

**UNA HERRAMIENTA DE CONTRATACIÓN PARA EL SECTOR SERVICIOS EN
EL ÁREA DEL PETRÓLEO.**

RICARDO ANDRÉS ZULUAGA TANGARIFE

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE INGENIERIAS FISICOQUIMICAS
ESCUELA DE PETROLEOS
ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA DE HIDROCARBUROS
BUCARAMANGA**

2013

**UNA HERRAMIENTA DE CONTRATACIÓN PARA EL SECTOR SERVICIOS EN
EL ÁREA DEL PETRÓLEO.**

RICARDO ANDRÉS ZULUAGA TANGARIFE

**TRABAJO DE GRADO PARA EL OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
GERENCIA DE HIDROCARBUROS**

DIRECTOR

OSCAR BRAVO MENDOZA

INGENIERO DE PETROLEOS

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE INGENIERIAS FISICOQUIMICAS

ESCUELA DE PETROLEOS

ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA DE HIDROCARBUROS

BUCARAMANGA

2013

ⁱAgradecimientos,

A mi amada esposa Laura, a Juan Andrés mi pequeño hijo travieso y a Jerónimo que está por nacer.

Igualmente agradezco al Ingeniero Oscar Bravo, quien contando con su exceso de trabajo aceptó el encargo de dirigir la monografía, y cumplir el sueño de salir por la puerta grande como algún día lo comentamos.

Agradezco a la Universidad Industrial de Santander, el haberme permitido cursar un programa de Especialización como el de Gerencia de Hidrocarburos, en el que mi perfil profesional en ocasiones se tornó jocoso al lado de mis compañeros Ingenieros.

Contenido

INTRODUCCIÓN.	10
CONTRATACIÓN PETROLERA.	12
1.1. HACIA UNA DEFINICIÓN.	12
1.2. EL SUBSUELO PETROLERO.	13
1.3. CONTRATOS PARA LA EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO.	16
1.3.1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN.	18
1.3.1.1. ASPECTOS INTEGRANTES DEL CONTRATOS DE CONCESIÓN PETROLERA:	19
1.3.1.2. REVERSIÓN.	24
1.3.2. EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN.	25
1.3.2.1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN:	27
1.3.2.2 ETAPAS DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN.	29
1.3.2.3 MODIFICACIONES AL CONTRATO DE ASOCIACIÓN.	31
1.3.3. ÚLTIMOS MODELOS CONTRACTUALES.	32
1.3.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS.	35
1.3.3.2. PROCESO DE SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS:	37
2.1. CLAUSULAS INEFICACES, NULIDAD ABSOLUTA Y ABUSO DEL DERECHO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.	40
2.1.1. EJEMPLOS:	42
2.2. CERTEZA EN LA CONTRATACIÓN.	45
2.2.1. EJEMPLOS.	47
2.3. ASPECTOS DE ORDEN LABORAL.	50
2.3.1. TRÁMITES ANTE EL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.	51
2.3.2. SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL.	53

2.3.3. EXIGENCIA DE GARANTÍA.	56
2.4. EL PODER SANCIONATORIO.	58
2.4.1. EJEMPLOS.	59
CONCLUSIONES.	63
BIBLIOGRAFIA.	65

**TITULO: UNA HERRAMIENTA DE CONTRATACIÓN PARA EL SECTOR SERVICIOS EN EL
ÁREA DEL PETROLEO *.**

ZULUAGA TANGARIFE RICARDO ANDRÉS.**

PALABRAS CLAVES:

**CONTRATACIÓN - SERVICIO – CLÁUSULA – OPERADORA – CONTRATISTA –
ACUERDOS – NORMAS.**

Partiendo del contrato Exploración y Explotación de Hidrocarburos en Colombia y sus antecedentes, nos enfocaremos al sector servicios para valorar los elementos de mayor relevancia en los actos jurídicos que se suscriben, las cláusulas que suelen imponerse, utilizando instrumentos propios del derecho que permitan construir e interpretar las negociaciones que tienen lugar. El trabajo de monografía de direccionara estudiando los diferentes textos utilizados por las Empresas Operadoras para documentar la contratación con terceros, mostrando como en ocasiones se pretende alterar el orden jurídico establecido, y desconocer que ya el Estado en determinados aspectos ya fijó su sentir. Es claro entonces que el texto que proponemos, atiende las exigencias de una herramienta de contratación en materia petrolera, que permitirá a los profesionales de las diferentes disciplinas, repensar el aspecto obligacional en el que en determinado momento se harán parte en representación de sus Empresas y finalmente entregaremos una posición crítica frente a forma con se desarrolla la contratación entre Compañías Operadoras y Empresas Contratistas, donde si bien finalmente se puede advertir que la tipología característica de las relaciones jurídicas se identifica con los contratos de adhesión, si debe quién presta el servicio procurar suscribir actos jurídicos que sean menos lesivos a sus intereses.

*Monografía de Grado.

**Facultad de Ingenierías Físico Químicas. Escuela de Ingenierías de Petróleos. Especialización en Gerencia de Hidrocarburos. Ing. Nicolás Santos Santos.

TITLE: TOOL FOR OILFIELD SERVICES CONTRACTING

ZULUAGA TANGARIFE RICARDO ANDRÉS.

KEY WORDS:

**CONTRACTING – SERVICE – CLAUSES – OPERATOR – CONTRACTOR – AGREEMENTS
– RULES.**

Based on Hydrocarbons Exploration and Exploitation contract in Colombia and its background, we will focus on the services sector to evaluate the most relevant aspects subscribed and the clauses imposed using of the inherent instruments of the Law to build and to interpret the conducted negotiations.

This monograph will be oriented a studying several documents used by the Operating Companies to document the contracting process with a third party, evidencing the sometimes it is pretended to alter the established legal order and to ignore that the State has pronounced at this respect.

The text that we are propose attends the requirements of a contracting tool in the Oilfield that will allow to professionals in several disciplines to reformulate the obligational aspect involved in the representation of their Companies. Finally, we will present a writing presenting a critical opinion regarding to the a contracting procedure between Operating and Contractor Companies, were even if it is observed that the legal relationships are identified by adhesion contracts type, it is necessary that the Service Provider be able to subscribe legal actions that be less harmful to his own interests.

This tool will allow us to improve in the field of oil contracts, which has a different tool to procedures carried for recruitment.

* Workdegree

** Faculty of Physical Chemistry. School of Petroleum Engineering. . Ing. Nicolás Santos Santos.

INTRODUCCIÓN

El mundo del derecho que por su misma naturaleza es sumamente interesante, alcanza su esencia, cuando se entrega al servicio del crecimiento económico, teniendo un vivo ejemplo en el petróleo. Es así, como en cualquiera de las tareas por adelantar en aras a obtener el precitado recurso no renovable, una de las decisiones que se presentan en las Compañías Operadoras, es si lo realizan directamente o si prefieren entregar tal tarea a otros, que son llamados Contratistas o Empresas Prestadoras de Servicios. En cualquiera de los casos tendrán que contratar con terceros. En este entendido se pensara en la escogencia de la modalidad contractual que permitirá dar nacimiento jurídico a lo pretendido, evitando que se configure un negocio distinto o que se desborde el móvil de contratación, identificación de las partes que se obligaran y las facultades con que contarán, la razón de ser de lo que las vincula, valor, tiempos y/o vigencia, responsabilidades, garantías y condicionamientos.

