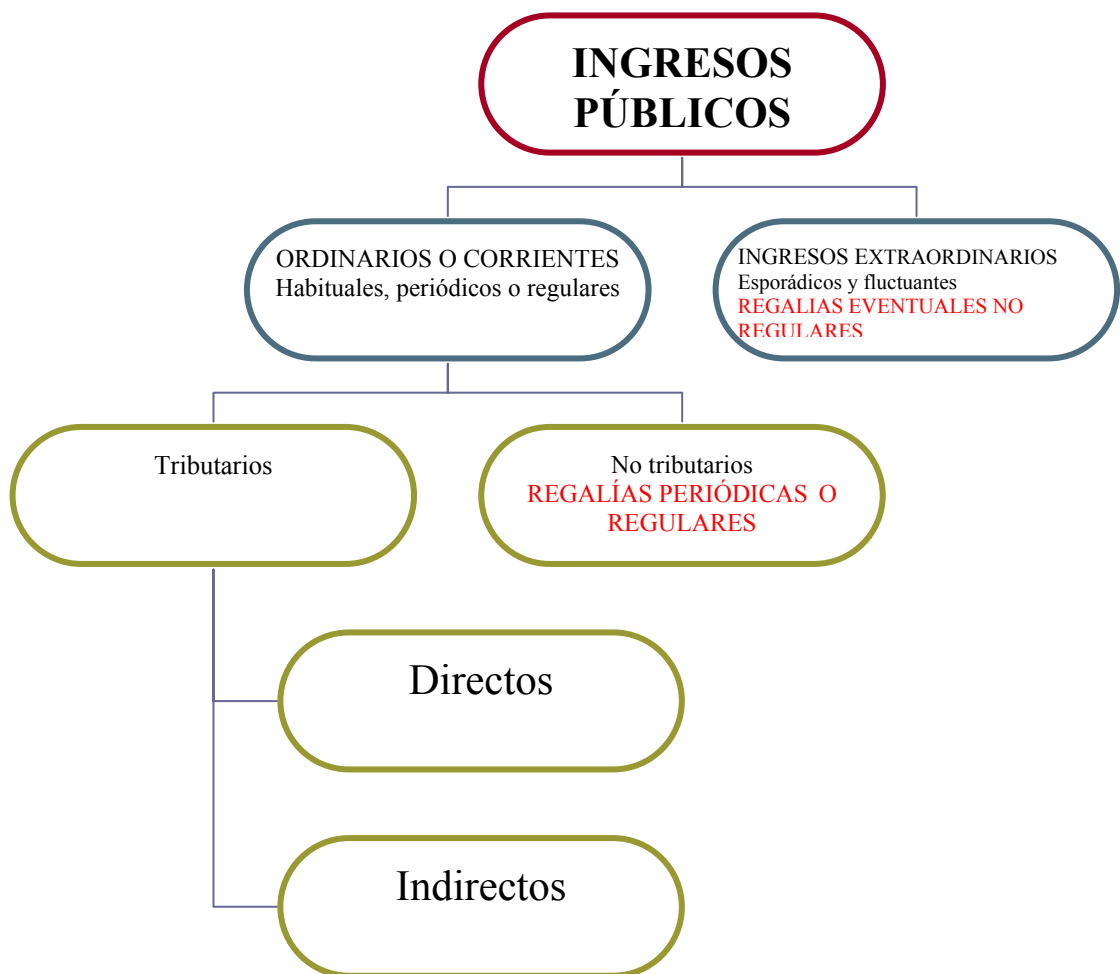
Para estos efectos, es necesario advertir que la clasificación que debe hacer el legislador, además de por la naturaleza misma de los recursos, también está condicionada por las definiciones que han sido adoptadas por la propia Constitución. Tal es el caso las rentas contractuales asociadas a la explotación de los recursos naturales no renovables, que no obstante que en un momento estuvieron clasificadas como ingresos corrientes de la Nación, hoy debe enmarcarse dentro del régimen especial que para las regalías y compensaciones derivadas de la explotación de los recursos naturales no renovables contemplan los artículos 360 y 361 de la Constitución.”¹¹²

Como se observa, la Corte precisa que, si bien las Rentas Contractuales desaparecieron de la Ley del Presupuesto, y que los rubros deben clasificarse según la regularidad o periodicidad sin atender a la actividad de donde provengan, no altera la naturaleza de las rentas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, es decir, las regalías y compensaciones.

Como se verá posteriormente, este fallo se motivó en el especial tratamiento que la Constitución de 1991 le proporciona a esta clase de ingresos y que atendiendo a la

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil

naturaleza de este tipo de recursos se considera que las regalías se constituyen excepcionalmente como un ingreso público de carácter nacional con destinación específica y con una regulación especial e independiente; su naturaleza jurídica dentro de los ingresos nacionales dependerá de su periodicidad, es decir, si su disponibilidad tiene un carácter regular y periódico, las regalías serán ingresos corrientes no tributarios. Por el contrario, si éstas tienen un carácter eventual y extraordinario deben considerarse como ingresos extraordinarios.



5.1.2.4 Las regalías

5.1.2.4.1 Concepto y características

Como lo anotamos en capítulos anteriores, el concepto de regalía no ha sido definido con precisión, razón por la cual es imprescindible formular una definición que enmarque sus características más relevantes.

Para tal efecto se propone la siguiente definición: *La regalía es un Ingreso Público de carácter nacional con destinación específica con un régimen legal especial y con rango constitucional, ingreso generado por la explotación de los recursos naturales no renovables, causado como contraprestación que la nación exige por el agotamiento de tales recursos.*

Es importante anotar que las regalías son Directas o Indirectas según sea el caso; son Directas las regalías “provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables o de su transporte, que directamente van a los entes territoriales o demás beneficiarios. Los beneficiarios de estas regalías son los entes productores o portuarios.”¹¹³ Por otro lado, las Regalías Indirectas son las que “quedan después de realizar de manera directa las asignaciones a los entes territoriales productores y/o portuarios, y que posteriormente son asignados a los entes territoriales por intermedio del Fondo Nacional de Regalías. Regularmente los beneficiarios son entes territoriales que no tiene vocación minera o petrolera y tampoco son entes portuarios.”¹¹⁴

5.1.2.4.2 Las Regalías en la Constitución de 1991

Con la expedición del nuevo texto Constitucional de 1991, se pretendió acabar con todos los problemas, enredos, vacíos, ilegalidad e injusticias ocasionados por las regalías e impuestos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables; sobrevino un debate alrededor de este tema y después de las discusiones, finalmente se dejó en la Carta que las minas y los yacimientos ya no serían de la Nación

¹¹³ TORRES RICO Aníbal, “Régimen de Regalías mineras e hidrocarburos”, Ed. Leyer, pág. 20.

¹¹⁴ Ibid, pág. 21.

sino del Estado¹¹⁵, la constitución del Fondo Nacional de Regalías¹¹⁶, y la participación de los municipios y Distritos Portuarios en las regalías.¹¹⁷

El tema del subsuelo y los recursos naturales no renovables aparece por primera vez en un texto Constitucional, sin embargo, la definición de regalías como está concebida actualmente, ha sido generada ulteriormente por la Honorable Corte Constitucional en sus pronunciamientos, donde ha determinado que las regalías son *“contraprestaciones económicas causadas a favor del Estado por concepto de la explotación de un recurso natural no renovable. Las regalías corresponden al Estado, a partir del principio con arreglo al cual él es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. La Constitución no solamente ordena la participación de las entidades territoriales en las regalías, que guardan relación con la producción de los recursos naturales no renovables, sino que permite pactar, con la Nación y con quienes adelanten las actividades de explotación de los mismos, derechos y compensaciones que pueden agregarse a las regalías.”*¹¹⁸; así las cosas la Corte ha venido afinando el equivoco concepto de “regalías” y ha añadido entre otras cosas que *“esa contraprestación consiste en un porcentaje de sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables..”*¹¹⁹. Además dijo que las regalías *“pertenecen única y exclusivamente al Estado, quien es también el propietario del subsuelo y, por ende, de los recursos naturales no renovables. Los Departamentos y Municipios en donde se exploten recursos de esa índole, o los puertos marítimos o fluviales por donde se transporten dichos recursos derivados de los mismos, no adquieren por ese solo hecho la titularidad de las regalías, pues la Constitución tan solo les asigna el derecho a participar de ellas, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.”*¹²⁰

¹¹⁵ Artículo 332 de la C.N.

¹¹⁶ Artículo 361 de la C.N.

¹¹⁷ Artículo 360 de la C.N.

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 036 de 1996

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 597 de 1995.

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 447 de 1998

5.1.2.4.3 Régimen Legal

Con base en los criterios Constitucionales, el principal soporte legal es la Ley 141 del 28 de Junio de 1994 “Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”¹²¹; por supuesto, dicha ley ha sufrido varias modificaciones motivadas por diversas razones; entre ellas encontramos la Ley 344 de 1996 sobre racionalización del Gasto Público, el Decreto 1178 de 1999, que modifica la estructura de la Comisión Nacional de Regalías, pero declarado inexecutable por la Corte Constitucional¹²², igual suerte tuvieron la Ley 508 de 1999 por la que se “expide el Plan Nacional de Desarrollo” y el Decreto 955 de 2000 ”por el cual se pone en vigencia el Plan de Inversiones públicas para los años 1998 a 2002.”

A raíz de esta serie de normas que no superaron el examen constitucional, se promulgó en el Congreso la Ley 619 de 2000, “Por la cual se Modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”. Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional con base en las pautas Constitucionales, declaró dicha Ley inexecutable; esta vez en dos intervenciones: La primera en la Sentencia C – 737 de 2001 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett y la segunda Sentencia C-957 de 2001, generados principalmente por cargos de vicios en el procedimiento y razones de contenido de algunos artículos.

A raíz de lo acontecido, dentro de un esfuerzo legislativo se originó la Ley 756 de 2002 “por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones.”; ésta actualmente vigente.

¹²¹ Diario Oficial No. 41.414, del 30 de Julio de 1994

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-722 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Ley 141 de 1994

Es la Norma encargada de dar soporte jurídico al manejo del sistema de regalías, en su texto se definieron los siguientes puntos:

- Pautas porcentuales de distribución de regalías en los entes territoriales.
- Destinación de los recursos obtenidos con ocasión de los ingresos generados por concepto de regalías.
- Fomento de los sectores minero, prevención ambiental, desarrollo de proyectos prioritarios en las regiones beneficiadas.
- Determinación de políticas de uso de recursos.
- La Ley no previó situaciones contingentes como la aparición de pozos de explotación entre dos o más entes territoriales, así como el manejo en dichos casos.
- Entidades encargadas del control y la vigilancia del uso de los recursos manejados por el fondo Nacional de Regalías.
- Funciones de la Comisión Nacional de Regalías.¹²³

Ley 619 de 2000 (Sentencia C-737 de 2001)

A grandes rasgos, la ley 619 pretendió un reajuste en los porcentajes de inversión y destinación de los recursos del fondo de inversión, aunque también regulaba aspectos como la imposición de nuevas funciones a la Comisión Nacional de regalías. Esta ley, como lo anotamos anteriormente fue declarada inexecutable en la Sentencia C-737 de 2001, sin embargo, el fallo fue motivado principalmente por la existencia de vicios de trámite dentro del proceso de formación legislativa, como la falta de quórum en los debates, entre otros. Así las cosas y ante la presencia de un nuevo fallo de inexecutable sobre las normas en materia de regalías, la Corte consideró “no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría “una situación peor desde el punto de vista de los valores

¹²³ SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, “Ley 756 de 2002. Régimen de Regalías”, 2003 pág. 16

constitucionales”, por lo cual el Tribunal Constitucional establece “un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada”¹²⁴, lo anterior implicó que el fallo proferido tuviera el carácter de “sentencia de inconstitucionalidad diferida”.

Esta fue la razón principal para que posteriormente se promoviera el trámite que dio origen a la Ley 756 de 2002.

Ley 756 de 2002

Constituye la base legal actual del sistema de regalías en Colombia, a lo largo de sus 42 artículos modifica paulatinamente el articulado de la Ley 141 de 1994 sin sustituirla completamente. Es una ley de fomento industrial¹²⁵ para el sector de los recursos naturales no renovables, especialmente para los hidrocarburos, tema que desarrolla desde varios aspectos, recogidos por el tratadista CARLOS ARIEL SANCHEZ TORRES, a saber:

- a) Fija una nueva política en la tarifa de las regalías, en la cual se redujo de la tarifa del 20% a una oscilante entre el 8% y el 25%, con base en la producción real que se lleve a cabo en el campo de explotación.
- b) Determina una serie de pautas de inversión de los recursos obtenidos con las regalías, los cuales debe administrar el Fondo Nacional de Regalías para lo cual le otorga personalidad jurídica.
- c) Determina criterios de legalización de la producción para mejorar el sistema de control y vigilancia, a través de la aplicación de aforos a los entes territoriales para determinar su capacidad de producción.

¹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 737 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre L.

¹²⁵ SANCHEZ TORRES, Op. Cit., p. 23.

- d) Establece destinaciones específicas de recursos a zonas ambientalmente contaminadas.
- e) Señala porcentajes de inversión para el fomento de inversiones de infraestructura en zonas marginales.
- f) Señala porcentajes de inversión para investigaciones y adecuación de la información, de forma tal que se cuente con la información adecuada para el desarrollo de nuevos proyectos de exploración.¹²⁶

5.1.2.5 Las regalías petroleras dentro del nuevo contrato de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos.

5.1.2.5.1 Recaudo

CLÁUSULA 12 – REGALÍAS

12.1. Recaudo: EL CONTRATISTA pondrá a disposición de la ANH en el Punto de Entrega el porcentaje de la producción de Hidrocarburos establecido en la ley correspondiente a las regalías. El recaudo de las regalías se hará en dinero o en especie, según lo determine la autoridad competente.

Respecto de la Cláusula 12.1, tenemos aspectos importantes: El primero es el Punto de Entrega, definido por la cláusula 1.35, como “el sitio acordado por las partes donde se mide la producción de Hidrocarburos de cada campo en las especificaciones mínimas de entrada a cualquier sistema de transporte, que use el contratista con el objeto de determinar el volumen de Hidrocarburos correspondientes a las regalías y el volumen de Hidrocarburos del contratista. Dependiendo del punto de entrega, el valor de las regalías se calculará “tomando como base un precio verificable en plaza, o en puerto de exportación y deducir luego el valor del transporte desde el campo de producción hasta dicha plaza, lugar o puerto.”¹²⁷

¹²⁶ SANCHEZ TORRES, Op. Cit., p. 23.

¹²⁷ CORDOBA PEREZ, José María, “Temas Mineros y Petroleros”, Colegio de Abogados de Minas y Petróleos, 2005, pág. 355.

Para el nuevo contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, la facultad de fijar los precios base para la liquidación de regalías está a cargo del Ministerio de Minas y Energía, que por disposición del artículo 19 de la Ley 141 de 1994 le da la posibilidad a dicha entidad de determinar por medio de actos administrativos el valor a liquidar por el concepto mencionado. En principio la ANH recibirá el pago de las regalías en dólares de los Estados Unidos de América o en pesos colombianos.¹²⁸

Del mismo modo, la autoridad competente para determinar si el recaudo de regalías se hará en dinero o en especie será el Ministerio de Minas y Energía, expresado en resoluciones administrativas de la entidad; esta es una atribución otorgada expresamente por el artículo 25 de la Ley 141 de 1994¹²⁹, y en cuyo texto se observa su carácter obligatorio. Por esta razón esta potestad es exclusiva del Ministerio y no podría pactarse en el contrato alguna estipulación que determine la modalidad del pago de regalías, so pena de contrariar una ley imperativa.

5.1.2.5.2 Regalías en especie y regalías en dinero

12.3. Recaudo en especie: Cuando el recaudo de las regalías se efectúe en especie, EL CONTRATISTA entregará a la ANH la cantidad de Hidrocarburos correspondiente, para lo cual las Partes acordarán el procedimiento para la programación de entregas y demás aspectos necesarios. En todo caso la ANH dispondrá de un (1) Mes para retirar dicha cantidad. Vencido este término sin que la ANH haya retirado el volumen correspondiente a las regalías, y si hay disponibilidad de almacenamiento en las facilidades de EL CONTRATISTA, éste se obliga a almacenar los Hidrocarburos hasta por tres (3) meses consecutivos, y la ANH le pagará una tarifa de almacenamiento que, para cada caso, será acordada entre las Partes. Al término de este último plazo EL CONTRATISTA podrá comercializar tal volumen, de acuerdo con el siguiente numeral. **Parágrafo:** Si no hay disponibilidad de almacenamiento, EL CONTRATISTA podrá continuar produciendo el campo y disponer del volumen

¹²⁸ Ver cláusula 34 contrato de exploración y producción de hidrocarburos.

¹²⁹ Ley 141 de 1994. ARTÍCULO 25. MODALIDADES DE RECAUDACIÓN DE LAS REGALÍAS. Sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en contratos vigentes las regalías se recaudarán en dinero o en especie, según lo determine en providencia de carácter general, el Ministerio de Minas y Energía. (...)

de regalías, acreditando a la ANH, para su entrega posterior, el volumen correspondiente a las regalías que la ANH tenía derecho a retirar pero no retiró.

Antes de la expedición de la Ley 141 de 1994, durante la vigencia de del Decreto 2734 del 23 de septiembre de 1985 las regalías debían pagarse en especie, nunca en dinero, a diferencia de las participaciones que eran pagadas en dinero. Entrada en vigencia la nueva normatividad en 1994, se estableció la posibilidad de realizar el pago de regalías en dinero o en especie, pero como se anotó anteriormente, por determinación del Ministerio de Minas y Energía, infelizmente se suprimió la facultad de que las partes suscriptoras del contrato pactaran libremente la forma de pago de tales derechos.

No obstante, al quedar como facultad exclusiva del Ministerio de Minas y Energía no se espera de dicha entidad una determinación desproporcionada del monto que debe pagarse en dinero y en especie, al contrario, debe tener en cuenta que sus efectos sean estables y consolidables en el tiempo de tal forma que favorezcan a las partes contratantes.

Bien sean recaudadas en dinero o en especie, las regalías quedarán a disposición de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) para que esta entidad las recaude, administre y realice las retenciones y destinaciones de tales recursos conforme a la Ley.

12.4. Comercialización del volumen de regalías: Cuando la ANH lo considere conveniente, y siempre que las disposiciones regulatorias lo permitan, EL CONTRATISTA comercializará la porción de la producción de Hidrocarburos que corresponde a las regalías y entregará a la ANH el dinero proveniente de tales ventas. Para este fin, las Partes convendrán los términos particulares de la comercialización, pero en todo caso EL CONTRATISTA hará su mejor esfuerzo para comercializar dicha producción al precio más alto en los mercados disponibles. La ANH reconocerá a EL CONTRATISTA los costos directos y un margen razonable de comercialización que deberá ser acordado entre las Partes.

Una vez transcurrido el lapso de tres meses de almacenamiento de los hidrocarburos correspondientes a regalías que estipula la cláusula 12.3 y siempre que la ANH lo permita, el explotador deberá comercializar el crudo y entregar las regalías en dinero,

pero bajo las condiciones que la ANH y éste hayan pactado. Si bien, la cláusula establece una obligación de dar a favor de la ANH, también encontramos una obligación de hacer que lleva implícito un deber fiduciario a cargo del contratista, puesto que está obligado a comercializar a su mejor esfuerzo la producción de las regalías en especie que tenga almacenadas al precio más alto en los mercados disponibles, y en vista de esto, tiene una responsabilidad con el ente recaudador (ANH) de proteger sus intereses con el mayor profesionalismo que a un explotador diligente se le exigiría.

12.5. Recaudo en dinero: Cuando EL CONTRATISTA deba pagar las regalías en dinero, entregará a la ANH los montos correspondientes en los plazos señalados por la autoridad competente. En caso de mora, EL CONTRATISTA pagará a la ANH la cantidad necesaria para cubrir el monto adeudado, los intereses moratorios correspondientes y los gastos en que haya incurrido para lograr el pago.

Cuando el recaudo de las regalías se haga en dinero se entregará directamente la suma correspondiente a la producción bruta del hidrocarburo en el plazo pactado. En caso de mora, los intereses moratorios serán equivalentes a la tasa máxima legal permitida por disposición de la cláusula 34.3., que expresa que todos los pagos que deban hacerse a la ANH que se encuentren en mora, deberán pagar una tasa de interés moratorio a la máxima legal permitida.