El trabajo de monografía que se entregará, presenta un abordaje que partirá de los antecedentes hasta llegar al Contrato Exploración y Explotación de Hidrocarburos en Colombia, que es administrado en la actualidad por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, entendido como el que recoge el sentir del Estado frente al negocio del Petróleo con las Empresas Operadoras; teniendo que nuestro aporte se enfocará al sector servicios, considerando algunos elementos de relevancia en los actos jurídicos que se suscriben, las clausulas que suelen imponerse por contratantes sin mayores posibilidades de discusión con contratistas, pero que en algunos casos se tornan en ineficaces o incluso convertirse en actos de abuso del derecho, sin desconocer que nos encontramos básicamente ante contratos de adhesión. Igualmente valoraremos el componente laboral que hace parte del Contrato de Prestación de Servicios, donde se darán algunas observaciones frente a tópicos como trámites ante el Ministerio de la Protección Social, solidaridad entre

Contratante y Contratista, cláusulas de responsabilidad y el componente de la garantía de salarios.

Confiamos en que el presente esfuerzo se convertirá en una herramienta de contratación para el sector servicios en el área del petróleo, la cual podrá ser utilizada por ingenieros e igualmente por abogados, invitándolos a pensar al momento de suscribir acuerdos de voluntades, cuales son las implicaciones que tiene el clausulado al que nos estamos obligando, y hasta donde comprometemos o no a la Empresa que representamos.

CONTRATACIÓN PETROLERA.

1.1. HACIA UNA DEFINICIÓN.

El petróleo, como el carbón, es una sustancia antigua. El crudo que salió a chorro de Spindletop aquella mañana de enero era el resultado de un proceso iniciado cincuenta millones antes, cuando Beaumont y la mayor parte del este de Tejas estaban sumergidas bajo las aguas de un golfo de México mucho más amplio. Aquellas aguas cálidas eran idóneas para gigantescas poblaciones de plancton y otras formas de vida microscópica, cuyos minúsculos cuerpos llovieron como un polvo rico hasta formar una alfombra orgánica sobre el turbio fondo del golfo. Durante millones de años, esa alfombra fue endureciéndose hasta constituir una capa de roca rica en nutrientes, los geólogos lo llaman roca fuente, que fue enterrándose lentamente bajo miles de toneladas de sedimentos arenosos procedentes de la desembocadura de los ríos vecinos. Estos sedimentos arenosos se compactaron gradualmente, a su vez, en una capa de arenisca de ocho kilómetros de grosor. El peso de tanta piedra sobre la roca fuente combinado con las temperaturas subterráneas altas por naturaleza, cocinó en una olla exprés todos los minúsculos cuerpos fosilizados y transformó químicamente las moléculas biológicas constituidas por hidrógenos y carbono en un caldo complejo de hidrocarburos conocido como petróleo².

Nada más interesante para iniciar un escrito como el presente, que introducir la temática de la que se hablara, citando una de las múltiples explicaciones del origen del petróleo. Siendo aceptadas como de mayor importancia dos teorías que a lo largo de los años, se disputan la razón en este aspecto: La de formación orgánica y la de formación inorgánica. Por supuesto que la primera de ellas es la

² ROBERTS Paul. El fin del Petróleo. Traducido por Jordi Vidal. Editorial B, S.A. 1 Edición en Noviembre de 2004. Páginas 50 y 51.

que enuncia el autor Paul Roberts en su libro, cuando describe la producción de hidrocarburos a partir de organismos vivos, cuya transformación tuvo lugar por la acción del calor sobre la materia orgánica formada biogénicamente.

Ahora bien, el trabajo de monografía que entrega es direccionado en primer lugar a presentar los antecedentes próximos del Contrato Exploración y Producción en Colombia más conocido como E&P, toda vez que recoge el actual sentir del Estado, frente al negocio del Petróleo con las Empresas Operadoras de origen nacional o extranjero; y finalizará dando una mirada al sector servicios en el área del Petróleo, para valorar los elementos de mayor relevancia en los actos jurídicos que se suscriben, las cláusulas que suelen imponerse por contratantes sin mayores posibilidades de discusión con contratistas, pero que en algunos casos se tornan en ineficaces.

1.2. EL SUBSUELO PETROLERO.

La historia legislativa del País ha podido mostrar la gran discusión que frente a la propiedad del subsuelo se presentó por largos años, y en donde en esencia se debatía el derecho de dominio respecto a éste y a los recursos que en él se encuentran, contando con innumerables interpretaciones, de si era el Estado o los particulares quienes gozaban de tal condición. Pues bien, preceptos como la Ley 20 de 1969, Decretos 797 de 1971 y el Decreto 1994 de 1989, empezaron a concluir con determinadas exigencias para que quien argumentara la propiedad del hidrocarburo. Hasta antes de la vigencia de las precitadas normas, se justificaba como único requisito la existencia de un título y cumpliendo con tal se reconocía la propiedad a su beneficiario. El conocimiento de tan preciado recurso no renovable, empieza a aumentar las condiciones de exigibilidad y es así como los cánones que empiezan a aparecer en el escenario jurídico, no solo incluyen el título sino también la obligación de haber adelantado un descubrimiento y explotación en un tiempo debido; no en vano el Decreto 1994 de 1989

complementado por la Ley 97 de 1993, señalaba que un yacimiento de hidrocarburo había sido descubierto cuando mediante perforación con taladro o equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y se comporta como unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y de fluidos³.

Avanzando en el tiempo la Constitución de 1986 señala como propiedad de la Nación los bienes baldíos y minas, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por los mismos Estados Federados o por la Nación a título de indemnización. Posteriormente llegaron las Leyes 38 del 21 de Marzo de 1987, 30 del 27 de Octubre de 1903, 110 de 1912, el Decreto 1255 del 20 de Junio de 1919, la Ley 120 del 30 de Diciembre de 1919, Ley 37 de 1931, el Decreto 1270 de 1931, Ley 160 de 1936, Decreto 1056 del Abril de 1953 conocido como el Código de Petróleos, la Ley 10 de 1961, el Decreto 1248 de 1961, la Ley 20 de 1969, Decreto 2655 de 1988 y Decreto 1994 de 1989. En todos estos preceptos se puede observar la evolución de nuestro País en el tema minero y en especial en material de hidrocarburos, aspecto de potencial relevancia para la economía. Se empiezan a discutir respecto a los permisos para la explotación del recurso no renovable, la exploración yacimientos, el papel del Estado en contratos de concesión, los derechos adquiridos respecto a la propiedad del petróleo y las condiciones para tener por descubierto un pozo de hidrocarburos. Llega finalmente la Constitución Nacional de 1991 y concluye la discusión, reconociendo la soberanía y propiedad del Estado Colombiano respecto al subsuelo. Léase en el artículo 332 que *“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”*. Este planteamiento Constitucional es producto de una transformación social en la que se resalta el bien general y se le coloca en

³ ARANGO CASTRO, Camilo Daniel. Gestión Inmobiliaria en los Proyectos de Infraestructura. Enfoque al Sector Minero Petrolero. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2007. Páginas 73 -74. Se ofrece por el autor una explicación de lo que fue la propiedad sobre el subsuelo antes de la Ley 20 de 1969 y de las exigencias para predicar la propiedad sobre los hidrocarburos.

un grado de superioridad frente al personal, encontrando como ya la Corte Constitucional empieza a explicar dicho sentir al enunciar: *“El desarrollo económico y social es el responsable último de la mutación del concepto y del sentido que la sociedad Colombiana tiene y asigna a la propiedad privada. Las leyes expedidas a partir de los años treinta, brevemente reseñadas en esta sentencia, se inscriben bajo el signo de la sociabilidad, como lo atestiguan sus textos y la copiosa jurisprudencia que se ha ocupado de las mismas, que remiten incesantemente a las categorías del interés social y de la función social de la propiedad. El alejamiento de la matriz subjetivista del Código Civil es notorio y denuncia con elocuencia un cambio de la base económica y del fundamento mismo del derecho de propiedad, que se conserva y garantiza, pero a partir de los postulados constitucionales del interés social y de la función social”*⁴. Dicha tesis guarda eminente coherencia con el artículo 58 de la misma Carta Política, donde se reconoce que la propiedad es una función social que implica obligaciones.

Se dirá así que ya el Artículo 332 de la Constitución Nacional de 1991, dejó bastante claro la propiedad del Estado respecto del subsuelo, superando las largas discusiones que en los diferentes entornos sociales se habían manejado. Sin embargo para finalizar el aparte nos parece interesante mostrar cómo pese a la claridad jurídica del tema, aún se observan intereses particulares por reclamar la propiedad privada de recursos como el petróleo. Recurriendo al Ministerio de Minas y Energía de Colombia, este ha tenido que pronunciarse al respecto, emitiendo respuestas que ratifican el sentir del Constituyente de 1991. En el año 2008 resalta las exigencias de la Ley 20 de 1969 y la propiedad del Estado de los recursos naturales no renovables⁵. En el mismo año en un concepto⁶ bastante

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-006 del 18 de Enero de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Oficina Asesora Jurídica. Radicado: 2008014602 08-04-2008. Respuesta dada al ciudadano Alfonso Cruz Pérez, quien pregunta respecto al derecho que le asiste a los propietarios de una finca, desde mucho antes de la expedición de la Ley 20 de 1969, ubicada en cercanías del Municipio del Plato, Departamento del Magdalena, en la que tuvo lugar una explotación de petróleo.

⁶ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Oficina Asesora Jurídica. Radicado: 2008024147 03-06-2008. Respuesta dada al ciudadano Gustavo Herrera, quien mediante el oficio del 16 de Mayo de 2008 con el

interesante la cartera de Energía, posterior a dejar claro de quien es la propiedad del Subsuelo, indica: *“Ahora bien, aclarada la titularidad que ostenta el Estado respecto de los recursos naturales no renovables, es importante mencionar que en el evento en que se tenga conocimiento de la existencia de hidrocarburos, debe darse aviso a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Entidad que tiene a su cargo la programación de estudios sísmicos, así como la administración y asignación de áreas para su exploración y explotación. De igual forma, la Agencia Nacional de Hidrocarburos cuenta con un procedimiento de selección para la asignación de áreas, en el que la empresa contratista o la designada en el contrato, será la encargada de negociar directamente con los propietarios, tenedores o poseedores que demuestren tal calidad, respecto de los predios en los que se requiera desarrollar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos”*. Finaliza resaltando la declaratoria de utilidad pública que el Artículo 4 del Código de Petróleos reconoce a la industria del petróleo en todos sus ramos.

1.3. CONTRATOS PARA LA EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO.

La industria petrolera cuenta en su historia que en el siglo XVI el ejército comandado por Gonzalo Jiménez de Quesada arribó a un sitio llamado La Tora sobre el Río Magdalena, donde habitaba la comunidad de Yariguies, sitio donde hoy se encuentra Barrancabermeja Zona Petrolera por excelencia, encontraron el crudo que brotaba de la tierra y que era utilizado por los indígenas para fines medicinales⁷. Desde esta época la búsqueda de hidrocarburos se convierte en componente de interés Nacional y entorno a él gira parte considerable de la economía. Es así como Estado Colombiano, direcciona sus esfuerzos tendientes a

numero 2008 021504, en el que solicita audiencia para ofrecer en venta un pozo petrolero, localizado en el Departamento de la Guajira.

⁷ REVISTA CREDENCIAL HISTORICA. Bogotá – Colombia. Edición 151 de Julio de 2002. “La Industria Petrolera en Colombia, lo que va de las Concesiones a las Asociaciones”, de Fernando Mayorga García.

explotar dicho recurso no renovable, implementando diferentes tipos de actos jurídicos con personas naturales o jurídicas del orden nacional o extranjero.

Diremos que los lineamientos Gubernamentales han estado siempre focalizados a ser una región que provea la autosuficiencia petrolera o incluso lo que algunos con cierta vanidad describen “*ser reconocidos en el contexto internacional como exportadores de crudo*”. Es así como frente a esta premisa tienen lugar a lo largo de la historia de la Nación, una serie de modelos contractuales buscando atraer inversión de Empresas foráneas, que cuenten con posibilidades económicas de invertir. Dichas formas legales se han enmarcado en dos tipos de regímenes petroleros: Los regímenes de licencias identificados como aquellos en los que el Estado otorga derechos a los particulares frente a los hidrocarburos y los regímenes contractualitas donde el Estado no deja de lado su interés en explorar y explotar, para contratar con terceros determinadas actividades de la Industria tendientes a obtener el crudo. En cualquiera de los casos, la tipología jurídica utilizada, no deja de lado aspectos como ampliación de los tiempos de los contratos, mayor cantidad de petróleo contra unas regalías que se reciben en menor número por el País, riesgos compartidos en el negocio, autonomía en la exploración y explotación, exenciones tributarias y sobre todo seguridad jurídica, condición última que nos diferencia enormemente de Países como Venezuela, Ecuador y Bolivia entre otros.

La explotación de hidrocarburos es un asunto que requiere de cuantiosas inversiones y adicionando que se cuenta con posibilidades casi inciertas de obtención de petróleo, concluye en que el Gobierno por sí solo no puede asumir dichos costos. Es así como a lo largo de la historia Colombiana se conoce entre otras, diferentes figuras contractuales como el Contrato de Concesión, Asociación y algunos en los que varía la participación en la producción o el riesgo en exploración y explotación, hasta llegar al modelo actual que es suscrito por la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

1.3.1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

Conocido como el esquema jurídico inicial con el que se explotó en el País los hidrocarburos, algunos autores como Margarita Mena de Quevedo indican que la Concesión Barco fue el primer contrato petrolero de este modelo publicado en el Diario Oficial No. 12.589 el 7 de Marzo de 1906 otorgada al General Virgilio Barco Martínez, y que el segundo sería la Concesión De Mares para la explotación de fuentes de petróleo de propiedad de la Nación, celebrada el 28 de Noviembre de 1905 entre el Ministro de Obras Públicas Modesto Garcés y el Señor Roberto de Mares. Ahora bien precisaremos que el primer contrato de Concesión Petrolera fue en el año de 1886 a favor del escritor Jorge Isaacs, para explotar Aracataca, Sierra Nevada de Santa Marta, La Guajira y el Golfo de Urabá⁸.

A la tarea de obtener su definición, nos encontramos una entregada por José María Córdoba citado por Alejandro Martínez Villegas⁹, donde dice que *“La Concesión es una contrato administrativo, es decir, se rige por la reglas del derecho público y contiene cláusulas exorbitantes o de privilegio para el ente oficial contratante; consecuentemente, las controversias que de él se susciten, caen bajo la competencia del juez contencioso-administrativo; aunque formalmente es un contrato que constituye un acto administrativo complejo dentro del cual caben tanto cláusulas eminentemente contractuales, reguladoras de las prestaciones económicas de las partes, como cláusulas reglamentarias... las primeras son en principio modificables únicamente por acuerdo de las partes y las segundas lo son por decisión unilateral del ente público”*. Mas adelante en el año

⁷. REVISTA SEMANA. Rumbo al “BOOM” Petrolero. Anatomía de una Industria Poderosa y Fascinante. 2011. Pág. 14.