5.1.2.5.3 Liquidación de participaciones

12.2. Pago de las participaciones: La ANH pagará a las entidades que señale la ley las participaciones que les correspondan en las regalías, y será la única responsable de dicho pago.

En cuanto al pago de las participaciones, entendidas como los “Recursos que le corresponden a los departamentos y municipios en cuyo territorio se encuentran los recursos naturales no renovables y a los puertos fluviales y marítimos por donde se transporte el recurso natural o su derivado”¹³⁰, el régimen de su liquidación es distinto al

¹³⁰ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, “Las regalías en Colombia, una herramienta para el fortalecimiento del control social”, Imprenta Nacional de Colombia, pág. 11

de las regalías; la relación de las entidades beneficiarias de la participación con el explotador es indirecta y no depende de éste, por lo tanto, tampoco le es atribuible responsabilidad alguna sobre las participaciones, ya que son una facultad delegada expresamente sobre la ANH, quien es el ente que debe realizar los pagos. La obligación del contratista es la de pagar las regalías a la ANH, ya sea en dinero o en especie. Es por esta razón, que la cláusula contempla expresamente una obligación impuesta a la ANH respecto del pago de las participaciones.

Por lo anterior, la ley señala que los destinatarios de las participaciones son los entes territoriales pero la destinación que deben hacer éstos se encuentra subordinada por las estipulaciones consagradas en las leyes que rigen este tipo de recursos, principalmente en lo establecido en la Ley 756 de 2002, cuyo artículo 13¹³¹ modificó el artículo 14 de la Ley 141 de 1994.

¹³¹ Ley 756 de 2002, ARTÍCULO 13. El artículo 14 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

"Artículo 14. Utilización por los departamentos de las participaciones establecidas en esta ley:

Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los departamentos productores, tendrán la siguiente destinación:

a) El noventa por ciento (90%), a inversión en proyectos prioritarios que estén contemplados en el plan general de desarrollo del departamento o en los planes de desarrollo de sus municipios, y de estos, no menos del cincuenta por ciento (50%) para los proyectos prioritarios que estén contemplados en los planes de desarrollo de los municipios del mismo departamento, que no reciban regalías directas, de los cuales no podrán destinarse más del quince por ciento (15%) a un mismo municipio. En cualquier caso, tendrán prioridad aquellos proyectos que beneficien a dos o más municipios;

b) El cinco por ciento (5%), para la interventoría técnica de los proyectos que se ejecuten con estos recursos, y

c) El cinco por ciento (5%), para gastos de funcionamiento u operación. El cincuenta por ciento (50%), y solo cuando estos recursos no provengan de proyectos de hidrocarburos, para sufragar los costos de manejo y administración que tengan las entidades de orden nacional a cuyo cargo esté la función de recaudo y distribución de regalías y compensaciones.

Mientras las entidades departamentales no alcancen coberturas mínimas en indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, agua potable y alcantarillado la entidad departamental correspondiente deberá asignar no menos del sesenta por ciento (60%) del total de sus regalías para estos propósitos. En el presupuesto anual se separarán claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen a los sectores aquí señalados. (...).

5.1.2.6 Conclusiones

En síntesis, de acuerdo con lo expuesto en el capítulo podemos concluir varias cosas:

1. Tradicionalmente en Colombia se confundieron los términos de “regalía” y “participación”, pero hoy en día está claro que son conceptos diferentes, a los cuales, se les debe dar un tratamiento diferente; las regalías se configuran en el derecho que tiene el Estado de exigir una contraprestación al explotador por el agotamiento de los recursos de su subsuelo. Por otro lado, las participaciones, son una parte de las regalías, una cuota que el Estado transfiere a los entes territoriales y que tienen destinación específica.
2. La naturaleza jurídica de las regalías según se estudió presenta una dicotomía, generada por la jurisprudencia constitucional en virtud de la cual la regalía puede ser un ingreso público corriente no tributario si se recibe periódicamente, que es la situación más frecuente, o por el contrario, puede configurarse como un ingreso de capital en el caso que se las regalías se giren de forma esporádica.
3. Después de la expedición del Decreto 1760 de 2003 la agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, recauda las regalías y compensaciones monetarias del Estado por la explotación de hidrocarburos. El Ministerio de Minas y Energía liquida mensualmente, y trimestralmente en forma definitiva este tipo de recursos. Empero, con el nacimiento del nuevo contrato de concesión moderna, el tema regalístico, históricamente ambiguo, parece tener reglas más claras para los contratantes y mejor aún, se protegen los intereses y aspiraciones del Estado, quien ve en las regalías uno de los pilares fundamentales para el sostenimiento de las finanzas públicas y para el desarrollo económico y social de sus habitantes.
4. Las Regalías son un Ingreso Público de carácter nacional con destinación específica con un régimen legal especial y con rango constitucional, ingreso generado por la explotación de los recursos naturales no renovables, causado como contraprestación que la nación exige por el agotamiento de tales recursos. Se manifiesta como una obligación civil, principal, que puede ser de género o especie según el caso.

5. Si bien, en los últimos años la Contraloría General de la República y otros entes de control han denunciado irregularidades hasta de 13 mil millones de pesos solo en Casanare y Arauca (principalmente por contrataciones indebidas, despilfarros, y varios hechos de corrupción), es innegable que un gran porcentaje de estos recursos ha sido soporte fundamental del crecimiento de la economía regional y nacional, tanto así que hasta el segundo trimestre de 2006 se giraron regalías en el Departamento del Casanare hasta por \$40.373.931.947¹³² millones de pesos frente a los \$29.346.963.632 girados en el mismo período del año 2005 lo que representa un incremento bastante considerable para las finanzas nacionales y de los entes territoriales, en el entendido en que se haga una correcta fiscalización para la distribución de estos recursos.

A pesar de las dificultades y los obstáculos también se han evidenciado beneficios sociales tangibles, tales como políticas de protección y conocimiento del Ambiente, la financiación de estudios científicos y el mérito de tener uno de los niveles de cobertura en salud más altos del país.

¹³² Ver página web de la ANH, www.anh.gov.co

6. OBLIGACIONES FIDUCIARIAS

Para hablar sobre las obligaciones fiduciarias debemos primero echar un vistazo al contrato de fiducia mercantil en el régimen legal colombiano, por lo tanto, primero veremos la definición de fiducia mercantil, las partes, las obligaciones de cada uno de ellos y posteriormente ver si es posible considerar la existencia de obligaciones fiduciarias en el contrato petrolero, no sin antes advertir que el concepto de obligación fiduciaria no es equivalente al de fiducia mercantil

El contrato de fiducia mercantil se encuentra definido en el artículo 1226 del código de comercio “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Financiera, podrán tener la calidad de fiduciarios.”

En la definición nos encontramos con varios elementos el primero son las partes las cuales pueden ser tres y son, el fiduciante, el fiduciario y el beneficiario el cual se puede confundir con el fiduciante. Es necesario aclarar que solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias podrán ser fiduciarios, como claramente lo expresa la norma.

6.1 OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE.

El fiduciante según el Doctor José Alejandro Bonivento¹³³ debe en primer lugar transferir el dominio de los bienes y derechos especificados ; pagar la remuneración

¹³³ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Bogota: Ediciones librería del profesional, 1991. p. 261

cuando ésta esté a su cargo y puede estar a su cargo porque expresamente se conviene o porque no se estipula nada al respecto, y en ese caso también será obligación del fiduciante; pagar los gastos hechos por el fiduciario a menos que haya estipulación en contrario. Es también obligación del fiduciario sanear el objeto de la fiducia y por último el fiduciante tiene una obligación de colaboración, es decir, debe hacer todo lo posible para que el encargo fiduciario se cumpla plenamente.

6.2 OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.

El artículo 1234 del código de comercio estipula las obligaciones indelegables del fiduciario que son las siguientes:

- Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, el fiduciario debe comportarse como actuario y con el mismo cuidado con el que lo haría en un negocio propio. Es decir responde hasta por la culpa leve.
- Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. En el contrato de fiducia los bienes tienen un carácter autónomo por lo tanto debe haber una separación contable con la entidad fiduciaria.
- Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, si no se especificó cómo debe obrar el fiduciario, este debe obrar de la manera mas provechosa o conveniente para el encargo fiduciario, en todo caso si no se expresa cómo debe obrar el fiduciario, la obligación frente a la gestión del fiduciario es de medio.
- Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente. Los bienes al ser enajenados por el fiduciante o fideicomitente son de dominio del fiduciario, por esta razón está obligado a proteger y defender estos bienes sin ningún tipo de reserva, esto también incluye que debe realizar todos los actos

que sean necesarios para reclamar los derechos que se deriven de los bienes fideicometidos.

- Pedir instrucciones al Superintendente Financiero cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario.
- Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo. Todo beneficio que se obtengan del negocio fiduciario serán para el beneficiario o para el propio constituyente.
- Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario
- Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses. Si bien es cierto que el fiduciario obtiene el dominio de los bienes fideicometidos debe cumplir con la obligación de rendir cuentas al fideicomitente.
- El artículo 1231 del código de comercio expresa que el fiduciario a petición del fiduciante, del beneficiario o sus ascendientes podrá imponer la obligación de efectuar un inventario de los bienes así como la de prestar una caución.

6.3 OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO.

El beneficiario debe remunerar los gastos que se generen con ocasión de la administración del encargo fiduciario, remuneración que deberá pagar al fiduciario, igualmente debe prestarse a recibir los bienes o el objeto del contrato de acuerdo con el

acto de constitución y por supuesto debe colaborar para el desarrollo y cumplimiento de los fines de la fiducia.

6.4 EL DEBER FIDUCIARIO EN EL “COMMON LAW”

Como se esbozó en acápites anteriores el contrato de fiducia, sus partes y las obligaciones de cada uno, se procederá a estudiar las obligaciones fiduciarias como tal, las cuales no se pueden confundir con el contrato de Fiducia mercantil que se acaba de explicar y que se encuentra en el Código de Comercio.

A manera de introducción se hará una breve referencia al sistema anglosajón para orientar al lector en el régimen que dió origen a la teoría de los deberes fiduciarios.

El “common law” (cuya traducción literal es “derecho común”) está constituido por el acervo de sentencias que dictan los jueces, razón por la cual ha sido designado también como “derecho judicial”, en contraposición a la ley o “derecho legislado”. “Su carácter “común” debe vincularse fundamentalmente al hecho de ser aceptado comúnmente por las partes en disputa en cualquier lugar del país, a diferencia de los estatutos o reglas locales motivo de serias sospechas entre los litigantes”.¹³⁴

Su formación es ejercida por dos factores; el sentido común entendido como la materialización del derecho natural y su incorporación en las sentencias y su aplicación en la resolución de situaciones análogas o similares (the precedents). “Empero, en la elaboración de la sentencia el juez está particularmente vinculado por éstos últimos, por los *precedents*, contenidos en sentencias anteriores que de alguna manera hubieren versado sobre casos similares al que es materia actual de resolución”¹³⁵.

¹³⁴ VELEZ GARCÍA Jorge, “Los dos sistemas del Derecho Administrativo”, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Ed. Presencia Ltda., 1994, pág 40

¹³⁵ Ibid, pág 40

Por otro lado, la “Equity” es “la otra fuente importante del derecho inglés (equidad), la cual, remedió las rigideces formalistas del common law, ampliando la posibilidad de pedir justicia mediante un sistema de “acciones libres innominadas”, como complemento al limitado catálogo de los *writs* (mandamientos) que inicialmente conforme al common law podían pedirles los querellantes a los jueces y que limitaban las posibilidades de impartir justicia por parte de los tribunales comunes”,¹³⁶ es decir, si el querellante no encontraba un cause procesal establecido por el common law para pedir justicia, ésta se pedía “en equidad”.

Así las cosas, el concepto de Obligación Fiduciaria tiene su origen en el “common law”, y se puede definir como la “relación entre dos personas en la cual una de ellas recibe un poder de cualquier tipo con la condición de utilizar ese poder en busca de los mejores intereses de la otra persona”¹³⁷

La obligación fiduciaria está conformada por dos o más partes, comúnmente llamadas fiduciario y beneficiario, las cuales, han sido explicadas por el derecho del **Common Law** Ingles y lo hacen uno de los conceptos más importantes en el sistema legal conocido como la **Equity**.

La obligación fiduciaria se configura como el estándar más alto de cuidado impuesto en el sistema Inglés. Se espera del fiduciario que sea extremadamente leal a la persona a quien le debe la obligación; no debe poner los intereses personales por encima de su deber fiduciario y no se debe beneficiar de su posición como fiduciario a menos que el beneficiario lo consienta. En la relación fiduciaria lo más importante es la buena fe, la lealtad y la confianza. La palabra en si misma originalmente proviene del latín “**fides**” que significa fe.

Cuando una obligación fiduciaria es impuesta, se requiere un estricto carácter de comportamiento. El fiduciario debe evitar una situación donde obligaciones fiduciarias

¹³⁶ Ibid, pág 41

¹³⁷ Mr. Justice Dickson in *Guering Vs. The Queen* at Supreme Court Reports, Supreme Court of Canadá, 1984, pág 384 citado por *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 10 No 2, 1992 pág 173.

e intereses personales entren en conflicto, o que una obligación fiduciaria entre en conflicto con otra obligación fiduciaria.

6.4.1 Causales de responsabilidad en la obligación fiduciaria

La persona sobre la que es impuesta la obligación se denomina fiduciario, éste será responsable si el fideicomitente prueba que el beneficio obtenido se adquirió por una de las siguientes formas¹³⁸:

- En circunstancia de conflicto entre la obligación fiduciaria y el interés personal del fiduciario.
- En circunstancia de conflicto entre obligaciones fiduciarias.
- Tomando ventaja de la posición de fiduciario.

6.4.2 Conflicto entre la obligación fiduciaria y el interés

El fiduciario no se debe situar en una circunstancia o posición donde exista conflicto entre la obligación fiduciaria y el interés personal, se presenta al momento en que sobreviene una contraposición entre los intereses personales del fiduciario con los del beneficiario, en otras palabras, el interés del fiduciario siempre debe servir al interés principal subordinando sus propias preferencias ante las del beneficiario.

Aplicando este concepto a las relaciones originadas del contrato de exploración y producción de hidrocarburos, el contratista concesionario debe evitar la confrontación de sus intereses con los intereses de la ANH plasmados en la concesión, y además cualquier situación de conflicto de intereses en todas sus formas que puedan afectar la confianza entre las partes.

¹³⁸ *Keech v Sanford* [1558-1774] All ER Rep 230

6.4.3 Conflicto entre obligaciones fiduciarias

Una obligación fiduciaria puede entrar en conflicto con otra obligación fiduciaria.

Los conflictos entre esta clase de obligaciones surgen por ejemplo, cuando un abogado pretende representar los intereses del demandante y del demandado en el mismo asunto, es decir, representar intereses diametralmente opuestos.

La obligación fiduciaria en este caso, se origina en virtud de que el fiduciario no puede darle mayor prioridad al interés de un fideicomitente sobre el de otro, cuando estos intereses son contrapuestos y versan sobre una misma materia, porque que constituye una infracción al deber de lealtad del fiduciario con el beneficiario.

En todo caso, el conflicto entre dos obligaciones fiduciarias es realmente una extensión del conflicto entre interés y obligación fiduciaria.

6.4.4 La regla del “no beneficio”

El Fiduciario no debe obtener ganancia alguna de su posición, cualquier beneficio o ventaja, aunque no esté relacionada con su posición fiduciaria. Lo anterior debido a que el beneficio proviene de la oportunidad que su posición le otorga. Si el fiduciario recibe una ganancia en virtud de su rol, deberá reportar ese beneficio a su fideicomitente o beneficiario. Si el fideicomitente lo autoriza, el fiduciario podrá conservar su ganancia, de lo contrario, podrá incluso ser embargada por un Juez.¹³⁹

6.4.5 Relaciones fiduciarias

El Fiduciario dentro del “**common law**” es el propietario de los bienes que integran el fideicomiso. Éste no tiene un título legal sobre la fiducia, sin embargo el fiduciario está atado por la Equity a suprimir sus propios intereses y servir únicamente a los del

¹³⁹ IDC v Cooley [1972] 2 A11 ER 162

beneficiario. De esta forma, el beneficiario obtiene el uso de la propiedad sin ser técnicamente el propietario.

En Colombia, si bien no existe una normatividad expresa que regule las obligaciones fiduciarias, los conceptos de la buena fe, la lealtad y la equidad han sido plasmados en los textos legales, hasta el punto de tutelarse en la Carta Constitucional e investirlos de carácter normativo. Tal es el caso de la buena fe que trata el artículo 83 *Ibidem*, el cual, extiende este principio general del derecho a todo el ordenamiento jurídico imponiendo el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. “Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad, y sinceridad que integran el principio”¹⁴⁰.

Con fundamento en lo anterior, en la legislación se ha exaltado este principio tanto en materia civil como en comercial, permeando claramente el ámbito de las obligaciones fiduciarias, principalmente por dos razones:

La primera, los artículos 871 del C. de Co. Y 1603 del C.C. expresan que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y además, que esta obligación se extiende a las cosas emanadas de la naturaleza de cada obligación o contrato.

La segunda, como consecuencia de los preceptos mencionados, el artículo 1501 C. C. consagra como elementos de la naturaleza del contrato las cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial. Esto quiere decir que las obligaciones fiduciarias hacen parte de la naturaleza de los contratos debido a su estrecha relación con la buena fe y deben entenderse incorporadas a éstos sin necesidad de manifestarse por escrito.

¹⁴⁰ MANRIQUE REYES Alfredo, “La Constitución de la Nueva Colombia”, Ed. CEREC, 1991, pág. 47

Para concluir, las relaciones que frecuentemente conllevan un deber fiduciario son por ejemplo:

- Entre el Fideicomitente y el Beneficiario.
- Entre el Director y la Compañía que administra.¹⁴¹
- Entre el Abogado y su Cliente.
- Entre los socios de una Sociedad Civil o Comercial¹⁴²
- Entre el Comisionista de Valores y su Cliente¹⁴³
- Entre el Doctor y su Paciente
- Entre Padres e hijos

6.5 OBLIGACIONES FIDUCIARIAS EN EL NUEVO CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

Con fundamento en lo explicado anteriormente, se evidencia que en el clausulado del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos existen varias obligaciones fiduciarias, las cuales se enuncian y explican a continuación:

- **2.1. Objeto:** Por virtud del presente contrato se otorga exclusivamente a EL CONTRATISTA el derecho de explorar el Área Contratada y de explotar los Hidrocarburos de propiedad del Estado que se descubran dentro de dicha área. EL CONTRATISTA tendrá derecho a la parte de la producción de los hidrocarburos provenientes del Área Contratada que le correspondan, de acuerdo con la Cláusula 14 de este contrato.

La razón por la que se considera que la cláusula trascrita es fiduciaria, es el traslado de un “poder-facultad” que beneficia a la ANH quien es la entidad que traslada este poder; es decir, la ANH en su calidad de fideicomitente traslada en el contratista el derecho de exploración y explotación de los Hidrocarburos sobre el área contratada para que éste en

¹⁴¹ *Woolworths Ltd v Kelly* (1982)

¹⁴² *United Dominions Corporation v Brian Pty Ltd* (1985) 59 ALJR 676

¹⁴³ *Kak Loui Chan v. John Zacharia* (1984) 58 ALJR 353

su calidad de fiduciario despliegue toda una serie de actividades que beneficien a la ANH.

- **CLAUSULA 9 – PLAN DE EXPLOTACIÓN**

9.1. Presentación y Contenido: Dentro de los tres (3) Meses siguientes a la presentación de la Declaración de Comercialidad de que trata la Cláusula 8, EL CONTRATISTA entregará a la ANH el Plan de Explotación inicial el cual contendrá, como mínimo, la siguiente información:

g) Una propuesta de canasta de máximo tres (3) petróleos crudos de calidad similar para efectos del cálculo de los Derechos por Precios Altos descritos en la Cláusula 16.

Ésta cláusula contractual regula un aspecto fundamental para la ANH, en razón de que el Inciso analizado entraña una obligación de suministrar una información que depende exclusivamente del contratista, y que utilizará la ANH para generar diferentes efectos jurídicos y económicos. Por lo tanto, la buena fe del contratista en el cumplimiento de esta cláusula requiere de una observancia total de los principios en los que se basa la obligación fiduciaria. Entonces, es fiduciaria porque de acuerdo a la información que lleva el contratista, la ANH calcula los Derechos de Precios Altos.