⁸. PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. “Petróleo Presente y Futuro”. Edición 1991. Se entrega una serie de aportes entorno al Sector de Hidrocarburos, encontrándonos con el artículo de Doctor Alejandro Martínez Villegas: “Contratos de Exploración y Explotación en la Industria del Petróleo. Pág. 114.

2004, Edgar Francisco Paris Santamaría¹⁰ señala que *“La típica Concesión es un Contrato Administrativo normado celebrado entre el Gobierno y un inversionista llamado Concesionario, por medio del cual aquel le otorga a este un privilegio para poder explotar los recursos naturales no renovables pertenecientes a la Nación, y a su vez, el inversionista se obliga a pagar una regalía como contraprestación”*.

Ambos aportes permiten enunciar que en un Contrato de Concesión Petrolera, el Estado Concedente propietario de dicho recurso no renovable concede a un Concesionario respecto de largas franjas de terreno y por amplios periodos, el derecho de explorar, explotar, desarrollar, transportar y comercializar Hidrocarburos, recibiendo como contraprestación regalías y el pago de algunos compromisos de orden fiscal. Los elementos contractuales usuales de este tipo de contrato en cuanto a los sujetos que en el intervienen, objeto, términos de duración, regalías, compromisos adicionales y obligaciones en general por el Concesionario según autores como Margarita Mena Quevedo, se pueden consultar el texto de la Concesión de Mares publicada en el Diario Oficial No. 12.589 del 7 de Marzo de 1906, escrito que reflejaría la estructura contractual a futuro implementada en el País para el explotación de Petróleo. Ahora bien, nos parece importante señalar algunos elementos que le son propios a dicha figura.

1.3.1.1. ASPECTOS INTEGRANTES DEL CONTRATOS DE CONCESIÓN PETROLERA:

- Es suscrito entre el Estado Colombiano y un particular nacional o extranjero. En la práctica son Empresas foráneas las que contando con un sólido equilibrio financiero asumen el carácter de Concesionarias. Aquí es importante enunciar que la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-

¹⁰ MENA DE QUEVEDO, Margarita. Jaque Mate a Ecopetrol. 3 R Editores. 2007. Pág. 121. La autora entre otros temas, aporta un interesante análisis del negocio jurídico del petróleo del que nos apoyaremos en la presente monografía. En esta ocasión indicamos que cita a Edgar Francisco Paris Santamaría, quien nos entrega una definición que consideramos ajustada a nuestro objeto de estudio.

994 del 19 de Septiembre de 2001 muestra al Contrato de Concesión Petrolera asimilándolo a socio, argumentando que en éste se asume, de manera conjunta con su cocontratante, los riesgos y costos de la empresa desarrollada. Por supuesto que no compartimos esta tesis, dado que no comporta fuerza vinculante, si se tiene que la estructura misma del negocio jurídico es clara en establecer que los riesgos los soporta el Concesionario, convirtiéndose solo el Estado en beneficiario de resultados exitosos, recibidos de parte del Inversionista.

- El derecho para explorar, explotar, desarrollar, transportar y comercializar Hidrocarburos. Generalmente se establecen periodos de tiempo para cada etapa de acuerdo a programas previos aprobados por el Concedente.
- Una franja de terreno: Generalmente sobre grandes extensiones, donde se realizaran tareas de exploración y estudios de investigación.
- El control y supervisión por parte del Estado en los Campos donde se realiza la búsqueda de Petróleo.
- No hay transferencia de propiedad sobre los derechos del subsuelo.
- Una contraprestación a cargo del Concesionario denominada regalías. La ganancia Colombiana en diferencia con otros Países fue bastante inferior al inicio de la figura. Mientras que nosotros recibíamos entre un 8 y 14 %, Venezuela logró negociar con las Empresas Operadoras el 50 % de participación para el Estado. Estos datos obviamente diremos que obedecen al inicio del modelo de Contrato de Concesión que fue evolucionando.
- La aprobación de suscripción de los Contratos es facultad del Poder Ejecutivo. Para el caso Colombiano vemos como desde 1905 mediante el Decreto Legislativo No. 4 del 10 de Febrero, el Gobierno estaba facultado para conceder permisos de exploración y explotación. En cuanto al perfeccionamiento de los Contratos de Concesión el Consejo de Estado en Sentencia del 20 de Febrero de 1975 con el expediente radicado 953, se refirió a las exigencias del Código de Petróleo, advirtiendo que una vez

suscritos requerían para su validez la aprobación del Presidente de la República, oído el dictamen del Concejo Nacional de Petróleos, y previo concepto favorable del Consejo de Ministros, y la declaración hecha por el Consejo de Estado de que se ajustan a las disposiciones legales, finalizando con la solemnidad de la escritura pública.

Desde el punto de vista jurídico el Contrato de Concesión Petrolera tiene sus antecedentes en el Acto Legislativo No. 34 del 10 de Febrero de 1905, donde se permitió a la máxima autoridad Administrativa de la época, a otorgar permisos para la explotación de yacimientos entre otros recursos, y en ese orden de ideas celebrar acuerdos de voluntades como contratos de explotación, concesiones o arrendamientos. Ahora bien, ya en el aspecto puntual existieron normas como el Decreto 1056 del 20 de Abril de 1953, en cuyo Capítulo III Artículos 21 al 33, entrega un marco jurídico para los Contratos de Exploración y Explotación, donde si bien no se enuncia taxativamente el Contrato de Concesión ya citado, si entrega elementos que le son propios a dicha figura.

La Ley 10 del 16 de Marzo de 1961, en su artículo 6, modifica el artículo 22 del Código de Petróleos planteando que podrá otorgarse Concesiones de Petróleos y autorizarse traspasos a empresas privadas en que tengan intereses económicos Gobiernos extranjeros, con exigencias particulares como la celebración previa de un tratado o convenio internacional en que el respectivo Gobierno renuncie a cualquier intervención por causa de los referidos contratos, expresa renuncia contractual de la entidad o compañía contratante a toda clase de reclamación diplomática, por causa del contrato respectivo y siempre que dicha renuncia esté debidamente autorizada por el órgano estatutariamente competente y una declaración en que la Compañía hará expresa su voluntad de someterse a la jurisdicción de los Tribunales Colombianos y a las leyes del país. Señala igualmente que los Concesionarios podrán hacer traspasos parciales de sus contratos o derechos con la aprobación del Gobierno y de acuerdo con los requisitos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias. En tal caso

cedente y cesionario serán solidariamente responsables ante el Gobierno por las obligaciones del contrato.

Lo que se enunciaba por aquella época como “traspasos”, es conocido jurídicamente como Contrato de Cesión, siendo bastante usual y con regularidad utilizado en nuestro actual contexto. Por lo cuantioso de las inversiones para encontrar Petróleo, es normal que titulares de Bloques ante la Agencia Nacional de Hidrocarburos celebren acuerdos privados en tal sentido y posteriormente tramiten frente a esta autoridad administrativa la formalización de Cesión de Participación. Algo que siempre ha preocupado a los legisladores, es lo concerniente a la solidaridad, garantizando con esto la seriedad de proponentes y buscando concretar el interés del Estado Colombiano, lo que se advierte en una norma como lo que enunciamos, que hoy continua en el actual modelo de Explotación y Explotación de Hidrocarburos.

Por último citaremos el Decreto 1348 de 1961 que reglamenta la Ley 10 de 1961, en donde además de hablarse del registro de los actos y contratos para la explotación de hidrocarburos, establece obligaciones que tienen que ver con la reversión de dichos acuerdos de voluntades al Estado, contiene requisitos para aceptar prórroga del tiempo de exploración y señala las condiciones para predicar cuando administrativamente se considera que una Concesión entra en período de explotación.

Con el tiempo se empezó a encontrar que la figura requería bastantes trámites al interior del Estado y no generaba un contexto atractivo que para los inversionistas extranjeros, convirtiéndose en un mecanismo no eficiente en el Sector. Es así como era pertinente que el País recibiera un mayor ingreso de lo obtenido con la explotación petrolera y se incentivara la exploración de campos. Como lo indica Alexander González Peña¹¹ *“Desde la Concesión de Mares y las siguientes*

¹¹ GONZALEZ PEÑA, Alexander. Tesis de Grado. “El Contrato de Asociación en el Sector Petrolero. Evolución, Características y Perspectivas. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 2003.

otorgadas en adelante existió un común denominador consistente en la inoperancia de este mecanismo para lograr el fin último que era la obtención de pozos y campos rentables para el País. Inoperancia reflejada en el trámite que debían surtir las solicitudes de exploración, lentitud en su otorgamiento, y la documentación y verificación topográficas hacían del sistema de concesión una modalidad contractualmente lenta e ineficiente para incentivar la exploración en Colombia. Agrega el autor que el Sistema de Concesión a comienzos del Siglo XX mostró un estrecho margen de autonomía de Colombia para negociar, con bajas regalías, bajos impuestos y deducciones importantes para las Compañías, otorgadas por largos periodos sobre varias zonas del territorio Nacional y con la facultad ilimitada al Cesionario para la planeación y ejecución de sus inversiones, lo que implicó un disminuido ritmo exploratorio". Con la posibilidad de ampliar los plazos de explotación de las Concesiones, en un modelo que no aportaba para entonces campos con reservas ni la dinámica requerida en la industria, donde además los pocos beneficios para la Nación eran evidentes, añadiéndose entre otros aspectos como un error evidente del Sistema Contractual imperante que las Compañías privadas tuvieran el control total sobre las actividades petroleras; dicho esquema jurídico de explotación de hidrocarburos que en Colombia que estuvo vigente desde 1921, finalizó con la llegada a la Presidencia de López Michelsen mediante el Decreto Legislativo 2310 de 1974, cuyo Artículo 1 señaló: "Con excepción de los contrato de concesión vigentes a la fecha de expedición del presente decreto, la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos a los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras".

Págs. 23 y 24. Se observa en este documento consideraciones en torno a lo que representó para el País el cambio del modelo contractual de Concesión al de Asociación.

1.3.1.2. REVERSIÓN.

Anotando, como el Contrato de Concesión finalizó con el Decreto Legislativo 2310 de 1974, consideramos importante referirnos finalmente a la figura de la reversión.

Es entendida como un acuerdo de voluntades, según el cual al finalizar la explotación o concesión, los elementos y bienes que pertenecen a la esta, pasan a propiedad del Contratante, sin que se predique determinada compensación, para continuar la actividad de explotación, sin requerir la implementación de otra estructura. Aunque diremos que es utilizado el término gratuidad para describir una de sus características; el componente de un plazo pactado en el que se permite la recuperación de la inversión hace que nos apartemos de esta.

Las normas que mencionaron inicialmente este tema fueron la Ley 37 de 1937 en el artículo 25 así: *“Terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos, y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa”*, y posteriormente fue consagrada por los Decretos 805 de 1947 artículos 106 y 107 y el Código de Petróleos en el (art 33).

Pocos autores han escrito sobre la reversión, pero sí las altas Cortes han venido señalado algunas precisiones que vemos útiles de citar. Un primer ejemplo lo tenemos en una Sentencia del Consejo de Estado,¹² que conoció de una demanda de la Sociedad Antex Oil & Gas Company Inc., en contra de la Nación teniendo como base un Contrato de Concesión. En dicha providencia se indica que teniendo en cuenta la naturaleza especial de dicho acto jurídico, existen unas cláusulas que son de la esencia del mismo, como son la reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, las cuales deben entenderse incitas en el contrato,

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de Junio de 1994. Radicado 5729 Magistrado Ponente Dr. Daniel Suarez Hernández.

reconociendo que no es requisito sine qua non el expresarla formalmente. Un Segundo aporte lo entrega la Corte Constitucional en un fallo¹³, donde examina el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 reconociendo en sus términos que la obligación de reversión en favor del Estado no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre el Gobierno Nacional y el contratista, sino que se origina de la ley que rige el contrato, la cual dispone la reversión a título gratuito del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista una vez extinguida la concesión. Adicionalmente señala que la razón de ser del interés del legislador, está en que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que se representa en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que los Colombianos tienen derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales. Finaliza la Corte reconociendo que el valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato, situación que no sucede con la expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previo el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna.

1.3.2. EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN.

Aparece en el contexto Colombiano, en el mandato del Presidente Carlos Lleras Restrepo con la Ley 20 de 1969, cuyo artículo 12 establecía: *“El Gobierno podrá declarar de reserva nacional cualquier área petrolífera del país y aportarla, sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote y administre directamente o en asociación con el capital público o privado nacional o extranjero”*. Fue

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 250 del 6 de Junio de 1996. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

reconocido como el modelo oficial por Alfonso López Michelsen para la exploración y explotación petrolero con el Decreto Legislativo 2310 de 1974, Artículo 1: *“Con excepción de los contratos de concesión vigentes a la fecha de expedición del presente Decreto , la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Los contratos que celebre la Empresa en virtud de lo dispuesto en este artículo requerirán para su validez se aprobados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía”*. Se observa de la lectura de la norma la viabilidad a otras figuras jurídicas, que permitirían a lo largo de los años el desenvolvimiento del sector de hidrocarburos.

En interés por señalar la definición del Contrato de Asociación, el mencionado artículo entra por lo menos a establecer su construcción, y sin mayores tecnicismos podemos aceptar lo propuesto por Maria del Pilar Cruz Suarez¹⁴, al afirmar que es un acuerdo entre Ecopetrol S.A. y la asociada para la exploración de un área determinada y la explotación de petróleo de propiedad de la Nación, compartiendo en una misma proporción costos, riesgos y con una participación sobre lo producido. Podría asimilarse a los Joint Venture, y descrito como una relación especial entre personas que se unen para realizar uno o varios proyectos sin constituir entre ellas una sociedad¹⁵. Agregamos que autores como Lisandro Peña Nossa los clasificaría dentro de los contratos de colaboración Empresarial. Desde una óptica técnica José Fernando Isaza citado por Margarita Mena Quevedo en su libro Jaque Mate a Ecopetrol define la asociación como un

¹⁴ CRUZ SUAREZ, Maria Del Pilar. Contratación Atípica en la Industria Petrolera Colombiana. Tesis de grado para obtener el título de abogada. Universidad Externado de Colombia. 1997.

¹⁵ MANTILLA ESPINOSA Fabricio y TERNERA BARRIOS Francisco. Los contratos en el Derecho Privado. Se entrega en este libro un artículo de Juan Caro Nieto, titulado “Las Joint Venture”. Editorial Legis. Primera Edición 2007Pág. 1043. Se entrega por el escritor una definición que identifica el contrato de asociación.

contrato de riesgo en la fase exploratoria y una operación conjunta en su etapa de desarrollo.