CLÁUSULA 11 – CONDUCCIÓN DE LAS OPERACIONES

- **11.1. Autonomía:** EL CONTRATISTA tendrá el control de todas las operaciones y actividades que considere necesarias para una técnica, eficiente y económica Exploración del Área Contratada y para la Evaluación y Explotación de los Hidrocarburos que se encuentren dentro de ésta. EL CONTRATISTA planeará, preparará, realizará y controlará todas las actividades con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva, de conformidad con la legislación colombiana y observando las Buenas Prácticas de la Industria del Petróleo. EL CONTRATISTA desarrollará las actividades directamente o a través de subcontratistas.

Derivada de las potestades que la ANH le otorga, el operador asume con total capacidad e independencia la actividad de exploración, evaluación y explotación petrolera sin exonerarlo de las responsabilidades surgidas de la relación contractual con la ANH. Se considera obligación fiduciaria porque la ANH delega toda la actividad en

el contratista obligándolo a desplegar su mejor esfuerzo en la realización de las distintas actividades, lo cual implica una buena fe del operador, quien debe asumir la tarea con diligencia y eficiencia generando beneficios directos a la ANH. Adicionalmente la autonomía de quien asume la calidad de fiduciario es un elemento esencial de la obligación fiduciaria, es la plena confianza que deposita la ANH en el operador del contrato.

- **CLAUSULA 13 – MEDICION**

13.1. Medición: EL CONTRATISTA llevará a cabo la medición, muestreo y control de calidad de los Hidrocarburos producidos y mantendrá calibrados los equipos o instrumentos de medición, conforme a las normas y métodos aceptados por las Buenas Prácticas de la Industria del Petróleo y a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, practicando los análisis a que haya lugar y realizando las correcciones pertinentes para la liquidación de los volúmenes netos de Hidrocarburos recibidos y entregados a condiciones estándar. EL CONTRATISTA adoptará todas las acciones necesarias para preservar la integridad, confiabilidad y seguridad de las instalaciones y los equipos o instrumentos de fiscalización. Además, conservará durante el término que establecen el Código de Comercio y las demás normas pertinentes, **los registros de calibración periódica de tales equipos o Instrumentos y de las mediciones diarias de la producción y consumo de Hidrocarburos y fluidos en cada Campo Comercial para revisión de la ANH** y de las autoridades competentes. La ANH tendrá el derecho de inspeccionar los equipos de medición instalados por EL CONTRATISTA y todas las unidades de medición en general.

La parte en negrilla de la cláusula 13.1 del contrato ejemplifica cómo el operador efectúa las actividades bajo una autonomía plena, esta información que requiere la ANH se recopila totalmente por el contratista y se presume que dicha compilación es clara, completa y fidedigna, para una buena relación contractual el obligado fiduciariamente debe actuar de forma íntegra y ecuánime, ajustándose a las disposiciones legales que en materia contable regula el Código de Comercio en su Art. 60 el cual establece que los comerciantes deben guardar sus documentos contables por un período mínimo de 10 años, contados desde el cierre del registro.

- **CLÁUSULA 18 - PROPIEDAD DE LOS ACTIVOS**

18.1. Propiedad: En desarrollo de lo estipulado en la Cláusula 4 (numeral 4.3.4), las instalaciones, bienes, materiales y equipos de propiedad de EL CONTRATISTA que destine permanentemente para el desarrollo de Operaciones de Explotación,

hasta el Punto de Entrega, pasarán gratuitamente a ser propiedad de la ANH al momento de la devolución del Área Contratada o a la terminación de este contrato, cuando una u otra tengan lugar transcurridos los primeros dieciocho (18) Años del Período de Explotación, aunque dichos bienes se encuentren fuera del Área Contratada.

18.2. EL CONTRATISTA transferirá gratuitamente a la ANH, a la devolución del área o a la terminación del contrato cuando una u otra tengan lugar transcurridos los primeros dieciocho (18) Años del Período de Explotación, todos los derechos derivados de contratos bajo la modalidad de financiamiento de proyectos tales como Leasing, de construcción, Explotación y reversión de bienes, BOT- ("Build, Operate and Transfer"), BOMT-("Build, Operate, Maintain and Transfer"), BOOT ("Build, Own, Operate and Transfer"), MOT ("Modernize, Operate and Transfer") y similares, que a la terminación de los mismos establezcan la obligación de transferir la propiedad de los bienes, equipos e instalaciones a EL CONTRATISTA, cuando tales contratos hayan sido celebrados para el desarrollo del Período de Explotación de la respectiva área. En todo caso, en el evento que dichos contratos se celebren por un plazo mayor al del Período de Explotación, requerirán previa autorización de la ANH.

18.3. Inventarios: EL CONTRATISTA efectuará inventarios físicos de los equipos y bienes concernientes a las Operaciones de Explotación, con intervalos razonables, por lo menos cada tres (3) Años Calendario, clasificándolos según sean de propiedad de EL CONTRATISTA o de terceros. La ANH tendrá el derecho de estar representada cuando se efectúen tales inventarios. Para este efecto, EL CONTRATISTA avisará a la ANH con una antelación no inferior a quince (15) Días calendario.

Como hemos mencionado anteriormente la ejecución material de la actividad corresponde 100% al operador contratista, razón por la cual la ANH no tiene una participación directa en el desarrollo de la actividad de exploración y explotación como tal, siendo imposible para esta entidad conocer a profundidad los elementos y bienes que se utilizan para desplegar y materializar el objeto contractual. Esta información la conoce de primera mano el contratista, por lo tanto es esta parte quien debe observar máxima buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, aún más si se tiene en cuenta que derivado de su comportamiento se generan efectos jurídicos trascendentales, los cuales se reducen básicamente a la transferencia de los bienes y derechos contemplados en las cláusulas 18.1, 18.2, y 18.3 (anteriormente citadas), necesarios en el evento en que vencidos los términos contractuales, puedan ser aprovechados y continúen siendo operados los yacimientos directamente por el Estado.

- **CLÁUSULA 19 - SUMINISTRO DE INFORMACIÓN Y CONFIDENCIALIDAD**

19.1. Información Técnica: EL CONTRATISTA mantendrá oportuna y permanentemente informada a la ANH sobre el progreso y resultados de las operaciones. Por consiguiente, además de los documentos requeridos en otras cláusulas de este contrato, EL CONTRATISTA entregará a la ANH, a medida que se vaya obteniendo y antes de la fecha de vencimiento de cada uno de las fases del Periodo de Exploración y por Año Calendario durante el Período de Explotación, toda la información de carácter científico, técnico y ambiental, obtenida en cumplimiento de este contrato. Esta información de Exploración y Explotación será entregada a la ANH de acuerdo con el Manual de Suministro de Información de Exploración y Explotación.

La cláusula transcrita impone la obligación de mantener informada oportuna y permanentemente a la ANH sobre el progreso y resultados de las operaciones e información de carácter científico, técnico y ambiental. Es claro que esta obligación sigue el principio de cláusula 13.1 sobre medición anteriormente explicada, por tal razón no entraremos a dilucidar nuevamente su naturaleza y nos atenemos a lo dicho en la cláusula anteriormente mencionada.

- **19.2. Confidencialidad de la Información:** Las Partes acuerdan que todos los datos e información producidos, obtenidos o desarrollados como resultado de las operaciones de este contrato se consideran estrictamente confidenciales durante los cinco (5) Años Calendario siguientes contados a partir de la finalización del Año calendario en el cual se hubieren producido, obtenido o desarrollado; o hasta la terminación del contrato; o al momento de la devolución parcial de área en cuanto a la información adquirida en las áreas devueltas, lo primero que ocurra. Para las interpretaciones basadas en los datos obtenidos como resultado de las operaciones de este contrato este plazo será de veinte (20) Años Calendario contados a partir de la fecha de la obligación de entrega a la ANH; o hasta la terminación del contrato o al momento de la devolución parcial de áreas en cuanto a la información adquirida en las áreas devueltas, lo primero que ocurra. Esta estipulación no se aplicará a los datos o información que las Partes deban proporcionar de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, ni a los que requieran sus filiales, consultores, contratistas, auditores, asesores legales, entidades financieras y autoridades competentes con jurisdicción sobre las Partes o sus filiales, o por normas de cualquier bolsa de valores en la cual las acciones de EL CONTRATISTA o sociedades vinculadas se encuentren registradas; sin embargo deberá comunicar la entrega de la información a la otra Parte. Las restricciones a la divulgación de información no impedirán que EL CONTRATISTA suministre datos o información a compañías interesadas en una eventual cesión de derechos con relación al Área Contratada, y siempre que dichas compañías suscriban el correspondiente acuerdo

de confidencialidad que dé cumplimiento a lo estipulado en esta cláusula. La ANH se compromete a no entregar a terceros dato o información alguno obtenidos como resultado de las operaciones adelantadas por EL CONTRATISTA, excepto cuando sea necesario para cumplir alguna disposición legal aplicable a la ANH, o en el desarrollo de sus funciones. En los demás casos, la ANH requerirá la autorización previa de EL CONTRATISTA.

Una de las obligaciones fiduciarias es la no divulgación de información confidencial, la cual está arriba transcrita y expresamente contemplada en el contrato, así pues las partes no pueden hacer públicos los datos sino cinco años después de terminado el contrato. Esta obligación es tanto una obligación de no hacer como una de carácter fiduciario. Esta carga es impuesta a ambas partes lo cual significa que ambos tienen la calidad de fiduciarios y de fideicomitentes recíprocamente. Como se explicó en la parte general de las obligaciones fiduciarias, es claro que la buena fe se le exige al fiduciario, pero al ser esta una obligación recíproca, ese estándar de comportamiento se hace exigible a las dos partes.

- **20.2. Delegación:** La ANH podrá delegar la inspección y el seguimiento de las operaciones en el Área Contratada, con el propósito de asegurar que EL CONTRATISTA esté cumpliendo las obligaciones contraídas bajo los términos de este contrato y la legislación colombiana. La ausencia de actividades de inspección y seguimiento por parte de la ANH de ninguna manera exime a EL CONTRATISTA del cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de este contrato ni implica una reducción de las mismas

La obligación fiduciaria se fundamenta en un “deber ser” lo que implica que independientemente de la auditoria que se ejerza sobre el cumplimiento de la relación contractual. el fiduciario (contratista) está obligado a cumplir los mandatos del contrato. Esto implica que no se requiere control para que el fiduciario ejecute y cumpla las disposiciones del deber fiduciario.

- **22.2. Forma de las garantías:** EL CONTRATISTA establecerá, a su propio costo, una o varias cartas de crédito “stand by”, de carácter incondicional e irrevocable y pagaderas a la vista, con un banco o institución financiera legalmente establecidos en Colombia u otro instrumento u otra institución aceptado previamente por la ANH.

La carta crediticia al ser un documento de carácter crediticio, incondicional, irrevocable y pagadera a la vista permite que la ANH haga efectivo el cobro de la carta cuando

considere que existen perjuicios causados por el contratista. Por lo tanto es preciso que la ANH actúe de buena fe y no se aproveche del poder que le ha sido transferido por el contratista a través del documento otorgado.

- **24.5.** Cuando el operador sea un tercero y la ANH tenga conocimiento de que ha asumido conductas negligentes o contrarias a las Buenas Prácticas de la Industria Petrolera en relación con el cumplimiento de las obligaciones objeto de este Contrato, dará aviso de ello a EL CONTRATISTA, quien dispondrá de un término de noventa (90) Días calendario contados a partir del requerimiento para adoptar los correctivos del caso. Si vencido el mencionado término persiste el comportamiento mencionado, la ANH exigirá a EL CONTRATISTA el cambio de operador.

Consideramos que es una obligación fiduciaria a cargo de la ANH debido a que si bien la cláusula general de responsabilidad consagrada en el numeral 26¹⁴⁴ del contrato contempla que el único responsable es el contratista y considerando que las obligaciones contractuales se ejecutan con total autonomía, la ANH debe procurar evitar eventuales perjuicios, tal es el caso que se describe en la cláusula anterior porque frente a la negligencia de la operación de un tercero la ANH debe tratar de corregir dicha falencia con una información oportuna al contratista evitando mayores perjuicios cometidos por el operador (tercero). Por lo tanto, lo que se busca es la corrección del problema y no la imposición de sanciones al contratista y la ANH debe procurar que esto sea así, velando por la continuidad y desarrollo de la actividad de exploración y explotación de los hidrocarburos.

Conclusión:

Las obligaciones fiduciarias surgen de la relación entre dos personas en la cual una de ellas llamada fiduciario recibe un poder de cualquier naturaleza con la condición de utilizar ese poder en busca de los mejores intereses de otra persona llamada

¹⁴⁴ EL CONTRATISTA indemnizará, defenderá y mantendrá indemne a la ANH y a sus empleados y propiedades por cualquier reclamo o acción derivado de acciones u omisiones en el desarrollo y ejecución de este contrato por EL CONTRATISTA, sus directores, agentes, personal, empleados y representantes. EL CONTRATISTA será el único responsable por los daños o pérdidas causadas a terceros por acciones u omisiones de EL CONTRATISTA, sus directores, agentes, personal, empleados y representantes en desarrollo y ejecución del contrato.

fideicomitente, implica que los actos del fiduciario quedan subyugados a los principios de buena fe, lealtad y confianza.

En las obligaciones fiduciarias se presentan cierta clase de conflictos muy particulares que se recogen de las fuentes del derecho común anglosajón o “common law” y la Equity, como por ejemplo, la teoría de los conflictos de intereses, el choque entre obligaciones fiduciarias y los beneficios que obtiene el fiduciario en virtud de su encargo.

Empero, si el derecho inglés constituye la génesis del deber fiduciario, el derecho Colombiano ha establecido mecanismos de protección de la confianza, la lealtad, honestidad y el buen comportamiento de los contratantes, como la consagración de la buena fe en la Constitución, y su incorporación como elemento de la naturaleza de los contratos celebrados conforme al derecho Colombiano; situación que le otorga a las obligaciones fiduciarias plenos efectos vinculantes entre las partes.

Finalmente, se observa que el contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos consagra varias obligaciones fiduciarias especiales que conllevan el comportamiento más diligente tanto de la ANH, como del Concesionario, y que permiten que entre ellos exista un ambiente de plena confianza y lealtad donde las reglas estén lo más claras posibles y el contrato se ejecute en beneficio y a satisfacción de todos.

7. OBLIGACIONES AMBIENTALES

Sin lugar a dudas uno de los temas con mayor relevancia en la actualidad, es el referido a la protección del Ambiente, dados los impactos que genera la actividad industrial en todos sus ramos. Es una preocupación de carácter global encontrar mecanismos eficientes e idóneos para la protección de los recursos naturales.

Conscientes de esa realidad, el constituyente de 1991 elevó a rango constitucional la protección de los recursos naturales el Artículo 8, consagró: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.¹⁴⁵ Esta es la mayor protección jurídica que se le puede dar a un bien colectivo, sin embargo la más eficiente de las protecciones proviene de los distintos sectores de la producción industrial que con un criterio de desarrollo sostenible han implementado poco a poco procesos de producción mucho más amables con el ambiente, que ayudan a mitigar el impacto nocivo derivado de la propia actividad.

Como obligación jurídica la Constitución establece en su Artículo 80 que: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.¹⁴⁶

La industria petrolera es quizás una de las más comprometidas en la protección del Ambiente, no sólo por las repercusiones ambientales sino por su alta incidencia sobre los recursos económicos y sociales de un país, para nadie es secreto que el desarrollo de un proyecto petrolero en cualquier zona geográfica genera amplias transformaciones en

¹⁴⁵ Constitución Política de Colombia Artículo 8.

¹⁴⁶ Constitución Política de Colombia Artículo 80.

todos los aspectos cotidianos de un hábitat determinado, sin embargo con la adecuada planeación esos cambios pueden orientarse en sentido benéfico.

En el nuevo contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, el tema ambiental tiene especial preponderancia, porque si bien es cierto que el país tiene la necesidad de contrarrestar el desabastecimiento¹⁴⁷, no lo es menos que a través de las distintas instancias legales el país ha diseñado políticas de protección al ambiente, siendo este un tema de vital importancia en todos los niveles de organización territorial.

A lo largo de todo el contrato muestra en su marco normativo distintas cláusulas que regulan el tema ambiental, cláusulas que contemplan obligaciones para el operador pero a su vez impone cargas a la ANH.

Por razones puramente metodológicas el clausulado del contrato que regula aspectos ambientales no será analizado en el orden numérico, sino que éste se abordará desde los distintos aspectos relevantes para el estudio que se ocupa.

¹⁴⁷ Al utilizar el termino desabastecimiento se busca expresar la posibilidad de que en un futuro cercano será necesario importar petróleo para abastecer el consumo interno, es decir, Colombia dejara de ser autosuficiente y los argumentos son los siguientes:

Según la CEPAL, Colombia en el año 2003 tenía 1.500 millones de barriles de reservas de petróleo mientras que en 1993 las reservas eran de 3.600 millones. Debido a esta drástica disminución y para evitar que la tendencia continuara se expidieron leyes en áreas tan diversas como: la Ley tributaria de 1998 en la cual se hace un cambio en el sistema de amortización de bienes intangibles, la Ley 508 de 1999 el cual implementa un esquema de regalías variables, la Ley 756 del 2002 en la que se modifica el sistema de regalías aumentando el limite inferior al 8% y el decreto ley 1760 de 2003 en el cual se escinde ECOPETROL. Todo esto con el único objetivo de hacer más atractivo la inversión extranjera en hidrocarburos. (ver CEPAL – SERIE Recursos naturales e infraestructura N° 78)

La situación de desabastecimiento es tan real y cercana que en el año 2004 el Ministro de Minas y Energía (de la época) Luis Ernesto Mejía afirmo en una entrevista a la revista Javeriana de marzo de 2004 que “al final del año 2009, persistiendo la condición de no encontrar nuevas reservas, habría que empezar a importar crudos y tendríamos que pagar el precio internacional”

Si en los últimos meses (tercer semestre del 2006) se ha dicho que la perspectiva petrolera ha mejorado es precisamente por las diferentes leyes que se han promulgado y por el nuevo contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos (objeto de éste estudio) el cual genera una serie de incentivos a los contratistas. es objeto de éste estudio. Pero no significa que el fantasma del desabastecimiento se haya ido, ya que la única forma en que el país no tenga que importar petróleo es encontrando nuevos yacimientos. Obviamente para poder hacerlo hay que explorar y en esa área el país ha mejorado ostensiblemente.

7.1. LICENCIA AMBIENTAL

Como criterio orientador vale la pena recordar que el Decreto 2811 de 1974 en sus Artículos 27 y 28, introdujo en la legislación nacional los conceptos de efecto ambiental y de estudio ecológico y ambiental.¹⁴⁸ Que en su momento podría entenderse como las primeras aproximaciones a la Licencia Ambiental, sin embargo, éstos conceptos jurídicos fueron criticados en el sentido de que “las primeras se referían a actividades que pudieran estar produciendo impactos ambientales, es decir que ya estaban en alguna etapa de desarrollo, mientras los segundos, a proyectos futuros”.¹⁴⁹ Esta situación generó un gran vacío jurídico, puesto que no se establecía con claridad si la licencia era de carácter preventivo.

Como se reseñó anteriormente la protección de los recursos naturales se convirtió en una materia con rango constitucional a partir de la Constitución de 1991, lo que necesariamente desencadenó una serie de regulaciones de carácter legislativo en el que se desarrollo con profundidad las obligaciones de los particulares y las obligaciones de las nuevas entidades que se crearon con la finalidad de supervisar y velar por el cumplimiento de la legislación en materia ambiental, es así como con la Ley 99 de 1993 se crea el Ministerio del Medio Ambiente¹⁵⁰, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio (sic) ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA. A continuación se muestra el Artículo 2º. Ley 99 de 1993:

“Artículo 2o. Creación y Objetivos del Ministerio del Medio Ambiente. Créase el Ministerio del Medio Ambiente como organismo rector de la gestión del medio (sic) ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de impulsar una relación de

¹⁴⁸ ACOSTA IRREÑO, Oscar David. Manual Practico sobre licencias y algunos permisos, autorizaciones y concesiones de carácter ambiental. Cámara de Comercio, Bogotá, D.C. 2000.