1.3.2.1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN:

- Su fuente normativa la encontramos en los Decretos 2310 de 1974, 2782 de 1989, 1093 de 1990, éstos últimos donde se plantean modificaciones al modelo utilizado, posteriormente declarados nulos por el Consejo de Estado el 3 de Febrero de 1994 y el Decreto 0743 de 1975. La Ley 80 de 1993, en su artículo 76, pronunciándose sobre los contratos de exploración y explotación de recursos naturales, señala que continuarían rigiéndose por su régimen especial, permitiendo que entidades como Ecopetrol determinarían sus propios preceptos de selección de los contratistas, cláusulas excepcionales en los acuerdos de voluntades, cuantías y lo relativo a trámites.
- Por los sujetos que en el intervienen: Para la fecha de su aparición normativa, diremos que son lo que es hoy Ecopetrol S.A. y la parte asociada por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. De la Empresa Ecopetrol su origen legal se centra en la Ley 165 de 1948 y en los Decretos 0030 de 1951, 62 de 1979, 1209 de 1994 y 2933 de 1997. Dado el alto de las inversiones requeridas y el grado de responsabilidad, son casi nulos los contratos en la materia con personas naturales y si se quiere también con personas jurídicas nacionales. En la actualidad es común ver este tipo de alianzas estratégicas, tanto entre entes privados como los públicos con aquellos; dejando claridad sobre todo en el grado de responsabilidades que las obligaran, los derechos de las mismas y el manejo administrativo entendido, en sus relaciones con el Estado

Colombiano. Respecto a la toma de decisiones las partes conforman con sus representantes un Comité Ejecutivo.

- Frente a su perfeccionamiento se requería la formalidad la Escritura Pública y para su eficacia era menester la aprobación del Ministerio de Minas y Energía. Respecto a la discusión de su clausulado pocas posibilidades se tenían, toda vez que su suscripción obedecía al esquema jurídico establecido por Ecopetrol, asimilándose tal dinámica a la del derecho laboral, donde los estudiosos lo clasifican como acuerdos de adhesión. Se incluían aspectos como área contratada, suministro de información durante la exploración, garantía de cumplimiento, vigencia, manejo de contabilidad, cuenta conjunta entre otros.
- La vigencia no podrá ser superior a 31 años con un periodo inicial de exploración y otro de explotación. Sobre la posibilidad de prorrogar los Contratos de Asociación el Consejo Nacional de Política Económica y Social¹⁶ recomienda en el año 2003 que respecto a la finalización de estos, no exista una determinación teniendo en cuenta la fecha sino el límite económico de los campos. Para tal efecto citó el Concepto No. 1.149 del 31 de Julio de 2003 del Consejo de Estado donde dicha Corporación indico *“Desde luego es posible y así esta contemplado en la legislación vigente, extender un contrato de asociación. En efecto, cuando la ley faculta a la Junta Directiva de Ecopetrol a celebrar cualquier clase de contrato distinto al de concesión de petróleos, para realizar las actividades exploratorias y de explotación, la esta facultando también para que lo haga a través de la prórroga de los contratos celebrados...”*
- En cuanto las obligaciones emanadas del dicho negocio jurídico, se tiene que para Ecopetrol solo eran exigibles en un 50 % una vez se verificará la

¹⁶ CONSEJO NACIONAL DE POLITICA ECONOMICA Y SOCIAL. Conpes No. 3245. “Extensión de Contratos de Asociación”. Bogota D.C., 15 de Septiembre de 2003.

existencia de un campo comercial y no antes, salvo la de no entregar área contratada en otro acuerdo de voluntades. En el Decreto 1895 del 15 de Septiembre de 1973 se vislumbra lo que en medio actual del petróleo se identifica como campo comercial “Área en cuyo subsuelo existe o hay indicios de que existan uno o más yacimientos”. De otro lado, no podemos dejar de cuestionar el alcance de la responsabilidad de Ecopetrol, generándose el interrogante de hasta dónde podría llamarse Contrato de Asociación, en el que los riesgos solo los asumía la otra parte inicialmente.

1.3.2.2 ETAPAS DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN.

Se tienen básicamente dos, como lo son la de exploración y explotación.

El periodo de exploración con un término de tres años y con posibilidad de prórroga por otros tres más, es considerado como aquel donde tiene lugar todas a las actividades cuyo fin es encontrar el petróleo y que pudiera tenerse una declaratoria de comercialidad. Los trabajos de exploración son por cuenta y riesgo de la Empresa Asociada, con el la posibilidad jurídica del desistir del Contrato. Las obligaciones se tornan por lo general en periodos anuales, en el que el inicio lo destacan los trabajos de sísmica y en los posteriores la labor con taladro.

Entre los compromisos en esta fase se encuentran: Recopilar datos de la región objeto del contrato, cartografía, estudios geológicos, sísmica, capacitación a trabajadores de Ecopetrol, obligaciones de orden ambiental direccionadas a la conservación y restructuración de las zonas donde realizan labores e informar sobre la comercialidad del campo.

La etapa de explotación inicia cuando Ecopetrol acepta la comercialidad del campo. El término de vigencia es de 22 años con posibilidad de prórroga hasta 5 años más. Los rasgos esenciales del contrato de asociación en dicho periodo plantean la operación conjunta en proporción al 50 %, lo mismo que los beneficios,

posterior a la deducción de regalías que en porcentaje para la época era de un 20 %.

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las fases del Contrato de Asociación, mostrando que es en esencia de riesgo en la etapa exploratoria y de operación conjunta en su fase de desarrollo. Señaló que durante el período de exploración, la empresa asociada asume todos los costos y riesgos de dicha actividad, por lo que radica en cabeza suya el control total y exclusivo de la misma. La asociada entonces, invierte recursos económicos, técnicos y humanos propios en las operaciones de búsqueda del crudo, sin tener certeza de encontrarlo o de que el hallado sea comercializable. Es pues una fase de riesgo dentro de la ejecución del contrato, ya que en el evento de que no se halle el recurso o de que el pozo encontrado no resulte explotable, la asociada asume en forma individual las pérdidas por los gastos e inversiones incurridas; pero si por el contrario, la exploración resulta positiva y la persona o empresa contratante acepta la comercialidad del yacimiento, esta última le reembolsa a la asociada un porcentaje determinado, por lo general el 50%, de los costos e inversiones en que incurrió hasta ese momento. A partir de ahí se inicia la operación conjunta donde, como su nombre lo indica, los costos y riesgos para obtener éxito en la actividad corren por cuenta de ambas partes, es decir, éstas comparten los costos pasados y futuros, de acuerdo con las proporciones pactadas en el contrato. Finalmente, la fase de distribución de los beneficios obtenidos con la producción, también está sujeta a la voluntad de las partes contratantes¹⁷.

De las implicaciones y beneficios que en su momento representaron al País los Contratos de Asociación, Gabriel Francisco Cerón Ayala¹⁸ escribió que le dieron

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 994 del 19 de Septiembre de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria. Es un fallo de donde se verificó la constitucionalidad de los artículos 1 parcial, y 2 del Decreto Legislativo 284 de 1957, adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961. Encontramos un pronunciamiento respecto al Contrato de Asociación y sus principales características.

¹⁸ UNIVERSIDAD JAVERIANA. “Petróleo Presente y Futuro”. Edición 1991. Artículo de Gabriel Francisco Cerón Cala: “ El Contrato de Asociación”. Pág. 105.

buena imagen en el mundo petrolero, aumentaron las reservas, implicaron ahorro de divisas contando que el 60 % de la producción por asociación es manejado por Ecopetrol, a precios de costo y estimularon la existencia de campos.