¹⁴⁹ SZAUER UMAÑA, María Teresa. Las licencias ambientales como instrumento de gestión ambiental La política ambiental de fin de siglo: una agenda para Colombia. Octubre de 1994 ambiental.

¹⁵⁰ Ahora se conoce como Ministerio del Medio Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

respeto y armonía del hombre con la naturaleza y de definir, en los términos de la presente ley, las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio (sic) ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible.”

Por medio de este artículo se establece que el Ministerio del Medio Ambiente formulará, junto con el Presidente de la República y garantizando la participación de la comunidad, la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables, de manera que se garantice el derecho de todas las personas a gozar de un medio (sic) ambiente sano y se proteja el patrimonio natural y la soberanía de la Nación.

Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente coordinar el Sistema Nacional Ambiental, SINA, que en esta Ley se organiza, para “asegurar la adopción y ejecución de las políticas y de los planes, programas y proyectos respectivos, en orden a garantizar el cumplimiento de los deberes y derechos del Estado y de los particulares en relación con el medio (sic) ambiente y con el patrimonio natural de la Nación”.¹⁵¹

En este artículo se trata por primera vez en la legislación colombiana de desarrollo sostenible, el cual se define en el artículo 3° de la ley 99 de 1993 como aquel que “conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en el que se sustentan, ni deteriorar el medio (sic) ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades”.

Extrayendo del artículo, se encuentra la vital importancia de la protección del ambiente es su calidad de bien público que interesa, no sólo a las generaciones presentes sino a las futuras, razón por la cual el desarrollo de toda actividad que implique deterioro grave a los recursos naturales requerirá una licencia ambiental.

¹⁵¹ Artículo 2° Ley 99 de 1993.

Este es el tema preponderante respecto de las obligaciones ambientales contempladas en el nuevo contrato de exploración y producción de hidrocarburos expedido por la ANH, y entonces surge desde el punto de vista jurídico las reflexiones de importancia y relevancia para este trabajo.

Debido a que es fundamental precisar el concepto de licencia ambiental, a continuación se realizará una breve exposición del tema.

7.1.1 Definición de licencia ambiental

Puede definirse la licencia ambiental como “el instrumento mediante el cual el Estado hace efectivas las disposiciones sobre planificación ambiental y desarrollo sostenible contenidas en el Artículo 80 de la Constitución Política. Es la forma como el estado interviene para orientar, dirigir y dar un manejo lógico racional a las relaciones sociales, económicas, culturales y ecológicas en procura del bien común”.¹⁵²

Por disposición legal, el Artículo 3 del Decreto 1220 define la Licencia Ambiental en los siguientes términos: “ARTÍCULO 3o. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA LICENCIA AMBIENTAL. La licencia ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada”.

La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales

¹⁵² ACOSTA IRREÑO, Op. cit., P. 31.

renovables, que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad. La licencia ambiental deberá obtenerse previamente a la iniciación del proyecto, obra o actividad. Ningún proyecto, obra o actividad requerirá más de una licencia ambiental”.

En esta definición se contempla la característica esencial de la licencia ambiental, como su propio nombre lo enuncia, es un permiso de carácter administrativo, es la facultad que le otorga la autoridad competente a quien esté interesado en realizar una actividad con impacto ambiental, económico y social, para que la ejecute en forma regulada, de esta forma el Estado ejerce control sobre determinadas actividades y le da cumplimiento al mandato constitucional.

El Artículo 3 en su inciso segundo contempla la unidad de acto administrativo, la cual, tiene como antecedente legislativo la Resolución 655 del 21 de Junio de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente¹⁵³.

Lo anterior estableció que la licencia ambiental, se considera un acto administrativo que contiene implícitamente los demás actos administrativos de carácter ambiental que se requieran para la ejecución del proyecto.

Una vez realizada la delimitación conceptual, se explicará que para el caso específico de la industria petrolera dos aspectos son relevantes: el primero de ellos tiene que ver con la necesidad de identificar plenamente a partir de que momento es indispensable la licencia ambiental en el contrato, teniendo en cuenta que el contrato de la ANH contempla dos períodos esenciales que son el de exploración y explotación; y el segundo, que esta orientado a determinar la competencia respecto de la autoridad con facultad legal para la expedición de la licencia ambiental.

¹⁵³ Resolución 655 del 21 de Junio de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente artículo 2°: “Unidad de acto administrativo. La licencia ambiental se otorgara mediante acto administrativo que llevará implícitos los permisos, autorizaciones y concesiones de carácter ambiental que se requieran para la ejecución de una obra o actividad.”

7.1.2 Permisos ambientales en la etapa exploratoria

Teniendo en consideración que el contrato se divide en dos grandes etapas (exploración y explotación) y que desde el punto de vista contractual, cada una de ellas implica obligaciones de carácter ambiental se abordará la investigación en forma individual, estableciendo el marco normativo vigente para cada una de estas etapas.

Respecto a la etapa exploratoria el Artículo 52 de la ley 99 de 1993¹⁵⁴, establecía que para la exploración petrolera se requería licencia ambiental, a su turno el Ministerio del Medio Ambiente a través de las resoluciones 443 y 445 de 1997 estableció el marco jurídico que regularía la elaboración del estudio de impacto ambiental para los programas que tenían que ver con la exploración sísmica y los términos de referencia para la elaboración del plan de manejo ambiental (PMA)¹⁵⁵ para la perforación de pozos exploratorios.

Sin embargo esas regulaciones fueron modificadas respecto a lo que regulaba el Artículo 52 de la Ley 99 de 1993 y derogado respecto de las resoluciones 443 y 445 de 1997 expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente, por el Artículo 50 del Decreto-Ley 266 de 2000 que consagró “Racionalización de la exigencia de la licencia ambiental. Modifica el Artículo 52 de la Ley 99 de 1993”, el cual quedaría así:

“Artículo 52. De la exigencia de la licencia ambiental. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará licencia ambiental respecto a las siguientes actividades: Explotación, transporte, conducción y depósito y construcción de refinerías...”¹⁵⁶

¹⁵⁴ Artículo 52 num 1° Ley 99 de 1993 “competencia del Ministerio del Medio Ambiente. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la licencia ambiental en los siguientes casos:

1. Ejecución de obras y actividades de exploración...”

¹⁵⁵ PMA. Plan de Manejo Ambiental. Es el conjunto de acciones de ingeniería, planeación, etc. Tendientes a mitigar los efectos negativos y magnificar los efectos positivos que ocasiona un proyecto en sus diferentes etapas de desarrollo sobre el ambiente.

¹⁵⁶ Ver Artículo 50 del decreto 266 de 2000

Con la nueva regulación la etapa exploratoria no requería de licencia ambiental sin embargo en **Sentencia C-1316/00** la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto-Ley 266 de 2000, al considerar que la inexecutableidad que afecta la Ley 573 de 2000 afecta inexorablemente el decreto 266 de 2000, lo que da lugar a la declaratoria de inexecutableidad por unidad normativa.

“Dado que en el presente caso la Corte observa que el legislador ordinario al conferir en el numeral 5 del artículo 1 de la ley 573/2000 las facultades antes transcritas, que sirvieron de fundamento para la expedición del decreto 266/2000, parcialmente impugnado, incurrió en una imprecisión que viola el Estatuto Supremo, es necesario integrar con aquél unidad normativa pues la inconstitucionalidad que se predica de la norma habilitante incide inevitablemente en el ordenamiento demandado, como pasa a demostrarse.

La unidad normativa, como reiteradamente lo ha señalado la Corte, procede cuando "la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones. En los otros casos, esto es, cuando la relación entre las proposiciones jurídicas no es tan estrecha, la unidad normativa no procede, salvo si la regulación de la cual forma parte la disposición acusada aparece prima facie de una constitucionalidad discutible.

En efecto, si esa regulación mayor es constitucionalmente sospechosa, ineludiblemente debe la Corte examinarla, pues no podría declarar constitucional un aspecto de una determinada institución, si ésta última puede ser globalmente inexecutable. La unidad normativa no opera entonces exclusivamente en los fallos de inexecutableidad, lo cual explica que esta corporación, en varias decisiones, haya extendido los efectos de una decisión de constitucionalidad a contenidos normativos que no habían sido formalmente demandados por el actor, pero cuyo examen era indispensable para poder pronunciarse de fondo sobre las disposiciones acusadas.

(...) la Corte concluye que la unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente

indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente, es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad." Sent. C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.¹⁵⁷

Infortunadamente la declaración de inexequibilidad del Decreto 266 de 2000 decretada por la Corte Constitucional, dejó sin piso jurídico uno de las herramientas necesarias para atraer inversión extranjera, puesto que revivió jurídicamente la necesidad de obtener la Licencia Ambiental en la etapa exploratoria, conforme a la Ley 99 de 1993 Artículo 52, el Artículo 7 y 8 Numeral 1 literal a) del Decreto 1220 de 2005 de acuerdo con estas disposiciones legales vigentes y en concordancia con la cláusula 30.3 la cual contempla:

- **Cláusula 30.3.** Cuando alguna actividad u Operación de Exploración requiera de permisos, autorizaciones, concesiones o licencias ambientales, EL CONTRATISTA se abstendrá de realizarlas mientras no obtenga tales permisos, autorizaciones, concesiones o licencias.

Es requisito previo la obtención de Licencia Ambiental para adelantar programas de exploración petrolera salvo que por circunstancias especiales el programa de exploración sísmica no genere impactos ambientales de magnitud siquiera considerable.

Esta realidad fue reconocida por el Decreto 883 de 1997, el cual estableció los requerimientos de la gestión para esta actividad. No requieren licencia los programas sísmicos:

- Que no impliquen la construcción de vías que permitan el tránsito de vehículos.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 1316/00 M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

- Que no se pretendan adelantar en zonas de ordenamiento jurídico especial. Tales como el Sistema de Parques Nacionales Naturales, las zonas de reserva forestal, de páramos o manglares, territorios indígenas entre otros.

Para ejecutar este tipo de Programas se requiere elaborar previamente el DOCUMENTO DE EVALUACION Y MANEJO AMBIENTAL -DEMA de acuerdo con los Términos de Referencia HTER115 establecidos en la Resolución 444/97. El Documento de Evaluación y Manejo Ambiental -DEMA debe radicarse en el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

La radicación es requisito previo para iniciar la ejecución del Programa. Así mismo el usuario remitirá copia del DEMA a la Corporación Autónoma Regional respectiva. Se debe publicar en un diario de amplia circulación, la certificación de radicación de solicitud y hacer llegar la publicación al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, dentro de los diez días siguientes a la presentación del DEMA.

Previo a la iniciación de actividades debe informarse al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial la fecha de iniciación del programa sísmico. En caso de requerir el uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables, se deben tramitar y obtener los permisos correspondientes en la Corporación Autónoma Regional respectiva”.¹⁵⁸

De lo anterior, se extrae que los programas de exploración sísmica requieren de licencia ambiental previa salvo los que se estipulan taxativamente, sin embargo, estos programas de exploración que están exentos de obtener la Licencia Ambiental previa no son actividades que no estén bajo controles ambientales, sólo que ése control se ejerce a través de mecanismos más expeditos y simples.

¹⁵⁸ MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, Publicaciones Guías Ambientales [Colombia]: 1997 [citado 17 de agosto, de 2006] <URL: http://www.minambiente.gov.co/prensa/publicaciones/guias_ambientales.>

En el contrato se debe entender pues, que la etapa de exploración se define como “aquellos estudios, trabajos y obras que el contratista ejecuta para determinar la existencia y ubicación de hidrocarburos en el subsuelo, que incluye pero no están limitados a métodos geofísicos, geoquímicas, geológicos, cartográficos, y en general, las actividades de prospección superficial, la perforación de pozos exploratorios y otras operaciones directamente relacionadas con la búsqueda de hidrocarburos en el subsuelo”.¹⁵⁹

Inicialmente se diría que la etapa exploratoria no genera grandes impactos ambientales, sin embargo el contratista asume distintas obligaciones ambientales según la magnitud y repercusión del proceso exploratorio, la Cláusula 3.5 del contrato establece que:

- **Cláusula 3.5. Restauración de las áreas devueltas:** EL CONTRATISTA realizará todas las actividades de Abandono necesarias y restaurará las áreas devueltas conforme a lo dispuesto en la legislación colombiana y en este contrato.

Tiene como objetivo principal, el plan de abandono realizar un desmantelamiento ordenado reparando los efectos causados por las diferentes actividades desarrolladas en el proceso exploratorio.

El plan de abandono y restauración en la etapa exploratoria está comprendido básicamente por las siguientes actividades:

- El desmantelamiento de las facilidades temporales instaladas por el Contratista para el desarrollo del Programa.
- La limpieza final de las áreas ocupadas por dichas facilidades y por el proyecto, y la disposición de residuos generados por dicha operación.
- La clausura de los sistemas de tratamiento construidos con carácter temporal para el servicio del Programa.

¹⁵⁹ Cláusula 1.5 Contrato de exploración y producción de hidrocarburos. Agencia Nacional de hidrocarburos.

- El manejo de los residuos especiales acumulados y almacenados temporalmente en el campamento base o los campamentos volantes.
- La recuperación de las áreas afectadas por el Programa Sísmico en aquellos casos en que ha habido modificaciones, imputables a la ejecución, de las condiciones ambientales prevalentes.
- El saneamiento de los compromisos adquiridos con la comunidad, los propietarios de predios o las autoridades locales, de tal manera que el dueño del proyecto y el Contratista de sísmica sean declarados a paz y salvo por todo concepto al finalizar el trabajo exploratorio.

El desmantelamiento procederá para las instalaciones temporales, y se aplicará a todas, con excepción de aquellas cuya permanencia haya sido acordada por el Contratista de sísmica con la comunidad. Aún en estos casos debe recurrirse a criterios ambientales para establecer la conveniencia de dichas instalaciones.

Con la regulación vigente la etapa exploratoria del contrato de la ANH requiere de licencia ambiental, entendida esta como el acto administrativo que faculta al interesado adelantar determinada actividad.

7.1.2. Licencia ambiental en la etapa de explotación

La etapa de explotación está sujeta a la ocurrencia o acaecimiento de un hecho futuro incierto, el cual se puede resumir en el hallazgo de hidrocarburos y la posibilidad de ser explotados, de la ocurrencia del hecho depende el nacimiento o la extinción de obligaciones entre las partes que celebran el contrato de exploración y producción de hidrocarburos.

Respecto a las obligaciones de carácter ambiental, la ocurrencia del hecho futuro incierto, le genera al contratista la obligación que se estipula en la Cláusula 30.4:

- **Cláusula 30.4.** Sin la aprobación de los estudios de impacto ambiental y la expedición de las licencias ambientales correspondientes u otros requisitos, EL CONTRATISTA no podrá iniciar la Explotación.

El antecedente normativo que contempló la necesidad de obtener licencia ambiental en la explotación de hidrocarburos, fue el Artículo 52 de la Ley 99 de 1993 este se encuentra vigente, sin embargo, el Decreto 1220 de 2005 reglamento el título VIII de la ley 99 de 1993, consagra:

“ARTÍCULO 7o. PROYECTOS, OBRAS Y ACTIVIDADES SUJETOS A LICENCIA AMBIENTAL. Estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 8o y 9o del presente decreto.

ARTÍCULO 8o. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades:

1. En el sector hidrocarburos:

c) La explotación de hidrocarburos que incluye las instalaciones propias de la actividad y obras complementarias incluidas el transporte interno del campo por ductos y su almacenamiento interno, las vías y demás infraestructura asociada.”

Sintetizando lo anterior se concluye que la explotación petrolera es una actividad que requiere de licencia ambiental previa por disposición legal. Ahora es relevante determinar a quién le corresponde cumplir con esta obligación y desde que momento se hace exigible el cumplimiento de esta obligación legal.

7.1.3.1. Sujeto pasivo de la licencia ambiental

En cuánto a los actores que deben cumplir con ésta obligación se hace referencia a la Cláusula 30. 1:

- **Cláusula 30.1.** EL CONTRATISTA dará especial atención a la protección del medio (sic) ambiente y al cumplimiento de la normatividad aplicable en estas materias. Igualmente, adoptará y ejecutará planes de contingencia específicos para atender las emergencias y reparar los daños, de la manera más eficiente y oportuna.
- **Cláusula 11.3.** Obtención de permisos: EL CONTRATISTA está obligado a obtener, por su propia cuenta y riesgo, todas las licencias, autorizaciones, permisos y demás derechos procedentes conforme a la ley, necesarios para adelantar las operaciones objeto del presente contrato.

Como bien puede establecerse corresponde al contratista asumir la protección del ambiente, incluso estableciendo planes de contingencia que le permitan mitigar los impactos negativos que un hecho futuro e incierto de carácter catastrófico le pueda generar al ambiente.

Tratándose de una obligación a cargo del contratista, en su calidad de sujeto pasivo de la relación administrativa, es a él a quien van dirigidas las estipulaciones jurídicas contenidas en la manifestación de la autoridad ambiental, que para el caso en concreto la autoridad administrativa competente, es la que dispone el Artículo 52 de la Ley 99 de 1993: “El Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la Licencia Ambiental en los siguientes casos: 1. Ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías...” en concordancia con el Artículo 7 y 8 del Decreto 1220 de 2005 que reglamento el Título VIII de la Ley 99 de 1993.

7.1.4 Desde cuando se hace necesaria la licencia ambiental

El aspecto relacionado con la necesidad de la licencia ambiental, se remite a la Cláusula 30.2, la cual propaga:

- **Cláusula 30.2** ...EL CONTRATISTA deberá iniciar ante el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial las actividades pertinentes para el licenciamiento ambiental a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al inicio de la respectiva fase, so pena de declararse el incumplimiento del contrato.

La Licencia Ambiental previa se estableció como requisito para toda obra, industria, actividad o proyecto que cause: a) Un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o b) Modificaciones notorias o considerables al paisaje.

Por medio de lo mencionado precedentemente la licencia ambiental se requiere desde la etapa misma de la exploración salvo algunas excepciones, lo cual, hace necesario manifestar que es indispensable que se obtenga la licencia ambiental global en la etapa exploratoria si se llega a la declaración de comercialidad de uno ó varios pozos estos estarán cubiertos por la licencia global, el Decreto-ley 2150 de 1995 y la Resolución 655 del 21 de junio de 1996 expedida por el Ministerio del Medio Ambiente establecieron que existen dos clases de licencia ambiental:

1.) La Licencia Ambiental Única

Es la que incluye en el mismo acto de otorgamiento de la licencia ambiental, los permisos autorizaciones y concesiones necesarios para el desarrollo del proyecto, obra o actividad que aproveche recursos naturales renovables salvo los que por expresa disposición estén reservados exclusivamente al imperio del Art. 132 del Decreto-ley 2150 de 1995.¹⁶⁰ Sin embargo, esta categoría no se encuentra contemplada en el Decreto 1220, el cual solo contempla la licencia ambiental global.

¹⁶⁰ Art. 132 Decreto-ley 2150 de 1995 La Licencia Ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y concesiones, de carácter ambiental, necesarios para la construcción, desarrollo y operación de la obra, industria o actividad. La vigencia de estos permisos será la misma de la Licencia

2.) La Licencia ambiental Global

Se entiende por licencia ambiental global aquella que se otorga de manera privativa por el Ministerio del Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y tiene por objetivo evaluar los impactos ambientales conjuntos en las actividades como las petroleras en donde se requiere integrar estudios independientes pero con manejos ambientales similares. Tal es el caso de los campos petroleros o gasíferos con múltiples pozos.

El Artículo 4 del Decreto 1220 de 2005 define la licencia global en los siguientes términos:

”ARTÍCULO 4o. LICENCIA AMBIENTAL GLOBAL. Es la autorización otorgada por la autoridad ambiental competente para las obras y actividades relacionadas con los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos.

Para el desarrollo de cada una de las actividades y obras definidas en la etapa de la explotación es necesario presentar un Plan de Manejo Ambiental, conforme a los términos, condiciones y obligaciones establecidas en la licencia ambiental global.

Dicho Plan de Manejo Ambiental no estará sujeto a evaluación previa por parte de la autoridad ambiental competente, por lo tanto el interesado, una vez presentado éste, iniciará la ejecución de las obras y actividades, que serán objeto de control y seguimiento ambiental.

Entonces debe entenderse que la licencia única no desapareció como clasificación sino que esta implícitamente consagrada en el Artículo 3 inciso segundo.