1.3.2.3 MODIFICACIONES AL CONTRATO DE ASOCIACIÓN.

El objetivo en este aparte no es realizar un estudio complejo de las diferentes modalidades jurídicas en las que se fue transformando el Contrato de Asociación, sino básicamente plantear algunas consideraciones para llegar a lo que es el actual acto de voluntades que se suscribe con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Partiendo del Contrato de Asociación y las modificaciones que a lo largo de los años de este se presentaron, los autores como Margarita Mena Quevedo y Alejandro Martínez Villegas, suelen hablar de:

- Solo riesgo en asociación: Se inicia cuando Ecopetrol le indicaba a la Empresa Asociada que no aceptaba la comercialidad del campo. El esquema contractual estaba diseñado para que la quien asumía el riesgo tendría derecho a ejecutar trabajos en el campo y reembolsarse el 200 % menos las regalías. En su artículo "*Contratos de exploración y explotación en la industria del petróleo*", Martínez Villegas indica que a diferencia del contrato de asociación, en el cual la asociada hace las veces de operadora durante la vigencia del acuerdo, en esta forma jurídica la asociada lo es hasta el quinto periodo de explotación, facultándose en eso momento a Ecopetrol la posibilidad de disponer sea de un tercero o ella misma, quien lleva a cabo las operaciones, si advierte que la asociada no las maneja correctamente.

- Participación de riesgo: Aquí Ecopetrol invertiría el 15 % en la etapa de perforación y a partir del segundo pozo exploratorio o tercer año del contrato, obteniendo un mayor porcentaje en la producción.
- Riesgo compartido: El aporte de la Petrolera Nacional es del 50 %, siendo utilizada dicha modalidad para proyectos pequeños y medianos campos de crudo y gas.
- Exploración y explotación de campos menores: Implementándose para campos descubiertos no desarrollados e inactivos llamados campos menores. Por los costos mínimos de inversión, se pretendía con estos recuperar pequeñas cantidades de producción.
- Producción incremental: El mismo Decreto 3176 del 20 Diciembre de 2002 en su artículo 1 señala: *“5. Son todos aquellos contratos que celebre Ecopetrol con el objetivo de obtener Producción Incremental en campos en explotación. El área de un Contrato de Producción Incremental podrá involucrar más de un campo, caso en el cual, para efectos de liquidación de regalías se definirá la Curva Básica, la Producción Básica y la Producción Incremental individualmente por cada campo”*. En la misma norma se pueden encontrar algunas definiciones como factor de Recobro, curva básica de producción y campo descubierto no desarrollados.

1.3.3. ÚLTIMOS MODELOS CONTRACTUALES.

El actual Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos conocido como E&P de la ANH y el de Evaluación Técnica, son resultado del Decreto 1760 del 26 de Junio de 2003, donde se crea la Agencia Nación de Hidrocarburos, a la que se otorgó la función de administrar las áreas petroleras de la Nación, y con facultades para asignarlas a ser exploradas y explotadas. En palabras de Maria Ximena

Phillips y Silvia Patiño¹⁹, con esta norma tuvo lugar dos cambios fundamentales pretendidos por el Gobierno como lo fueron cambiar el rol combinado de empresario y regulador de Ecopetrol, y como segundo elemento el abolir el Contrato de Asociación.

En ese orden de ideas el numeral 5.1. del artículo 5 de tal precepto, autoriza a esta autoridad administrativa a celebrar los actos jurídicos: *“Administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación”*. El citado numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 511 del 25 de Mayo de 2004.

A su vez el numeral 5.3 dice *“Diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, y las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen”*.

Llega posteriormente el Decreto 4137 del 2011 publicado en Diario Oficial No. 48.242 del 3 de Noviembre, cuyo artículo 4 subroga²⁰ el numeral 5 del Decreto 1760 de 2003 en los siguientes términos: *“Numeral 3. Diseñar, promover, negociar, celebrar y administrar los contratos y convenios de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, con excepción de los contratos de asociación que celebró Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003, así como hacer el seguimiento al cumplimiento de todas las obligaciones previstas en los mismos....”*, ratificado en el numeral 4. *“Asignar las áreas para exploración y/o explotación con sujeción a las modalidades y tipos de contratación que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH adopte para tal fin”*. Recordaremos que

¹⁹ TESIS DE GRADO. Maria Ximena Phillips y Silvia Patiño. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. “Cuestiones en torno a la expedición del Decreto 1760 de 2003 y a la introducción de la cláusula de mejores condiciones en los Contratos de Asociación Petrolera”. 2006. Pág. 26.

²⁰ HERMENEUTICA JURÍDICA. Curso de capacitación para jueces de la República. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogota D.C. Noviembre de 1988. Página 58. Se entrega una definición de Subrogación en los siguientes términos: “Consiste en la sustitución de un texto legal integro por otro”. Agrega en que el órgano competente para derogar una norma es el mismo poder que la dictó, agregando que una norma jurídica cualquiera puede ser derogada por otra norma dictada por un poder jerárquicamente superior, con facultades para hacerlo.

con el documento Conpes 3245 del 15 de Septiembre de 2003, se consideró la ampliación de los Contratos de Asociación hasta su límite económico, mencionándose en otro escenario normativo que con la creación de la ANH, su Consejo Directivo, sería quien aprobaría las modificaciones a los contratos de exploración y explotación vigentes que suscribiera Ecopetrol hasta el 31 de Diciembre de 2003 tarea regulada mediante el Decreto 2288 del 15 de Julio de 2004. La actual Ley del 2011, reconoce una lógica que consideramos acertada, toda vez que debió haber continuado para la Empresa Colombiana de Petróleos su liderazgo²¹, respecto a la vigencia de los Contratos de Asociación suscritos por esta y sus modificaciones, aun contando con la escisión que tuvo lugar con la preceptiva del 26 de Junio de 2003. El Decreto 4137 del 2011 tácitamente reconoce el direccionamiento de Ecopetrol en los contratos celebrados hasta el 31 de Diciembre 2003.

Inicia el Acuerdo No. 008 del 3 de Mayo de 2004, adoptado por el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, dando no solo la posibilidad de suscripción de Contratos de Exploración y Explotación y Contratos de Evaluación Técnica, sino también dejando la posibilidad de firmar otros modelos jurídicos, conservando la gran parte del desarrollo conceptual del Contrato de Asociación. Es relevante citar un oficio que en el año 2011 remite el Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía Julio Cesar Vera Díaz al Senador Jose Enrique Robledo²², donde se reporta un total de 333 Contratos firmados por la ANH

²¹El liderazgo al que hacemos referencia en este aparte, quiere significar que por tratarse de Ecopetrol como parte fundamental del Contrato de Asociación, es a esta a quien corresponde desde un comienzo decidir la extensión de los mismos, y no trasladar sus facultades a otros entes en virtud de normas como los Decretos 1760 de 2003 y 2288 de 2004. Concluimos así que la figura de Juez Natural de la que habla Hernando Devis Echandía en su Compendio de Derecho Procesal es totalmente válida para ratificar lo que queremos significar. Refiere el autor cuando habla del principio de juzgamiento por los jueces naturales “Cuando lo investigado y juzgado sea un ilícito penal común, es decir, regulado por el Código Penal sustancial ordinario, o uno de naturaleza política, sus investigadores y juzgadores deben ser, siempre los que establezcan el Código de Procedimiento Penal ordinario, jamás por investigadores y justicia militar, la cual debe ser exclusivamente para los ilícitos militares o castrenses.

²² Respuesta a Derecho de Petición. El Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía Julio Cesar Vera Díaz responde al Senador Jose Enrique Robledo preguntas sobre la suscripción de Contratos E& P firmados por la ANH desde su creación, Empresas nuevas que han firmado contratos, campos descubiertos,

de los cuales 253 corresponden a E&P mediante los esquemas de Contratación Directa, Contratación por Proceso Competitivo y Solicitud de Ofertas, 80 restantes a Evaluación Técnica.