Ambiental. El Ministerio del Medio Ambiente establecerá los requisitos y condiciones para la solicitud y obtención de la licencia ambiental.

7.1.5 Incumplimiento de la licencia ambiental

La licencia ambiental como instrumento de control del Estado, es un acto de la administración que tiene como finalidad habilitar al peticionario para que desempeñe una actividad que esta bajo supervisión y control, por esta razón la licencia como obligación no solo legal sino contractual, requiere de la observancia del principio constitucional de la buena fe por parte de los sujetos de la relación, sin embargo, por distintas razones se puede presentar eventualmente el incumplimiento de las obligaciones y compromisos adquiridos por partes del contratista, derivando así consecuencias desfavorables.

Son distintas las consecuencias que se pueden derivar del incumplimiento de las obligaciones, que el particular ha asumido con ocasión de los términos en que se obliga en la Licencia Ambiental.

De una parte, por consistir la licencia en un acto administrativo existen sanciones de carácter policivo que pueden ser impuestas por distintas entidades que han sido investidas legalmente de funciones policivas, estas sanciones están reguladas en la Ley 99 de 1993 Artículos 83 a 86 y básicamente consisten en la imposición de multas y sanciones cuando la gravedad del hecho no es tal como para revocar la Licencia Otorgada.

Por otro lado, la protección del Ambiente como obligación Constitucional, implica que frente a amenazas contundentes el Estado tiene la Facultad de intervenir a través de la figura de la revocatoria y de la suspensión de la licencia ambiental.

El Artículo 62 de la Ley 99 de 1993 consagra: “La autoridad ambiental, salvo los casos de emergencia, podrá mediante resolución motivada, sustentada en concepto técnico, revocar o suspender la Licencia Ambiental, los permisos, autorizaciones o concesiones para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales y del medio (sic) ambiente, cuando quiera que las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme con los términos definidos en el acto de su expedición”.

El decreto 1220 de 2005 reglamento esa potestad de la autoridad ambiental competente en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 31. SUSPENSIÓN O REVOCATORIA DE LA LICENCIA AMBIENTAL. La licencia ambiental podrá ser suspendida o revocada mediante resolución motivada por la misma autoridad ambiental que la otorgó, sustentada en concepto técnico, cuando el beneficiario de la licencia ambiental haya incumplido cualquiera de los términos, condiciones, obligaciones o exigencias inherentes a ella consagrados en la ley, los reglamentos o en el mismo acto de otorgamiento.

PARÁGRAFO. Antes de proceder a la revocatoria o suspensión de la licencia ambiental se requerirá por una sola vez al beneficiario de esta, para que corrija el incumplimiento en el cual ha incurrido o presente las explicaciones que considere necesarias sobre las causas de su incumplimiento. En el mismo acto de requerimiento, la autoridad ambiental competente fijará el plazo para corregir el incumplimiento, de acuerdo con la naturaleza del asunto.”

La revocatoria o suspensión de una Licencia Ambiental no requerirá consentimiento expreso o escrito del beneficiario de la misma. La suspensión de obras por razones ambientales, en los casos en que lo autoriza la ley, deberá ser motivada y se ordenará cuando no exista licencia o cuando, previa verificación del incumplimiento, no se cumplan los requisitos exigidos en la Licencia Ambiental correspondiente”.¹⁶¹Corresponde al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial revocar o suspender la Licencia, esta facultad será usada cuando el beneficiario de la licencia haya incumplido cualquiera de los términos, obligaciones o condiciones consagradas en las leyes, reglamentos o en el acto de otorgamiento de la licencia.

7.2. ABANDONO

Infortunadamente el término abandono no responde a la gran implicación que tiene este proceso de la actividad petrolera, tradicionalmente este es un término que la industria

¹⁶¹ Ley 99 de 1993 Artículo 62

petrolera ha usado para englobar actividades ambientales tan importantes, como por ejemplo el desmantelamiento de las instalaciones (no solo petroleras), recuperación de áreas afectadas, taponamiento de pozos, etc.

Adicionalmente el término abandono también envuelve actividades relacionadas con lo social, por lo tanto su definición es un requerimiento indispensable sobre todo si se tiene en cuenta que respecto a esta materia, la regulación legal es muy deficiente por no decir que inexistente, lo que ha generado un clima de inseguridad jurídica no solo para las compañías petroleras, sino para todas las comunidades que de una u otra forma se ven beneficiadas o afectadas por el desarrollo de la industria del petróleo en sus territorios.

De ahí que es necesario precisar qué se entiende por abandono. Como se pudo mencionar en el acápite superior es infortunado hablar de abandono pues este término le genera al lector una errónea impresión, dado que la palabra abandono da entender que el contratista una vez finaliza su actividad está autorizado legal y contractualmente a desentenderse de las tareas de restablecimiento de las condiciones ambientales, de las de desmantelamiento de instalaciones y en fin de todas las actividades de recuperación del entorno social que se vio transformado por su presencia en el área.

El abandono se define como todas las actividades que el contratista en su calidad de operador debe realizar, las cuales están encaminadas a cerrar instalaciones petroleras y recuperar el ambiente, éstas consisten básicamente en:

- Restauración y recuperación del sitio intervenido con ocasión del desarrollo de la actividad petrolera y sus actividades conexas o complementarias.
- El mantenimiento in situ el cual permite que llegado el tiempo de revertir los pozos que estén en estado de producción o recuperación secundaria o terciaria estos sean operables.
- Taponamiento de las instalaciones petroleras in situ.

- Remoción parcial y remoción completa de instalaciones, esta diferenciación es supremamente importante ya que el contratista previo acuerdo con las comunidades puede concertar la permanencia de determinada infraestructura que se haya construido con ocasión de la ejecución del proyecto petrolero.

7.2.1 Régimen legal del abandono en Colombia

Si bien la protección del ambiente se convirtió en un tema prioritario a partir de la Constitución de 1991, también es una triste realidad que en el país la regulación normativa de este tema tiene un atraso sustancial respecto del tratamiento internacional que se le está dando a esta materia, en el estudio realizado por el Colegio de Abogados de Minas y Petróleos en su calidad de coautor el Dr. Gustavo Suárez Camacho¹⁶² realiza la siguiente compilación normativa referente al tema:

Actualmente el régimen jurídico del abandono en Colombia esta contenido o se desprende de las siguientes disposiciones:

- Convención de Ginebra sobre la plataforma continental.
- Decreto 1895 de 1973 artículos 42 y 51.
- Artículos 2, 32 y 167 del código de petróleo.
- Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Medio Ambiente.
- Literal E y G artículo 39 Decreto 28 de 1964.
- Parágrafo 2 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993.
- Decreto 1753 de 1994 artículos 4 y 40.
- Capítulo XX de la ley 685 del 2001.
- Artículo 204, 209 del Código de Minas.
- Decreto 1220 de 2005.
- Decreto 1180 de 2003.
- Decreto 1728 de 2002 y 1180 de 2003.
- Artículo 3 de la Resolución 1023 de 2005.

La anterior descripción normativa, evidencia que en el país no existe un marco regulatorio unificado que permita identificar con meridiana claridad cómo se debe cumplir la obligación de desmantelar y taponar las instalaciones petroleras; sumada esta dificultad al atraso legislativo que existe respecto a la materia, es pertinente considerar las cláusulas contractuales como una alternativa viable para mitigar los efectos nocivos de la inseguridad jurídica, generada precisamente por los fenómenos anteriormente mencionados.

Conviene recalcar que desde la óptica de las obligaciones que surgen como consecuencia de la celebración del contrato de exploración y producción de hidrocarburos, estas tienen plena fuerza vinculante entre las partes, la claridad y precisión con la que se estipule determinada obligación, facilita no solamente el cumplimiento de la misma sino su exigibilidad.

Las cláusulas que se encargan de regular el abandono en el contrato son:

- **Cláusula 31.1. Abandono:** Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 4.3.4 de este contrato, en todos los casos en que haya lugar a la devolución de áreas, tanto en tierra como costa-fuera, EL CONTRATISTA programará y realizará todas las actividades de Abandono, de conformidad con la legislación colombiana y observando las Buenas Prácticas de la Industria del Petróleo.
- **Cláusula 31.2. Devolución de Áreas de Exploración y de las Áreas de Evaluación:** Dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en que deba tener lugar la devolución de áreas de Exploración o de las Áreas de Evaluación, EL CONTRATISTA llevará a cabo un programa de Abandono, a satisfacción de la ANH y demás autoridades competentes.
- **Cláusula 31.3. En Áreas de Explotación:** El Plan de Explotación de cada Área de Explotación incluirá el programa de Abandono correspondiente. Así mismo, en las actualizaciones al Plan de Explotación de que trata el numeral 9.4, EL CONTRATISTA hará los ajustes necesarios al programa de Abandono.

¹⁶² SUAREZ CAMACHO, Gustavo. Temas Mineros y Petroleros. Colegio de Abogados de Minas y

Estas cláusulas consagran en forma genérica la obligación de adelantar los procedimientos de abandono, una vez finalizada cada una de las etapas del contrato, por lo tanto esta obligación de carácter contractual adquiere gran relevancia, ya que en la práctica la regulación que se viene aplicando en el país son las guías ambientales que para la industria del petróleo diseñó el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

7.3. GUÍA DE MANEJO AMBIENTAL

Como consecuencia de la dispersión normativa, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial diseñó la guía ambiental, guías que fueron adoptadas por la Resolución 1023 de Julio 28 de 2006 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO. - Objeto. Adoptar las guías ambientales como instrumento de autogestión y autorregulación del sector regulado y de consulta y referencia de carácter conceptual y metodológico tanto para las autoridades ambientales, como para la ejecución y/o el desarrollo de los proyectos, obras o actividades contenidos en las guías que se señalan en el artículo tercero de la presente resolución.

La Resolución define las guías como “documentos técnicos de orientación conceptual, metodológica y procedimental para apoyar la gestión, manejo y desempeño ambiental de los proyectos, obras o actividades contenidos en las guías que se señalan en el artículo siguiente.”¹⁶³

El Ministerio Diseña una guía para proyectos de perforación de pozos de petróleo y gas que si bien no es una regulación normativa que obligue al contratista, si se convierte en una orientación eficiente que puede ayudar a diseñar un plan de abandono efectivo en la licencia ambiental. (Ver Anexo A)

Petróleos. Segunda edición. Colombia, Diciembre de 2005

¹⁶³ Artículo 2 Resolución 1023 Ministerio de Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial. Julio 28 de 2005

Como se manifestó anteriormente, la importancia de esta obligación en el nuevo contrato es trascendental, debido a los vacíos jurídicos en la legislación interna, el contrato se convierte en la ley que obliga a las partes, resulta pues indispensable que en el contrato quede estipulado con claridad cómo se obliga a cumplir la obligación contemplada en la Cláusula 31.

Este es el marco general, sin embargo, la ANH y el contratista pueden estipular que será obligatorio el cumplimiento de las obligaciones que el contratista asuma como operador y que estén contempladas en la licencia ambiental respecto de lo que al abandono se refiera.

8. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

El objetivo de este trabajo, es crear una guía didáctica acerca del nuevo Contrato de Exploración y Explotación. La cual, va dirigida a cualquier persona interesada en el tema, sin importar su área de conocimiento (Ingeniería, Economía, Administración, etc.).

Debido a la importancia del tema de impuestos en el contrato de Exploración y Explotación, se hará un repaso del régimen impositivo Colombiano. Ya que es el régimen al que se somete el contratista, según la cláusula 35 del contrato.

- **CLAUSULA 35 - IMPUESTOS**

EL CONTRATISTA se somete a la legislación tributaria Colombiana.

Para efectos metodológicos se estudiará la clasificación de los impuestos, sus elementos y por último los impuestos más importantes para el sector y sus características.

8.1 CLASIFICACIÓN DE LOS IMPUESTOS

8.1.1 Impuestos directos e indirectos

Impuestos directos: los conceptos de contribuyente del impuesto y deudor de la obligación coinciden desde el punto de vista económico. Quién soporta o asume la carga del impuesto es quien lo paga al ente público, igualmente grava por espacio de tiempo constante los recursos de cada contribuyente, al haber situaciones estables permite la creación de bases de datos de los contribuyentes¹⁶⁴, “verbigracia” el *impuesto de renta*.

¹⁶⁴ PLAZAS VEGA Mauricio, El impuesto sobre el valor agregado IVA, Bogota, Temis, 1998, p. 4.

Impuestos indirectos: Desde el punto de vista económico hay una diferencia entre el contribuyente y el deudor, ya que quien asume la carga del tributo no es quien lo paga directamente al ente público.

Igualmente no se controlan los recursos de cada contribuyente, sino que se gravan ciertos actos en un tiempo indeterminado y la realización de cada uno de estos actos es el que determina el recaudo, por esta misma razón tener una base de datos o listado de los contribuyentes es imposible.¹⁶⁵

8.1.2 Impuestos reales y personales¹⁶⁶

Impuestos reales: Gravan un elemento económico sin considerar la situación personal del sujeto pasivo, “verbigracia” *el impuesto predial*.

Impuesto personal: Afecta el sujeto pasivo en función con su capacidad contributiva, puede llegar a tenerse en cuenta consideraciones de tipo personal.

8.1.3 Impuesto general y especial¹⁶⁷

Impuesto general: son los tributos que no tienen un recaudo específico y recaen sobre una situación económica calculada globalmente de una manera tal, que afecta la totalidad de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, también se puede llegar a considerar general cuando recae sobre todas las personas por no existir inmunidad fiscal.

Impuesto especial: Se considera especial el impuesto que tiene una destinación específica o aquellos que gravan un elemento de una situación económica general de manera tal que no se extiende a la totalidad de la capacidad contributiva y afecta a unas pocas personas.

¹⁶⁵ Ibid. p. 6

¹⁶⁶ Ibid. p. 6

¹⁶⁷ Ibid. p. 7

8.1.4 Impuesto de suma fija, proporcional, progresivo y regresivo

Impuesto de suma fija.¹⁶⁸: el valor a pagar es el mismo, cualquiera que sea la cuantía del hecho imponible, “verbigracia” *el impuesto de timbre sobre los cheques*.

Impuesto progresivo¹⁶⁹: A mayor capacidad de pago del contribuyente, mayor incidencia del tributo en términos absolutos y relativos. El aumento de la capacidad contributiva determina el aumento del impuesto en su tarifa y en su cuantía.

Impuesto proporcional¹⁷⁰: A mayor capacidad contributiva, mayor impuesto, pero únicamente en términos relativos. La tarifa permanece constante pero el impuesto aumenta a medida que se eleva la base gravable.

Impuesto regresivo¹⁷¹: A medida que el índice de la capacidad contributiva, la tarifa del tributo disminuye.

8.1.5 Impuesto sobre la renta, capital y el gasto

Impuesto sobre la renta¹⁷²: Grava la riqueza en su período de formación. Ha sido tradicionalmente el de mayor acogida ya que es progresivo y una forma de regular el ahorro y la inversión.

Impuesto sobre el capital¹⁷³: Recae sobre la renta, no en consideración a su percepción sino en consecuencia de su capitalización, es el impuesto típico al capital. Un ejemplo son los que recaen sobre inmuebles como *el predial ó los de circulación y tránsito*.

¹⁶⁸ Ibid. p. 7

¹⁶⁹ Ibid. p. 7

¹⁷⁰ Ibid. p. 8

¹⁷¹ Ibid. p. 9

¹⁷² Ibid p. 14

Impuesto sobre el gasto¹⁷⁴: Afectan la parte de la renta gastada por consumo y no ahorrada ($C = Y - S$)

8.1.6 Impuestos nacionales, departamentales, municipales

Impuestos nacionales: En la nación recae la titularidad del crédito tributario, “verbigracia” *los impuestos de renta y complementarios, ventas y timbre*.

Impuestos departamentales: La titularidad del crédito tributario reside en el departamento. Por ejemplo: *el impuesto de registro, venta de licores nacionales y extranjeros, importación de cigarrillos, etc.*

Impuestos municipales: El municipio es el titular del crédito tributario, un ejemplo de este tipo de impuesto es *el predial y el de industria y comercio*.

8.2 ELEMENTOS DEL IMPUESTO

Cualquier impuesto tiene cinco elementos que son: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la tarifa y la base gravable.

El *sujeto activo* es el ente administrativo que tiene la facultad para administrar, fiscalizar y recaudar los impuestos. El *sujeto pasivo* es la persona obligada a pagar el impuesto, este a su vez, se puede dividir en contribuyente y responsable; el primero es el responsable directo del pago del tributo, es decir, sobre quién se realiza el hecho generador de la obligación sustancial; el segundo es la persona que sin tener el carácter de contribuyente, debe cumplir con las obligaciones de éste por disposición expresa de

¹⁷³ Ibid. p. 15

¹⁷⁴ Ibid. p. 15

la ley¹⁷⁵. El hecho generador es el presupuesto legal que hace que surja el impuesto. La base gravable es el monto sobre el cual se cuantifica o determina el impuesto, y por último la tarifa es el porcentaje o valor que se aplica a la base gravable para determinar el impuesto.

Es importante diferenciar los impuestos de las tasas y las contribuciones el primero es una prestación de carácter pecuniario que los contribuyentes deben cancelar de manera general y obligatoria a favor del estado, para que éste pueda satisfacer las necesidades de la colectividad, no existe una contraprestación. Las tasas conllevan la prestación efectiva o potencial de un servicio. Las contribuciones son gravámenes que deben cancelar quienes se benefician directamente por la realización de actividades u obras estatales. Incluye la parafiscalidad.

Una vez hecha esta diferenciación se debe aclarar que en este capítulo, se explicarán los impuestos más importantes que recaen sobre la industria de exploración y explotación petrolera.

8.3 IMPUESTO DE RENTA¹⁷⁶

Lo primero que se debe decir de este impuesto, es que no tiene un tratamiento especial en las actividades de exploración y explotación petrolera, se rige en su totalidad por el estatuto tributario y se calcula de la misma manera que se calcula para cualquier otra sociedad.

El artículo 26 del Estatuto Tributario¹⁷⁷ muestra cómo se hace la depuración para determinar la renta líquida gravable, la cual se realiza así:

¹⁷⁵ Ver artículo 2 y 3 del Estatuto Tributario.

¹⁷⁶ RAMÍREZ GUERRERO Carlos y CORREDOR ALEJO Orlando. Teoría del impuesto sobre la renta. Bogotá: ICDT, 1995.

¹⁷⁷ **Artículo 26. Los ingresos son base de la renta líquida.** La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se

Ingresos ordinarios y extraordinarios

< Devoluciones, Rebajas y Descuentos >

Ingresos Netos

< Costos >

Renta Bruta

< Deducciones >

Renta Líquida

La operación anterior muestra el cálculo de la renta líquida, sobre la cuál se aplica la tarifa del impuesto de renta, teniendo en cuenta ciertos elementos los cuáles se explican a continuación.

8.3.1. Ingresos ordinarios y extraordinarios¹⁷⁸

Los ingresos se definen contablemente como: “el importe obtenido de efectivo, cuentas por cobrar u otra contraprestación, que se origine en el curso de la actividad normal de una empresa al realizar operaciones de venta de bienes, de prestación de servicios ó de utilización por terceros de activos de la empresa que producen intereses, arriendos, regalías, dividendos, etc.”¹⁷⁹

Esta definición de ingreso incluye tanto los ingresos ordinarios como los extraordinarios; los primeros son aquellos que:”surgen en el curso normal de las actividades, tales como ventas, intereses, arriendos, regalías, dividendos”¹⁸⁰. Los

obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley.

¹⁷⁸ RAMÍREZ GUERRERO y CORREDOR ALEJO Op cit. P. 118

¹⁷⁹ Norma Internacional de Contabilidad número 18 párrafo 4.

¹⁸⁰ RAMÍREZ GUERRERO y CORREDOR ALEJO Op. cit. p.122

extraordinarios son aquellos ingresos que: “no surgen de las actividades de explotación de la empresa tales como los obtenidos por la venta de activos no circulantes, la liquidación ventajosa de pasivos y la utilidad por exposición a la inflación”.¹⁸¹

Pero para que un ingreso recibido se considere como tal fiscalmente, debe cumplir con ciertos requisitos que son los siguientes: 1) tratar de un ingreso ya sea ordinario ó extraordinario, 2) no corresponda a los ingresos exceptuados como el correspondiente a ganancias ocasionales, 3) sea realizado en el ejercicio gravable y 4) sea susceptible de producir un incremento del patrimonio en el momento de su posesión. Por éste motivo no se considera ingreso una indemnización por daño emergente.

Se entenderán realizados los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero ó en especie ó cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago. Para esta norma hay unas excepciones establecidas en el artículo 27 del Estatuto Tributario, las cuales tratan sobre los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación, ingreso por concepto de dividendos e ingresos por concepto de enajenación de bienes inmuebles.¹⁸² Se entenderá causado un ingreso “cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro”¹⁸³.

¹⁸¹ *Ibíd.* p.122.

¹⁸² **Artículo 27. Realización del ingreso.** Se entienden realizados los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago, como en el caso de las compensaciones o confusiones. Por consiguiente, los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas, sólo se gravan en el año o período gravable en que se causen.

Se exceptúan de la norma anterior:

a) Los ingresos obtenidos por los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación. Estos contribuyentes deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable, salvo lo establecido en este Estatuto para el caso de negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos;

b) Los ingresos por concepto de dividendos, y de participaciones de utilidades en sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas, se entienden realizados por los respectivos accionistas, socios, comuneros, asociados, suscriptores o similares, cuando les hayan sido abonados en cuenta en calidad de exigibles, y

c) Los ingresos provenientes de la enajenación de bienes inmuebles, se entienden realizados en la fecha de la escritura pública correspondiente, salvo que el contribuyente opte por acogerse al sistema de ventas a plazos.

¹⁸³ Art. 28. Estatuto Tributario

Cuando falta uno de los requisitos antes mencionados se encuentra con ingresos no constitutivos de renta.

Hay unos ingresos especiales que sin necesidad de depuración se consideran renta bruta. Es decir, a estos ingresos no hay necesidad de restarles las devoluciones, rebajas y descuentos y los costos. Estos ingresos se conocen como rentas brutas especiales y recaen sobre las rentas de los accionistas y asociados¹⁸⁴, rentas en el negocio de la ganadería¹⁸⁵, renta vitalicia y fiducia mercantil¹⁸⁶, rentas de trabajo¹⁸⁷, renta bruta en actividades de seguros y capitalización¹⁸⁸, ventas a plazos¹⁸⁹.

Hay otro elemento importante en el área de los ingresos y se conoce como la renta presuntiva y se presenta cuando la renta líquida es menor al 6% del patrimonio líquido (activos menos pasivos), teniendo así esta cifra como renta líquida (6% del patrimonio líquido)¹⁹⁰.

“En el caso de las exportaciones, se ha establecido que el valor fiscal que aparece en las facturas que presente el exportador. De esta manera, se solucionó la inconsistencia que se generaba entre los ingresos contables y los fiscales, cuando se establecía que para efectos fiscales, el precio de venta se determinaba con base en el promedio de los precios de venta de los crudos de la misma naturaleza.”¹⁹¹

¹⁸⁴ Ver art. 91 Estatuto Tributario

¹⁸⁵ Ver art. 93 Estatuto Tributario

¹⁸⁶ Ver art. 100, 101 y 102 Estatuto Tributario

¹⁸⁷ Ver art. 103 Estatuto Tributario

¹⁸⁸ Ver art. 96, 97, 98, 99 Estatuto Tributario

¹⁸⁹ Ver art. 95 Estatuto Tributario

¹⁹⁰ Artículo 188. Bases y porcentajes de renta presuntiva. Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al seis por ciento (6%) de su patrimonio líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior. (Inciso modificado Ley 633/00 art. 15)

¹⁹¹ LEWIN FIGUEROA Alfredo y CORTES GUARIN Camilo. Aspectos tributarios de la exploración y explotación de hidrocarburos. En: Temas mineros y petroleros 2005. Colegio de abogados de minas y petróleos. p.401

8.3.2 Costos

“El costo corresponde a las erogaciones efectuadas para la adquisición o producción de un bien. Puede referirse a los activos movibles o fijos, las erogaciones para constituir costo deben corresponder a las incurridas directa o indirectamente en la adquisición o producción de un bien y requieren la imputación en forma directa a un bien.”¹⁹²

Según el Decreto 2649 de 1993, el cual regula la contabilidad, los costos representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producciones de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuáles un ente económico obtuvo sus ingresos.

Los costos se dividen en costo histórico¹⁹³, fiscal¹⁹⁴, producción¹⁹⁵ y ventas¹⁹⁶. El Estatuto Tributario en el artículo 60, hace una clasificación de los activos: fijos y movibles.

Los primeros son los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporeales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente, mientras que los segundos, son los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporeales que se enajenen dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente. Esto es importante para el tema de los costos debido que según esta clasificación, se aplicaran las normas sobre el costo de enajenación según corresponda a activos movibles o fijos, ya que la depreciación solo recae sobre activos fijos.

¹⁹² PARRA ESCOBAR Armando. Planeación tributaria para la organización empresarial. Legis. Bogota. P 380

¹⁹³ Es el precio de adquisición, más las adiciones, construcciones y mejoras

¹⁹⁴ Es el histórico mas los ajustes autorizados por la ley

¹⁹⁵ es el total de los egresos efectuados para producir un bien e incluye los materiales directos, mano de obra y los costos indirectos de fabricación.

¹⁹⁶ Es la parte del costo correspondiente a los productos vendidos.

Para que sean reconocidos los costos, deben cumplir ciertos requisitos que son los siguientes:

- *Realización.* “Los costos legalmente aceptables se entienden realizados cuando se paguen efectivamente en dinero ó en especie ó cuando su exigibilidad termine por cualquier otro modo que equivalga legalmente a un pago. Por consiguiente, los costos incurridos por anticipado sólo se deducen en el año o período gravable en que se causen. Se exceptúan de la norma anterior, los costos incurridos por contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, los cuales se entienden realizados en el año o período en que se causen, aún cuando no se hayan pagado todavía”¹⁹⁷.
- *Relación de causalidad.* Debe tener relación de causalidad con los ingresos.
- *Proporcionalidad y necesidad.* “Cuando dentro de los costos o inversiones amortizables existan pagos o abonos en cuenta, que correspondan a conceptos respecto de los cuales obliga el cumplimiento de requisitos para su deducción, deben llenarse en relación con tales pagos o abonos, los mismos requisitos señalados para las deducciones”¹⁹⁸.
- *No constituyan limitación o prohibición legal:* estos son pagos a vinculados económicos¹⁹⁹, IVA descontable²⁰⁰, profesionales independientes²⁰¹, proveedores ficticios o insolventes²⁰², Publicidad de productos de contrabando masivo²⁰³.

¹⁹⁷ Artículo 58 Estatuto Tributario

¹⁹⁸ Artículo 77 Estatuto Tributario

¹⁹⁹ **Artículo 85. No deducibilidad de los costos originados en pagos realizados a vinculados económicos no contribuyentes.** No serán deducibles los costos y gastos de los contribuyentes, cuando correspondan a pagos o abonos en cuenta a favor de sus vinculados económicos que tengan el carácter de no contribuyentes del impuesto sobre la renta.

²⁰⁰ **Artículo 86. Prohibición de tratar como costo el impuesto a las ventas.** En ningún caso, el impuesto a las ventas que deba ser tratado como descuento podrá ser tomado como costo o gasto en el impuesto sobre la renta.

²⁰¹ Ver Artículo 87 Estatuto Tributario

²⁰² Ver Artículo 88 Estatuto Tributario

En el Estatuto Tributario, hacen parte otros requisitos, pero en capítulos diferentes al de costos que son: los costos no deben estar asociados a ingresos excluidos²⁰⁴, pago de aportes obligatorios y parafiscales²⁰⁵, facturar con requisitos²⁰⁶, reportar información²⁰⁷ y pago del impuesto de timbre²⁰⁸.

Hay ciertos sistemas para establecer el costo siendo necesarios distinguirlos. La primera división, se da entre los sistemas de costos y los métodos de valoración de inventarios; los primeros, son los métodos para establecer el costo de venta en el caso de enajenación y como consecuencia, resulta el inventario que queda en el activo, los métodos de valoración de inventario son los procedimientos para establecer el valor de los bienes que hacen parte del inventario, a saber, FIFO²⁰⁹, LIFO²¹⁰, identificación específica y promedio.

Estos métodos se interrelacionan con los sistemas de costos para poder establecer los valores de costo de enajenación y valor de inventarios²¹¹.

Para encontrar los costos en los activos movibles es necesario, diferenciar entre los sistemas para registrar las existencias y fijar los costos (mediante los inventarios permanentes y el juego de inventarios²¹²) y métodos de valoración de inventarios (FIFO, LIFO, promedio e identificación específica).

²⁰³ Ver Artículo 88-1 Estatuto Tributario

²⁰⁴ Ver Artículo 177-1 Estatuto Tributario

²⁰⁵ Ver Artículo ley 100 de 1993

²⁰⁶ Ver Artículo 777-2 Estatuto Tributario

²⁰⁷ Ver Artículo 651 Estatuto Tributario

²⁰⁸ Ver Artículo 522 Numeral 3 Estatuto Tributario

²⁰⁹ Por sus siglas en ingles First In First Out que significan primero en entrar primero en salir.

²¹⁰ Por sus siglas en ingles Last In First Out que significan ultimo en entrar primero en salir.

²¹¹ PARRA ESCOBAR Op. Cit. P 387

²¹² $\text{Inventario inicial} + \text{Compras} - \text{Inventario Final} = \text{Costo de Ventas}$

Para valorar los costos en los activos movibles, lo primero que se hace es valorar el inventario para luego aplicar un sistema de costo teniendo los costos. Un ejemplo de esto (aplicando el juego de inventarios) sería:

Inventario Inicial : 60
Compras : 30
Inventario Final : 20

$$\boxed{\textit{Costo de Ventas} = \textit{Inventario Inicial} + \textit{Compras} - \textit{Inventario Final}}$$

$$\begin{aligned}\textit{Costo} &= 60 + 30 - 20 \\ \textit{Costo} &= 70\end{aligned}$$

El costo de los activos fijos enajenados esta constituido por el precio de adquisición ó el costo declarado en el año inmediatamente anterior, más los siguientes valores: 1) el valor del ajuste de los activos fijos²¹³, 2) el costo de las adiciones y mejoras en el caso de bienes muebles y 3) el costo de las construcciones, mejoras, reparaciones locativas no deducidas y el de las contribuciones por valorización, en el caso de inmuebles.

“En cuanto a los productos de industrias extractivas la ley vigente señala, de manera general que son los costos de explotación de los productos extraídos durante el año, adicionados con los costos y gastos necesarios para colocarlos en el lugar del expendio.”²¹⁴

8.3.3 Deducciones

Las deducciones “son expensas necesarias para la obtención de la renta, sin las cuales dicha renta no se obtendría. Las deducciones se diferencian de los costos en cuánto: a)

²¹³ Ver Artículo 70 Estatuto Tributario.

²¹⁴ LEWIN FIGUEROA Y CORTES GUARIN Op. Cit. P. 401

No hacen parte del bien ó servicio que se presta, b) las deducciones disminuyen la renta bruta y c) en la mayoría de los países se permite que las deducciones se soliciten en el período en el que se realizan.»²¹⁵

La procedencia de las deducciones es igual que la aplicada a los costos, deben realizarse en el ejercicio gravable, debe haber una relación de causalidad con la actividad productora de renta, se deben conservar las pruebas y pagar la retención en la fuente en los casos necesarios, en sí, son los mismos requisitos para la aceptación de los costos.

Hacen parte como deducciones las siguientes: las reparaciones locativas, los intereses, impuestos, compensaciones por servicios personales, cesantías, pensiones y provisiones para jubilación, amortizaciones, depreciaciones, deudas de dudoso o difícil cobro, deudas sin valor, pérdidas en los bienes, pagos por rentas vitalicias y gastos en el exterior, entre otros.

Las deducciones igual que los costos, deben cumplir con ciertos requisitos los cuales, se pueden dividir en requisitos sustantivos y procesales. Los primeros requisitos son:

1. Deben tener relación de causalidad con la actividad productora de renta, y se entiende relación de causalidad como el vínculo que guardan los gastos realizados con la actividad productora de renta por lo cual deben ser los normalmente acostumbrados dentro de una actividad económica.
2. Periodicidad si se utiliza el sistema de caja las deducciones, sólo se aceptan en el año en que efectivamente se desembolsen, si es sistema de causación, las deducciones se aceptan en el año gravable en el que se causen, esto es, cuando nace la obligación de pago.
3. No estar prohibidos por la ley. Pérdidas por enajenación de activos a vinculados económicos²¹⁶; pérdidas por enajenación de activos de sociedades a socios²¹⁷,

²¹⁵ GODOY FAJARDO Juan Pablo, GARCIA Patricia, NÚÑEZ Fernando Teoría del impuesto sobre la renta. Bogotá: ICDT, 1995. p.175

pérdida en la enajenación de acciones o cuotas de interés social²¹⁸ y pérdidas por enajenación de bonos de financiamiento especial²¹⁹.

4. No estar limitados legalmente, por ejemplo, la limitación de los gastos en el exterior al 15% de la renta líquida²²⁰, limitación de la deducción de donaciones al 30% de la renta.²²¹
5. Proporcionales, es decir, que no sean exagerados.
6. Necesarios. Se entiende por necesarios los normalmente acostumbrados dentro de cada actividad.

Requisitos procesales.

1. Los causados en el exterior deben cumplir los requisitos de índole cambiaria que le corresponden.
2. Deben cumplir con la retención en la fuente.²²²
3. Se debe cumplir con las obligaciones asociadas con el impuesto de timbre.
4. Deben estar registradas en la contabilidad y soportadas en facturas y demás documentos previstos en la ley.

²¹⁶ Ver artículo 151 Estatuto Tributario

²¹⁷ Ver artículo 152 Estatuto Tributario

²¹⁸ Ver artículo 153 Estatuto Tributario

²¹⁹ Ver artículo 155 Estatuto Tributario

²²⁰ Ver artículo 122 Estatuto Tributario

²²¹ Ver artículo 125 Estatuto Tributario

²²² Ver artículo 632 Estatuto Tributario

Como se mencionó antes, hay algunas deducciones importantes que se tratarán tangencialmente:

Impuestos - según el artículo 115 del estatuto, sólo son deducibles el 80% de los impuestos pagados siempre y cuando correspondan al de industria y comercio y predial.²²³

Regalías – “las regalías son deducibles del impuesto sobre la renta y complementarios”²²⁴.

Intereses – si bien es cierto, los intereses son deducibles, las empresas de régimen cambiario especial, en las cuáles se encuentran las del sector de hidrocarburos no pueden realizar operaciones de crédito externo.

Depreciación - el gasto por depreciación se aplica respecto de los activos fijos tangibles que no sean amortizables. La tabla de depreciación es la siguiente: 1) Inmuebles (donde se encuentran incluidos los oleoductos): 20 Años. 2) Trenes, aviones, maquinaria, equipo y bienes muebles: 10 Años. 3) Vehículos automotores y computadores: 5 años.

La depreciación se puede calcular por el sistema de reducción de saldos, el de línea recta ó cualquier otro sistema de reconocido valor técnico, siempre y cuando este autorizado por la DIAN.

Amortización – la deducción por amortización de inversiones se aplica respecto de aquellas inversiones que contablemente se registran como activos diferidos, así como para los gastos pre operativo, los costos de adquisición o de explotación de las minas o yacimientos, y los activos intangibles susceptibles de demérito²²⁵.

²²³ “Es deducible el ochenta por ciento (80%) de los impuestos de industria y comercio y de predial, que efectivamente se hayan pagado durante el año o periodo gravable siempre y cuando tengan relación de causalidad con la renta del contribuyente. La deducción de que trata el presente artículo en ningún caso podrá tratarse simultáneamente como costo y gasto de la respectiva empresa.”

²²⁴ LEWIN FIGUEROA y CORTES GUARIN Op cit. P. 402.

²²⁵ Ver artículo 142 del Estatuto Tributario.

Para el caso específico de los costos de exploración y explotación, es factible realizar la amortización utilizando el sistema de línea recta en un término de por lo menos cinco años. En caso de que la exploración no resulte exitosa, su valor puede ser amortizado en el año en que se determine tal condición y en los dos años siguientes.²²⁶

Pagos a la casa matriz - “las filiales, las subsidiarias y sucursales pueden deducir a título de costo o deducción los pagos o reconocimientos directos o indirectos a sus casas matrices ú oficinas del exterior por concepto de comisiones, honorarios y demás gastos de administración o dirección, regalías y explotación o adquisición de intangibles, siempre y cuando cumplan con las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta”²²⁷ a menos que sean ingresos de fuente extranjera.

Gastos en el exterior – en cuánto a gastos en el exterior diferentes a los efectuados a favor de las casas matrices, en principio son deducibles siempre y cuando tengan relación de causalidad con las rentas obtenidas dentro del país y se haya realizado la respectiva retención en la fuente²²⁸, sin embargo, la deducción de costos y gastos en el exterior que no hayan sido objeto de retención en la fuente esta limitada al 15 % de la renta líquida del contribuyente siempre y cuando no se trate de pagos como: comisiones en la compra, venta de mercancías, intereses en créditos que no se consideran poseídos en el país, adquisición de bienes corporales, costos y gastos que se amortizan para posterior amortización.²²⁹

Servicios técnicos o de asistencia técnica – estos tipos de pago son deducibles y se encuentran sometidos a una retención del 10% por concepto de impuesto de renta y de remesas, en el caso en que sean prestados por entidades extranjeras sin residencia ni

²²⁶ Ver artículo 143 del Estatuto Tributario.

²²⁷ Ver artículo 124 del Estatuto Tributario.

²²⁸ Ver artículo 419 del Estatuto Tributario.

²²⁹ FIGUEROA Y CORTES GUARIN Op. cit. p. 404.

domicilio en Colombia²³⁰. La prestación de servicios de sísmica se encuentra exenta del impuesto de renta hasta el año 2008, de tal manera que cuando se pagan no son objeto de retenciones en la fuente.²³¹

Según el artículo 158 del Estatuto Tributario, hay una deducción del 30% de las inversiones en activos fijos reales productivos por los años gravables 2004 al 2007, igualmente hay una deducción por las inversiones realizadas para el control y mejoramiento ambiental a menos que sea realizada por orden de la autoridad ambiental.²³²

Respecto a ciertos descuentos tributarios, de acuerdo con lo expresado en el artículo 258-2, el cuál, está relacionado con el IVA pagado en la importación de maquinaria pesada para la industria básica.

Teniendo en cuenta que la minería y los hidrocarburos se encuentran incluidos en el listado de las industrias básicas, el IVA puede ser diferido a 3 años y además, dichos pagos se pueden tratar como descuento sobre el impuesto de renta en el año que se efectuó el pago y posteriores.

Como se puede deducir de lo anteriormente mencionado, el sistema de retenciones en la fuente es muy común en este sistema; éste consiste básicamente en que cada vez que se cancele la adquisición de bienes o servicios o se reconozca la obligación de hacerlo, nace la obligación de descontar un porcentaje de su valor, el cual debe ser consignado a la Nación.

El incumplimiento de esta obligación puede originar graves sanciones como la pérdida de la deducibilidad de los gastos y costos realizados en el exterior. Los porcentajes de la retención para algunas categorías son las siguientes²³³:

²³⁰ Ver artículo 408 del Estatuto Tributario.

²³¹ Ver artículo 207 numeral 10 del Estatuto Tributario.

²³² Ver artículo 158-2 del Estatuto Tributario.

²³³ FIGUEROA Y CORTES GUARIN Op. cit. p. 404.

Honorarios y comisiones: 11%
Servicios: 4%
Transporte de carga: 1%
Arrendamiento de bienes muebles: 4%
Rendimientos Financieros: 7%
Compras: 3.5%

Pagos al exterior por honorarios, servicios, comisiones, arrendamientos siempre y cuando la renta que se pague constituya renta gravada en Colombia y que no se trate de servicios de consultoría, técnicos o asistencia técnica 35%.

8.4 IMPUESTO DE TIMBRE

“La tarifa del impuesto de timbre es del 1.5 % sobre los instrumentos públicos y documentos privados incluidos los títulos valores que se otorguen o acepten en el país, o que se otorguen fuera del país pero que se ejecuten en el territorio nacional o generen obligaciones en el mismo, en los que se haga constar la constitución, existencia, modificación o extinción de obligaciones, al igual que su prórroga o cesión cuya cuantía sea superior a sesenta millones ciento cuarenta y dos mil pesos (valor año base 2005), en los cuales intervenga como otorgante, aceptante o suscriptor una entidad pública, una persona jurídica o asimilada o una persona natural que tenga la calidad de comerciante... tratándose de documentos que hayan sido elevados a escritura pública, se causara el impuesto de timbre, siempre y cuando no se trate de la enajenación de bienes inmuebles o naves o constitución de cancelación de hipoteca abierta”²³⁴.

²³⁴ Artículo 519 Estatuto Tributario

Este gravamen es importante, no tanto por su tarifa sino por las dificultades que puede presentar su falta de pago ya que puede dar lugar al desconocimiento de las deducciones para efectos de impuesto de renta.²³⁵

Dentro de las exenciones del impuesto de timbre que pueden resultar relevantes para la industria, se pueden mencionar las siguientes: facturas cambiarias y comerciales, pólizas de seguros y reaseguros, contratos de transporte, documentos mediante los cuales se acuerde la exportación de bienes de producción nacional, ofertas mercantiles que se acepten con la expedición de la orden de compra o venta.

“En el contrato de exploración y explotación resulta importante que el operador como suscriptor u otorgante de documentos cumpla con los deberes que le son propios en materia de impuesto de timbre y cada una de los partícipes, en cuanto intervengan también la suscripción de otros documentos que deberán igualmente asegurarse de cancelar el gravamen que corresponda”.²³⁶

8.5 IMPUESTO AL VALOR AGREGADO I.V.A.

Este impuesto existe desde el decreto ley 3288 de 1963 y el cual lo reguló así: el hecho generador consistió en la venta de artículos terminados por parte del productor, del importador o de la persona económicamente vinculada al productor o al importador. El gravamen se causaba en el momento de la entrega real o simbólica de la mercancía a cualquier título oneroso traslativo de dominio. Como en todo régimen de impuesto general sobre las ventas se configura la distinción entre el deudor fiscal y responsable, el cual está obligado ante el Estado por el pago del tributo, mientras que el deudor fiscal es sobre quien recae el tributo; tenía una tarifa diferencial del 10%, 8% y 5% dependiendo del bien gravado.²³⁷

²³⁵ Ver artículos 177 y 522 numeral 3 del Estatuto Tributario.

²³⁶ FIGUEROA Y CORTES GUARIN Op. cit. p. 414.

²³⁷ PLAZAS VEGA Op. cit p. 105 – 107

Bajo el sistema actual los responsables del impuesto son: en las ventas, los comerciantes, cualquiera que sea la fase de los ciclos de producción y distribución en la que actúen y quienes sin poseer tal carácter, ejecuten habitualmente actos similares a los de aquellos quienes presten servicios y los importadores.²³⁸ El hecho generador de este gravamen es: “las ventas de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidas expresamente la prestación de servicios en el territorio nacional y la importación de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidos expresamente”.²³⁹

Los responsables del impuesto de ventas tienen derecho a descontar los impuestos que hayan recaudado de sus clientes, los impuestos de ventas que hayan tenido que pagar a sus proveedores de bienes o servicios en la medida en que estos últimos estén relacionados con los bienes o servicios gravados que presten o vendan.²⁴⁰ Respecto a aquellos impuestos de ventas cancelados que no se relacionen con los bienes o servicios objeto de impuesto de ventas, al no ser descontables se convierten en verdaderos costos de producción o comercialización de los productos o servicios que se venden o prestan.

El petróleo crudo destinado a su refinación y el gas natural, son bienes excluidos del impuesto a las ventas; esto según el artículo 425 igualmente los bienes corporales muebles que se exportan son exentos del impuesto a las ventas.²⁴¹ Teniendo en cuenta lo anterior “las sucursales dedicadas a la explotación de petróleo y que lo exporten, tienen derecho a descontar los impuestos de ventas que hayan tenido que cancelar con motivo de la adquisición de bienes o servicios, siempre y cuando ellos se hayan utilizado dentro del proceso de explotación y venta de crudo que se exporte.”²⁴²

Es importante aquí tener en cuenta que si bien es cierto, los exportadores de bienes corporales muebles están exentos del tributo, deben cumplir con ciertos requisitos como la de registrarse como responsables del impuesto ante la autoridades, presentar la

²³⁸ Ver artículo 437 del Estatuto Tributario.

²³⁹ Ver artículo 420 del Estatuto Tributario.

²⁴⁰ Ver artículo 485 del Estatuto Tributario.

²⁴¹ Ver artículo 481 del Estatuto Tributario.

²⁴² FIGUEROA Y CORTES GUARIN Op. cit. p. 411.

declaración de IVA aunque sea en ceros y llevar ciertos requisitos contables, entre sus derechos tienen la posibilidad de descontar el valor de los impuestos de venta que le hayan cobrado los proveedores de bienes o servicios necesarios para la producción de petróleo que exportan y si debido a estos descuentos se arrojan saldos a favor, se puede solicitar la devolución de los mismos.²⁴³

El servicio de transporte público, terrestre, fluvial y marítimo de personas en el territorio nacional, y el de transporte público o privado nacional e internacional de carga marítima, fluvial, terrestre y aéreo se encuentran exceptuados igualmente, el transporte de gas e hidrocarburos²⁴⁴. Del mismo modo, no se encuentra gravada la importación temporal de maquinaria pesada que no se produzca en el país, necesaria para la exploración y explotación de hidrocarburos.²⁴⁵

8.6 BONOS DE PAZ²⁴⁶

Bajo el gobierno de Andrés Pastrana se expidió la Ley 487 de 1998, la cual autoriza los bonos de solidaridad para la paz y el fondo de inversiones para la paz.

Estos bonos de paz son títulos a la orden, los cuáles tendrán un plazo de siete (7) años y devengarán un rendimiento anual igual al ciento diez por ciento (110%) de la variación de precios al consumidor ingresos medios certificados por el Dane²⁴⁷.

Esta inversión forzosa debió hacerse por aquellas personas naturales ó jurídicas cuyo patrimonio líquido a 31 de diciembre de 1998, excediera de doscientos diez millones de pesos (\$210.000.000). Esta inversión se debía realizar durante los años 1999 y 2000.

²⁴³ FIGUEROA Y CORTES GUARIN Op. cit. p. 411

²⁴⁴ Artículo 476 numeral 2 del Estatuto Tributario.

²⁴⁵ Artículo 428 literal e del Estatuto Tributario.

²⁴⁶ Ver Ley 487 de 1998 y Circular externa 040 de 2006 de la DIAN

²⁴⁷ Ver Ley 487 de 1998 Artículo 1

El monto de la inversión debía ser equivalente, al 0.6 del patrimonio líquido poseído al 31 de Diciembre de 1998 si la inversión se efectuaba durante el año de 1999 y el patrimonio líquido poseído a 31 de diciembre de 1998 multiplicado por el resultado que se obtenga de sumar a la unidad el porcentaje de inflación medida.

La circular 040 del 2006 expedida por la DIAN regula el procedimiento para la redención de los Bonos de Solidaridad para la Paz.

Según esta circular, los bonos se redimirán por su valor nominal en dinero y podrán ser utilizados para el pago de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Si el inversionista no desea usar el bono para el pago de impuestos, sino que requiere el dinero en efectivo, lo que puede hacer es negociar su bono en la Bolsa.

Para poder realizar la redención, el inversionista o contribuyente de los Bonos de Solidaridad para la Paz deberá presentar los recibos de pago tanto de impuestos nacionales como de tributos aduaneros, acorde con sus obligaciones vencidas o por vencer o el pago de impuestos en forma anticipada. La entrega de estos recursos se debe realizar con el lleno de los requisitos exigidos por cada una de las entidades autorizadas²⁴⁸, ya que las redenciones finales, así como ha sucedido con el pago de los rendimientos, serán responsabilidad de cada entidad autorizada y no se aceptarán controversias por indebidas redenciones²⁴⁹.

8.7 IMPUESTO DE REMESAS

“Para el caso de sucursales de sociedades extranjeras en Colombia, el cual, es el caso más común en el sector de exploración y explotación de petróleo en el país, se aplica un impuesto de remesas, como gravamen complementario al impuesto de renta, que se

²⁴⁸ Las entidades Autorizadas son: Banco De Bogota, Bancolombia, Granbanco, Citibank Colombia, Banco BBVA, Banco De Crédito, Banco De Occidente, Gnb - Sudameris, Banco Agrario)

²⁴⁹ Circular 040 de 2006 DIAN

genera por la simple obtención de utilidades comerciales en Colombia independientemente que ellas se remesen o no al exterior. Como principio general, para el caso de las sucursales de sociedades extranjeras, la ley presume que las utilidades comerciales se remesan al exterior.”²⁵⁰

El sujeto pasivo del impuesto complementario de remesas es el receptor de la renta o ganancia ocasional en cuanto remita al exterior el producido de dicha renta o ganancia ocasional e igualmente lo son las sucursales en Colombia de sociedades o entidades extranjeras.²⁵¹

En el régimen cambiario se permitía que mediante previa certificación expedida por el Ministerio de Minas y Energía, algunas compañías de servicios relacionados con la industria petrolera, pudieran recibir y efectuar pagos en moneda extranjera a través del sistema de cuentas de compensación en el exterior, con la finalidad de facilitar el manejo cambiario derivado de operaciones realizadas en tres compañías del sector. Durante varios años, la administración Tributaria y algunos de los Tribunales Administrativos sostuvieron la tesis según, la cual, las sociedades colombianas que en virtud de la normatividad cambiaria recibieran pagos en divisas directamente en sus cuentas de compensación en el exterior constituían sujetos pasivos del impuesto de renta. El anterior hecho era claramente ilegal, ya que esta tesis carecía de fundamentos jurídicos y establecía hechos generadores y sujetos pasivos no contemplados en la ley, afortunadamente en el concepto 14474 del 11 de marzo de 2005 de la DIAN, se modificó la interpretación y se aclaró que las sociedades nacionales no podían ser sujetos pasivos del impuesto de remesas, en la medida en que si bien la ley no excluye el impuesto a tales sociedades de manera expresa, es evidente que estas no pueden realizar los supuestos del hecho generador.²⁵²

²⁵⁰ FIGUEROA Y CORTES GUARIN Op. cit. p. 408.

²⁵¹ GODOY FAJARDO Juan Pablo. Impuesto de remesas. En: Temas mineros y petroleros 2005. Colegio de abogados de minas y petróleos. p.423

²⁵² *Ibid.* p.426

El impuesto de remesas se causa en la transferencia al exterior de rentas o ganancias ocasionales. Salvo las exoneraciones especificadas en los pactos internacionales y en el derecho interno, la transferencia al exterior de rentas y ganancias ocasionales obtenidas en Colombia, causa el impuesto complementario de remesas, cualquiera que sea el beneficiario de la renta o de la ganancia ocasional o el beneficiario de la transferencia²⁵³. Éste es un gravamen adicional al impuesto de renta, el cual, busca evitar que las rentas o ganancias ocasionales sean remesadas al exterior.

En el caso de sucursales de sociedades u otras entidades extranjeras, el impuesto de remesas se causa por la simple obtención de utilidades comerciales en Colombia, las cuales se presumen remesadas al exterior. Sin embargo, cuando se reinviertan en el país estas utilidades, el pago del impuesto así causado, se diferirá mientras la reinversión se mantenga. Si dicha reinversión se mantuviere durante cinco (5) años o más se exonerará del pago de este impuesto²⁵⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede afirmarse que la causación del impuesto se da por la transferencia o giro de rentas al exterior. En el caso de las sucursales, la causación del impuesto se presenta por el simple hecho de la obtención de las utilidades en Colombia por parte de las sucursales de sociedades u otras entidades extranjeras.

La exigibilidad del mismo, se presenta siempre y cuando no se pueda acreditar la reinversión de las utilidades en el país y se entenderá que no hubo reinversión, cuando de cualquier forma se transfieran las utilidades al exterior o se presente una disminución efectiva de los activos netos en que estaba reflejada tal reinversión.²⁵⁵

La base gravable del impuesto se causa sobre el valor de la renta o ganancia ocasional remesada al exterior, neta del impuesto de renta aplicable. En el caso de las sucursales, el impuesto se causa sobre el valor de las utilidades comerciales obtenidas en el país, tal

²⁵³ Artículo 319 inciso primero Estatuto Tributario

²⁵⁴ Artículo 319 Estatuto Tributario

²⁵⁵ GODOY FAJARDO Op. cit. p.429

como figuren en los estados financieros respectivos. La tarifa del impuesto de remesas a partir de 1996 es del 7%.

El marco general anterior, es a grandes rasgos el sistema tributario que rige actualmente y el cual se aplica a la industria. Como se puede apreciar es bastante gravoso y es una de las principales causas por la cual cada vez es menor la inversión extranjera en el área de hidrocarburos.

Con el análisis de lo anterior se conceptualiza, que si se quiere generar una mayor inversión extranjera se debe buscar disminuir la carga tributaria. Una de las formas más exitosas, sería eliminando el impuesto de remesas, lo cual, permitiría un mejoramiento de la competitividad internacional del sistema tributario en términos de eficiencia, simplicidad y neutralidad del impuesto de renta. Lo anterior se fundamenta en un trabajo realizado por la oficina de estudios económicos de la DIAN efectuado en agosto del 2005, el cual afirma que la eliminación del impuesto de remesas generaría las siguientes disminuciones en el recaudo nacional (cifras en millones de pesos):

Cuadro 8. Disminución en el recaudo nacional por eliminación del impuesto de remesas

AÑO	2006	2007	2008	2009	2010
RECAUDO NACIONAL	-134.403	- 145.457	-156.403	-167.696	-179.608

Fuente DIAN

Como se puede ver, éste rubro no es tan importante en el recaudo nacional, mientras que si puede ser decisivo en el momento de tomar una decisión por parte de una empresa extranjera a la hora de invertir en Colombia. Así lo dejaron expresados los ministros de Hacienda y Crédito Público y el de Comercio, Industria y Turismo en la exposición de motivos en el proyecto de ley No. 141 de 2005 el cual buscaba modificar algunos aspectos de los regímenes especiales aplicables a las zonas francas, así como eliminar el

impuesto de remesas²⁵⁶. Desafortunadamente este proyecto de ley fue retirado por el gobierno.

Pero no solamente disminuyendo la carga tributaria se atrae una mayor inversión. En realidad uno de los puntos por los cuales, Colombia no es atractivo para la inversión extranjera es la inestabilidad jurídica la cual se presenta en todos los campos pero principalmente en el área tributaria.

Para solucionar este problema, se expidió la ley 963 de 2005 sobre contratos de estabilidad jurídica que buscan generar aquello que en materia tributaria en Colombia²⁵⁷ no existe estabilidad. Este tema es tan importante para la inversión extranjera, que en un foro realizado se llegó a la conclusión que Colombia no era atractiva para invertir, no por sus elevados niveles de violencia (ya que estos podrían ser cuantificables y tomarse medidas para contrarrestarlos), sino por su inestabilidad tributaria, la cual, con su política de aumentar impuestos y disminuir exenciones hace que una inversión no sea rentable a largo plazo.

Como se acaba de mencionar, la Ley 963 de 2005 busca generar estabilidad jurídica y no sólo en materia tributaria sino en todas las áreas, pero para poder suscribir un contrato de estabilidad jurídica es necesario cumplir con ciertos requisitos²⁵⁸.

- Para tener derecho a la estabilidad jurídica se debe suscribir un contrato, sin la suscripción de éste, no habrá lugar a esta protección. Este contrato lo pueden suscribir personas naturales, jurídicas (incluyendo consorcios) nacionales o extranjeras y firmado por el ministro del ramo concerniente a la solicitud (es

²⁵⁶ “Así mismo el artículo de derogatorias incluye la eliminación de los artículos 319, 320,321, 321-1, 322, y 328, correspondientes al título IV del libro primero del Estatuto Tributario, en los cuales se establece el impuesto de remesas, el cual genera una carga fiscal adicional para los inversionistas, que en algunos casos resulta determinante para la decisión de inversión de un particular en Colombia, frente a sus países vecinos y competidores por esta inversión que no la tienen, mientras que no representa una porción importante de los ingresos corrientes de la Nación.”

²⁵⁷ En los dos primeros años del gobierno del Dr. Álvaro Uribe, el cual proclamaba por una estabilidad tributaria, se presentaron al congreso de la República cuatro proyectos de reforma tributaria y en el año 2006 presento ante el congreso uno nuevo que se esta discutiendo en este momento.

²⁵⁸ Esto según la ley 963 y sus normas reglamentarias, el documento 3366 expedido por el Conpes y el decreto 2590 del 29 de agosto de 2005.

necesario recordar que el contrato de estabilidad jurídica no recae solamente sobre temas tributarios sino sobre cualquier tema en el que se crea necesitar estabilidad jurídica) el cual tendrá cuatro meses para firmarlo ó no.

- La solicitud del contrato se hará ante la Secretaria Técnica, la cual, es una dependencia del Ministerio de Comercio. En esta solicitud se debe describir la inversión que se va a realizar y adjuntar los estudios de factibilidad económica, técnica y financiera, una estimación de los empleos que se van a generar y lo más importante de todo, el inversionista debe transcribir las normas específicas y las interpretaciones administrativas vinculantes sobre las cuales se solicita la estabilidad y exponer las razones por las cuales se consideran determinantes al momento de invertir.
- El contrato como ya se dijo debe ser firmado por el ministro del ramo, pero su aprobación esta a cargo del Comité de Estabilidad Jurídica el cuál está integrado por el Ministro de Hacienda, el Ministro de Comercio, el Ministro del ramo en que se efectúe la inversión, el director del Departamento Nacional de Planeación y el Director de la entidad autónoma que haya expedido la norma protegida o sus respectivos delegados.
- El inversionista se compromete a realizar una inversión nueva ó ampliar una existente por un monto no inferior a 7.500 salarios mínimos legales vigentes, es decir, cerca de US\$ 1.200.000 y deberá pagar una prima, por una sola vez, por el 1% total de la inversión.
- Los contratos tienen una duración mínima de tres años y máxima de veinte años. Este período es decidido por el Comité.

En caso de que una norma protegida por el contrato de estabilidad jurídica cambie de manera conveniente al inversionista, se le aplicará la ley más favorable.²⁵⁹ El concepto

²⁵⁹ ARTÍCULO 1o. *CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA*. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

de favorabilidad es determinable únicamente por el inversionista, en otras palabras, la ley de estabilidad le da el derecho de acogerse a una norma anterior, pero con la posibilidad de renunciar a este derecho.

De igual forma, el contrato de estabilidad jurídica no sólo protege contra cambios en el texto de las normas, también por cambios en las interpretaciones de las mismas²⁶⁰ por parte de las autoridades administrativas.

Este contrato no solamente cubre leyes tributarias y cambiarias, sino sobre cualquier norma y tema que sea determinante al momento de realizar la inversión, por lo tanto es importante resaltar que se aplica tanto a inversiones nuevas como a la ampliación de las existentes, siempre y cuando cumplan con los requisitos que la ley exige.

La Ley 963 de 2005 señala de manera taxativa en su artículo 11 varias limitaciones al alcance de este convenio, que son las relativas al régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.²⁶¹

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

²⁶⁰ La DIAN mediante Concepto 089041-04 decidió interpretar el artículo 116 del Estatuto Tributario para concluir que las regalías que se pagan por la explotación de recursos naturales son deducibles de la renta solo si el que las paga es una entidad del Estado. Con esta interpretación, la DIAN habría aumentado el recaudo en \$540.000.000.000 en impuestos a cargo del sector minero y petrolero; como se puede deducir, es una auténtica reforma lograda gracias a una interpretación, afortunadamente, este concepto fue revocado en marzo de 2005.

²⁶¹ ARTÍCULO 11. *LIMITACIONES A LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD*. Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno

Además de estas también se exceptúan las normas que expida el Banco de la República.²⁶²

En enero de 2006 el gobierno y la sociedad Alpina S.A. suscribieron el primer contrato de estabilidad jurídica, siendo éste el único a la fecha. Este contrato tendrá una duración de diez años (2006 – 2015) y las normas sobre las cuales recae la estabilidad jurídica están relacionadas con el impuesto de renta y complementarios. Alpina espera invertir cerca de 25 millones de dólares en el período 2006 – 2010, cifra que estará, distribuida en infraestructura, nuevos equipos, ingeniería y montaje cubriendo un total de 12 subproyectos en dos fases: la primera será de modernización y acondicionamiento, y la segunda de crecimiento de la empresa. Para el último año de vigencia del contrato (2015), Alpina prevé superar los 200 mil millones de pesos en compras, multiplicando así la demanda de bienes y servicios, estimulando la consolidación de encadenamientos productivos y generando casi tres mil empleos entre directos e indirectos.

En conclusión, el régimen impositivo aplicable al contrato de exploración y explotación de hidrocarburos es el régimen general, pero la pregunta que debemos hacernos es ¿que tan culpable es este régimen de la disminución de inversión en el área de hidrocarburos en Colombia?

Nacional decrete bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.

La estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica.

²⁶² ARTÍCULO 30. *NORMAS E INTERPRETACIONES OBJETO DE LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA*. En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión.

Podrán ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las Comisiones de Regulación y los organismos estatales sujetos a regímenes especiales contemplados en el artículo 40 de la misma ley, **exceptuando al Banco de la República** (Negrillas fuera de texto)

Hay que responder ésta pregunta aceptando que el gran culpable es el tema de la inseguridad jurídica, afortunadamente ya se ha intentado buscar una solución a este problema con la ley 963 de 2005 sobre estabilidad jurídica, aunque se podría hacer mucho más para aumentar la exploración y explotación de hidrocarburos con la eliminación de ciertos impuestos específicamente el de remesas, ya que casi la totalidad de las compañías de exploración y explotación son multinacionales. Desafortunadamente, el gobierno que hasta hace pocos meses proclamaba por la necesidad de eliminar este impuesto, en la reforma tributaria presentada en julio de 2006 no trata este tema.

Si bien es cierto, que el contrato de exploración y explotación es bastante flexible y busca atraer inversión en el país en el área de los hidrocarburos, éste sólo es uno de los factores que los inversionistas tienen en cuenta en el momento de invertir. Un elemento fundamental a la hora de invertir es la legislación vigente, siendo ésta, por lo menos, en materia tributaria susceptible de una mejora y el primer paso sería flexibilizando este régimen.

CONCLUSIONES

El país está a punto de la importación de combustible, la falta de proyectos de exploración y el poco interés que han demostrado las multinacionales en invertir en un país con enormes dificultades de infraestructura, seguridad y estabilidad jurídica ,nos obliga a diseñar modelos de contratación petrolera eficientes y atractivos para los inversionistas.

El contrato de la Agencia Nacional De Hidrocarburos de exploración y producción es un esfuerzo importante en la solución de esta gran dificultad, la implementación de un modelo contractual que se ajusta más a la ley de la oferta y la demanda que al sentimiento nacionalista excesivamente proteccionista, el cual, demostró ser ineficiente en el desarrollo de la actividad, debe considerarse como un avance importante en el desarrollo de la actividad petrolera en Colombia

Los avances en la definición de responsabilidades en materia ambiental, social y económica han generado mayor seguridad jurídica, conociéndose de antemano las cargas contractuales que se deben asumir como consecuencia de la exploración y explotación petrolera.

Sin embargo aun falta mucho para desvanecer la amenaza del desabastecimiento interno y para desarrollar un sistema legal más dinámico, que le permita al país combinar seguridad jurídica con inmediatez en la solución de controversias y desafíos en la industria.

Otra de las dificultades más sobresalientes que debemos solucionar es la concurrencia de potestades en diferentes entidades, la cual puede generar conflictos de competencia y dificultades en la interpretación de las obligaciones contractuales. Algunas de las que podemos mencionar son las que se presentan entre la ANH y el Ministerio de Minas y Energía en materia de regalías y entre el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y la ANH en materia de control ambiental.

Indudablemente estamos avanzando en materia legal pero aun nos falta solucionar problemas en otros ámbitos que influyen directamente en el desarrollo de la industria petrolera.

Finalmente, respecto de las obligaciones del contrato en particular, podemos destacar varias conclusiones importantes:

Como se estudió, las Obligaciones de hacer implican una completa serie de actividades que el contratista se compromete a realizar en desarrollo de su actividad y dentro de tales obligaciones, subyacen las de carácter social cuya importancia se percibe con mayor claridad en este nuevo sistema contractual, y que constituyen uno de los pilares de la actividad de explotación de hidrocarburos debido al impacto que recae sobre sus “grupos de interés”, para ello se estudió brevemente el desarrollo social en el departamento del Casanare y los beneficios que han obtenido sus habitantes debido a la inversión de las regalías en la atención de la problemática social, y a las ventajas que recibe el empresario por la adecuada gestión de este tipo de obligaciones. Adicionalmente, analizamos como la obligación de transferencia de tecnología es importante para el desarrollo de la industria nacional de los hidrocarburos, en la educación de nuestros trabajadores y la sociedad en general. En fin, todos los aspectos que incluye la transferencia de tecnología como la infraestructura, la capacitación, los derechos de propiedad intelectual, etc, predicen por si solos la gran importancia que tiene esta obligación social.

Respecto a las obligaciones laborales es evidente que Colombia tiene un régimen laboral inflexible, lo que en ocasiones genera dificultades en la solución de problemas que requieren agilidad y capacidad de negociación entre las partes, la industria petrolera es una industria con niveles y estándares de educación altos; la existencia de un régimen laboral más flexible le permitiría a los trabajadores mejorar sus condiciones laborales. El país requiere con urgencia atraer la inversión extranjera en el área de exploración, diseñar regímenes legales más eficientes y ajustados a la realidad es una necesidad imperiosa para conseguir ese objetivo.

Las obligaciones financieras o económicas son un elemento esencial del contrato, ya que son el núcleo del nuevo sistema contractual debido a que el Estado no hace parte de la actividad de exploración y explotación, pero en cambio, conserva ciertos derechos principalmente económicos por conceder el área a explorar o explotar, como por ejemplo, los derechos por el uso del subsuelo y los derechos por precios altos. También se determinó, que las regalías son un ingreso público de carácter nacional con destinación específica, la cual posee una regulación especial e independiente, diferente a “las participaciones” de los entes territoriales y son la contraprestación más importante que obtiene la nación por la explotación de hidrocarburos.

La buena fe es un elemento esencial de cualquier contrato y este no es la excepción, por tal razón se presentan una serie de obligaciones que se pueden catalogar como fiduciarias, las cuales necesitan la máxima buena fe para su cumplimiento por parte de ambos contratantes. Este tipo de obligación garantiza que las relaciones entre la ANH y el contratista se lleven con el mayor grado de confianza y fidelidad lo cual es esperado debido al rol que representan ambas partes.

En el tema ambiental la situación mejoró, porque la estipulación de obligaciones de carácter ambiental en el contrato, dota de una herramienta que hace coercible el cumplimiento de dichas obligaciones durante la ejecución del contrato, ahora bien en la etapa post contractual estas obligaciones requieren máxima buena fe del operador, ya que es quien está obligado a llevar a cabo el abandono y desmantelamiento de instalaciones.

El régimen tributario aplicable al contrato es el régimen general, el cual, es susceptible de mejorar eliminando gravámenes como el impuesto de remesas, sin embargo se ha dado un gran salto con el contrato de estabilidad jurídica el cual, genera seguridad especialmente en el ámbito tributario, donde desafortunadamente en nuestro país, es ostensiblemente variable ya que en los últimos cinco años se han propuesto 5 reformas tributarias diferentes.

LISTA DE GRAFICOS

Gráfico 1. Ingresos y Gastos años 2000, 2001 y 2002	P. 42
Gráfico 2. Ingresos y Gastos Años 2003 y 2004	P. 43
Gráfico 3. Porcentajes de personas que sienten contentas en su ciudad	P. 47

LISTA DE CUADROS

Cuadro 1. Regalías Años 2004, 2005 y 2006 (en millones de pesos)	P. 43
Cuadro 2. Cobertura de servicios públicos	P. 45
Cuadro 3. Cobertura escolar por grupos de edad	P. 45
Cuadro 4. Porcentaje de jefes de hogar afiliados al sistema de pensiones	P. 46
Cuadro 5. Emigrantes versus Nativos	P. 48
Cuadro 6. Comparación inversión ejecutada (1999)	P. 50
Cuadro 7. Tabla de valores para calcular la transferencia de tecnología	P. 60

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA IRREÑO, Oscar David. Manual Practico sobre licencias y algunos permisos, autorizaciones y concesiones de carácter ambiental. Cámara de Comercio, Bogotá, D.C. 2000

ALVEAR Oscar, ROJAS Fernando, “Elementos de Finanzas Públicas”, Ed. Temis, 1985

ARCE ROJAS, David. Obligaciones fiduciarias de los operadores de contratos petroleros, Revista Universitas, No.85

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Bogota: Ediciones librería del profesional, 1991.

CORDOBA PEREZ, José María, “Temas Mineros y Petroleros”, Colegio de Abogados de Minas y Petróleos, 2005

CUBIDES CAMACHO Jorge, *Obligaciones*, Bogota, Pontificia Universidad Javeriana, 1991

GARCIA, Jaime, “El Abogado de los Impuestos”, Ed. Planeta, 1999

Gaviria Alejandro, Zapata Juan Gonzalo y Gonzáles Adriana, Petróleo y Región, el caso de Casanare, Bogota: Fedesarrollo, 2002

GODOY FAJARDO Juan Pablo, GARCIA Patricia, NÚÑEZ Fernando Teoría del impuesto sobre la renta. Bogota : ICDT, 1995

GODOY FAJARDO Juan Pablo. Impuesto de remesas. En : Temas mineros y petroleros 2005. Colegio de abogados de minas y petróleos.

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Contratos de colaboración en el comercio internacional, Bosch, Barcelona, 1998.

JARAMILLO Esteban, “Hacienda Pública”, Ed. Voluntad, Quinta Edición

LEWIN FIGUEROA Alfredo y CORTES GUARIN Camilo. Aspectos tributarios de la exploración y explotación de hidrocarburos. En : Temas mineros y petroleros 2005. Colegio de abogados de minas y petróleos.

LOPEZ GUZMAN, Fabian. Contratos internacionales de transferencia de tecnología el know how, Bogota. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

MASSY MARTINEZ Jessica Ximena, ISAZA ZULUAGA Carolina, El contrato de asociación y operación conjunta: Sus principales obligaciones legales y fiduciarias, Tesis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 1995.

MAZEAUD Henry, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil parte Segunda, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa –América, 1969

MEJIA, Carlos Eduardo, TARAZONA ARDILA, Jacqueline y LINARES CORREDOR, Dory, La responsabilidad social empresarial sostenible y la competitividad, Bogotá, Fedepalma, 2005, pág. 4.

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, Publicaciones Guías Ambientales [Colombia]: 1997 [citado 17 de agosto, de 2006][URL:http://www.minambiente.gov.co/prensa/publicaciones/guias_ambientales](http://www.minambiente.gov.co/prensa/publicaciones/guias_ambientales).

NIETO Carlos, Cartilla Laboral Colombiana, Bogotá, Edijufinancieras, 2003.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Bogota: Editorial Temis

Panorama, Revista de las compañías Shell en Colombia, Sacando petróleo y sembrando conocimiento

PARRA ESCOBAR Armando. Planeación tributaria para la organización empresarial. Legis. Bogota.

PLAZAS VEGA Mauricio, El impuesto sobre el valor agregado IVA, Bogota, Temis, 1998

RAMÍREZ GUERRERO Carlos y CORREDOR ALEJO Orlando. Teoría del impuesto sobre la renta. Bogota : ICDT, 1995.

SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, “Ley 756 de 2002. Régimen de Regalías”, 2003

SZAUER UMAÑA, María Teresa. “Las licencias ambientales como instrumento de gestión ambiental La política ambiental de fin de siglo: una agenda para Colombia”. Octubre, 1994.

TORRES LATORRE, Carlos Arturo. La responsabilidad social empresarial. En: Temas Mineros y petroleros 2005, Bogota, Colegio de abogados de minas y petróleos, 2005.

VALENCIA ZEA Arturo, Derecho Civil Tomo 3 de las Obligaciones, Bogota, Editorial Temis, 1968

WCED, Our Common Future (El Informe Brundtland), Oxford, Comisión Mundial para el Medio ambiente y el Desarrollo / Oxford University Press, 1987

ANEXOS

	Pág.
Anexo A: Guía de manejo ambiental para la perforación de pozos de petróleo y gas.	189

ANEXO A²⁶³

Guía de manejo ambiental para perforación de pozos de petróleo y gas.

1. OBJETIVOS

- a) Establecer un plan que permita el desmantelamiento ordenado del proyecto, o de sus partes, y la reparación de los efectos causados por las diferentes actividades desarrolladas o por el desmonte de las mismas.
- b) Definir objetivos de calidad para la recuperación que tiene que adelantar el operador.

2. COMPONENTES DEL ABANDONO Y LA RESTAURACION

El proyecto de perforación conlleva diferentes actividades, varias de ellas con carácter temporal (P.e. construcción de vías y de la localización) que requieren cerrarse en el momento oportuno (a su terminación). Otras van hasta el final del proyecto, cuando se determina si la perforación ha sido o no exitosa. Por ello, con el fin de garantizar que se tomarán las medidas adecuadas y necesarias conducentes al control o eliminación de los pasivos ambientales que acompañan el desarrollo del proyecto, el interesado debe establecer desde el comienzo, y mantener durante su ejecución, un plan de restauración y abandono. Dicho plan estará conformado por las siguientes actividades principales a) Para cada etapa del proyecto: el desmantelamiento de las facilidades (temporales o permanentes) instaladas. Se incluyen en este concepto los campamentos, talleres, bodegas, las captaciones de agua y demás servicios, etc. b) La limpieza final de las áreas ocupadas por dichas facilidades, y la disposición de residuos generados por esta operación.

c) El saneamiento de los pasivos ambientales, derivados de la construcción y la operación. Se incluyen las áreas afectadas por el proyecto en aquellos casos en que ha habido modificaciones, imputables a la ejecución, de las condiciones ambientales

²⁶³ MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, Publicaciones Guías Ambientales [Colombia]: 1997 [citado 17 de agosto, de 2006] <URL:

prevalentes, los sistemas de disposición de residuos, los recursos naturales degradados (en su calidad) por la intervención, etc..

d) La evacuación de los residuos especiales acumulados y almacenados temporalmente en el sitio o en otras áreas autorizadas, y los recuperados durante el desmantelamiento.

e) El desmonte de la relaciones del proyecto con las comunidades del área de influencia, cuando la perforación ha arrojado resultados negativos

3. DESMANTELAMIENTO DE INSTALACIONES

El desmantelamiento procederá para todas las instalaciones, con excepción de aquellas cuya permanencia haya sido acordada con la comunidad o la autoridad ambiental.

a) Se hará un plan para el desmantelamiento, que incluya el almacenamiento temporal de los materiales, su descontaminación si se requiere, la segregación de los residuos, el transporte de los materiales y el destino final de los mismos.

b) Luego se procederá a desarrollar la operación en los términos previstos.

c) El saneamiento de los pasivos ambientales, derivados de la construcción y la operación. Se incluyen las áreas afectadas por el proyecto en aquellos casos en que ha habido modificaciones, imputables a la ejecución, de las condiciones ambientales prevalentes, los sistemas de disposición de residuos, los recursos naturales degradados (en su calidad) por la intervención, etc..d) La evacuación de los residuos especiales acumulados y almacenados temporalmente en el sitio o en otras áreas autorizadas, y los recuperados durante el desmantelamiento. e) El desmonte de la relaciones del proyecto con las comunidades del área de influencia, cuando la perforación ha arrojado resultados negativos.

4. LIMPIEZA FINAL DEL AREA

Consiste en retirar de las áreas ocupadas por el proyecto todos los materiales ajenos a las mismas, residuales o no. En consecuencia, la limpieza se extenderá a los sitios ocupados por instalaciones, así como a los demás sitios intervenidos por el proyecto.

http://www.minambiente.gov.co/prensa/publicaciones/guias_ambientales.>

En el caso de las actividades temporales como la construcción de la vía y de la instalación de perforación, la limpieza final se realizará luego de concluir la construcción y el desmantelamiento; también se hará limpieza durante la ejecución de los trabajos a medida que avancen y se desarrollen las diferentes etapas o actividades. Habrá una inspección final por parte del operador y del Interventor Ambiental para constatar el cumplimiento de esta obligación.

La misma inspección final servirá para detectar efectos ambientales producidos por la construcción y para evaluar la efectividad de las medidas de restauración que se hayan aplicado durante el trabajo.

En el evento en que se constate la ocurrencia de efectos adversos imputables al Proyecto, se procederá a aplicar las medidas de mitigación que sean pertinentes al caso.

5. IDENTIFICACION Y SANEAMIENTO DEL PASIVO AMBIENTAL

La compañía operadora debe establecer un procedimiento para identificar y mantener actualizado el Inventario de Pasivos Ambientales del proyecto.

Así mismo, debe contar con un programa, permanentemente activo, para sanear el pasivo, el cual procederá desde el inicio del proyecto y hasta el abandono del área. Los siguientes pasivos serán objeto de atención especial, desarrollando, entre otras, las acciones de restauración que se señalan.

6. CLAUSURA DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS

Los sistemas de tratamiento de residuos deberán clausurarse al concluir la operación (se entiende que no se realizarán perforaciones adicionales desde la misma localización). Esta labor implicará.

- a) Cuando se trate de pozos sépticos o letrinas sanitarias, el relleno de los pozos, utilizando la tierra sobrante de la excavación.
- b) La colocación y aseguramiento de las tapas del pozo, para evitar posteriores accidentes.
- c) La reconformación topográfica de las áreas utilizadas para rellenos sanitarios, y la colocación de la cobertura final de dichas áreas. Antes de la reconstrucción del área

deberán ejecutarse las obras finales de estabilización y proveerse los elementos de seguridad requeridos (Por ejemplo, el sistema de evacuación de gases; señalización, etc.).

d) La revegetalización de las áreas afectadas. Si se utilizan plantas de tratamiento éstas se deberán desocupar y limpiar antes de ser retiradas del sitio o desmanteladas. Se deberá prever las áreas de disposición de lodos y demás residuos generados durante la limpieza. Los depósitos de residuos peligrosos deberán desocuparse. Los materiales recuperados se evacuarán del área y se entregarán a una empresa especializada en el manejo de este tipo de desechos, o se buscará la solución adecuada a las necesidades del caso.

7. RECUPERACION DE AREAS AFECTADAS

La recuperación tiene como objetivos:

- Garantizar la estabilidad geotécnica de las áreas, controlando los procesos de remoción en masa actuales
- Recuperar las áreas para las actividades económicas o ambientales tradicionales.

En consecuencia, el alcance de la recuperación dependerá del área en cuestión y de sus características, además de los resultados de la perforación. En el caso de los taludes se deberán desarrollar las propuestas presentadas en las Guías del Ministerio del Medio Ambiente para las diferentes actividades de la industria del petróleo. Si el área no está explícitamente contemplada en cualquiera de los documentos mencionados, de todas maneras deberá ser restaurada. Esta labor comprende:

a) Recuperación morfológica y distribución de la capa orgánica del área.

b) Reforestación con especies nativas, en combinación con estolones de gramíneas rastreras que ayuden a aumentar rápidamente la cobertura vegetal. El programa de reforestación y empradización comprende los siguientes aspectos generales, que deben definirse con la Interventoría Ambiental:

- Adecuación de las áreas afectadas.
- Selección de especies arbóreas, gramíneas y leguminosas.
- Obtención del material vegetal.

- Trazado y ahoyado.
- Plantación y fertilización.

8. MANEJO DE LAS RELACIONES CON LA COMUNIDAD EN EL ABANDONO DE LA ACTIVIDAD

Las secciones anteriores han mostrado la necesidad de que el operador establezca y mantenga un programa de relaciones con la comunidad, orientado a la administración de las implicaciones ambientales y sociales del proyecto. El Programa debe finalizar con el abandono, lo cual supone que, con la debida anticipación, ha previsto, planificado e iniciado el proceso de desmonte conducente a eliminar o a sustituir los vínculos proyecto -región. Se deberá prestar especial atención a los siguientes elementos:

- a) Los efectos sobre el empleo local y regional, y la manera de reducir el impacto.
- b) Otros, relacionados con el saneamiento básico, etc.
- c) El estado de cumplimiento de los compromisos adquiridos por el proyecto con las comunidades, los propietarios de predios afectados y las autoridades locales. Los pendientes que resulten deben ser satisfechos antes del cierre del proyecto”.