1.3.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS.

- Es un Contrato Estatal que cuenta con su propia regulación, la cual es establecida por la ANH²³.
- Se distinguen tres etapas: El periodo de exploración en seis años, dividido en fases sucesivas con prorrogas hasta de cuatro años, sujeto a un programa adicional de exploración y a la devolución parcial del área. Descubrimiento y evaluación por dos años si el contenido del programa de evaluación incluye la perforación de pozos de exploración, o por un año en los demás casos, con la posibilidad de un año adicional para perforación de pozos exploratorios no previstos en el programa de evaluación, y por dos años adicionales en caso de que el descubrimiento sea gas natural no asociado o de hidrocarburo líquido pesado. Posteriormente la Empresa Operadora presenta a la ANH una declaración escrita e incondicional de explotar o no comercialmente el descubrimiento. A partir de allí se tiene el descubrimiento como un campo comercial y se inicia la etapa de explotación por veinticuatro años, entendido ahora el término con la posibilidad de vigencia hasta el límite económico del campo comercial.
- Los costos en cuanto al control y la estrategia del Contrato, así como todos los riesgos de la operación son por cuenta de la Compañía Operadora denominado en la minuta con Contratista. La ANH no genera ningún aporte, simplemente se limita entre otras actividades a otorgar prorrogas en fases

valores recibidos por la ANH e inversiones realizadas por la esta. Los datos entregados en dicho escrito son con corte a 16 de Marzo de 2011.

²³ CARTA PETROLERA No. 108 Abril - Mayo. El abc del nuevo contrato. Ecopetrol S.A. 2004.

exploratorias, aprobación de cesiones, visitas a campos y verificar el cumplimiento de las obligaciones del Contrato a través de la realización de inspecciones y auditorias.

- En cuanto a las prestaciones económicas recibidas por las partes, a la ANH no le corresponde porcentaje en los hidrocarburos producidos, salvo lo concerniente a regalías, derechos por uso del subsuelo, derecho por precios altos y impuestos. Una vez deducido lo dicho, el resto pertenece en su integridad al Contratista, incluyendo las facilidades. La participación Estatal se reduce al 50 por ciento.
- Existe libertad para el Contratista, en temas como la definición del programa de trabajo, conducción de las operaciones bajo su propio riesgo y costo y selección de subcontratistas.
- Los activos que se generen con ocasión de la explotación del petróleo son del Contratista. En caso de terminación del Contrato antes que el yacimiento se agote, existe transferencia de activos esenciales incluyendo fondo, garantías ambientales y de abandono.
- En cuanto a las regalías citaremos Juan Benavides²⁴ quien señala que son escalonadas, empezando en el 5 % para campos hasta de 5 mboed, subiendo linealmente hasta el 20 % para tamaños de campos entre 5 y 125 mboed, permaneciendo en el 20 % para campos entre 125 y 400 mboed, subiendo linealmente hasta el 25 % para tamaños de campos entre 400 y 600 mboed, y finalmente permaneciendo en el 25 % para campos con reservas mayores a 600 mboed. Agrega el autor que se descuentan a los hallazgos de gas, tanto en continente como costa afuera, y a los campos de crudos pesados.

²⁴ ECOPETROL. Energía limpia para el futuro. 60 Años. Editorial Villegas Editores. 2011. Pág. 541. Aquí el Profesor de la Universidad de los Andes participa en unos de los Capítulos del libro denominado “De los Contratos de Asociación a los Contratos de Concesión en Colombia: La perspectiva económica”. Se entrega un interesante aporte de la reforma que tuvo lugar en el año 2003 que concluyó con la reforma institucional con el fin de aumentar las reservas del País, incluyéndose la modificación de la naturaleza y gobierno corporativo de lo que conocemos hoy como Ecopetrol S.A.

- Otro de los Componentes que siempre ha interesado al Estado Colombiano en los Contratos de Explotación Petrolera, son las obligaciones de carácter social que deben asumir las Empresas Operadoras, las cuales se conservan en la minuta que se suscribe, donde el Contratista debe identificar los factores críticos para la ejecución del Plan de Explotación como son los ambientales, sociales, económicos, logísticos y las opciones para su manejo. De igual forma se encuentra la transferencia de tecnología, exigiéndose la realización de programas de capacitación y proyectos de investigación, relacionados con la industria petrolera ya sea en áreas técnicas, ambientales, legales o comerciales.

1.3.3.2. PROCESO DE SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS:

Los Contratos suscritos entre la Agencia Nacional de Hidrocarburos y las Empresas operadoras son el resultado de un proceso de adjudicación de tierras que tiene lugar en consonancia con las normas de contratación estatal, en especial lo que se refiere a licitación pública. Sobre esto citaremos un estudio del Instituto Unidad de Investigaciones de la Universidad Nacional²⁵, el cual hablando de la temática, escribe que el proceso se inicia con la publicación de los términos de referencia, así como del mapa de tierras aplicable según la ANH. Posterior a lo dicho, los interesados deben presentar las propuestas, que se deben ajustar al Acuerdo 008 y a las particularidades de los términos de referencia. Se continúa con la publicación de las Empresas habilitadas para participar en la licitación, iniciándose el escenario de negociación que cuenta con audiencia pública que tiene lugar en la modalidad de una ronda de negocios. Se finaliza con aprobación del proyecto por parte de la Junta Directiva de la ANH y la correspondiente firma.

²⁵ UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE BOGOTÁ D.C. Petróleo y Conflicto en el Gobierno de la Seguridad Democrática 2002 – 2010. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Agosto de 2011. Pág. 124.

Es interesante describir el cuadro utilizado por el citado grupo académico para mostrar el proceso de adjudicación de bloques, que inicia con la recepción y radicación de la propuesta en sobre cerrado, con la consiguiente verificación del contenido analizándose cuatro aspectos como lo son la capacidad para contratar y jurídica, técnica, operacional y financiera. Una vez se cuente con la aprobación se procede a la verificación de coordenadas y del programa exploratorio. Se pasa luego a la aprobación de la propuesta admitida con el siguiente trámite de negociación hasta llevar a la aprobación del órgano directivo y la firma del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

Por último no podemos dejar de referirnos a la Resolución 181495 del 2 de Septiembre de 2009 del Ministerio de Minas y Energía por la cual se establecen medidas en materia de exploración y explotación de hidrocarburos, convirtiéndose en fuente de obligatoria consulta para dar cumplimiento a los Contratos con la Agencia Nacional de Hidrocarburos. La enunciada describe un amplio número de definiciones entre las que nos parece importante citar la que corresponde a las *“Buenas Prácticas de la Industria de Hidrocarburo”* utilizada en la mayoría de los Contratos del Sector. Es entendida de conformidad con este acto administrativo como operaciones, procedimientos, métodos y procesos seguros, eficientes y adecuados, implementados para la obtención del máximo beneficio económico en la recuperación final de reservas de hidrocarburos, la reducción de pérdidas, la seguridad operacional, la protección del medio ambiente y de las personas, en el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Entre otros tópicos se advierten en dicho canon lo correspondiente a las actividades de perforación, permisos, terminación de pozos, taponamiento y abandono, pruebas extensas, producción, control de yacimientos, desmantelamiento de construcciones e instalaciones y los informes ante el Ministerio del ramo.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL SECTOR PETROLERO.

Habiendo planteado a largo del presente escrito los diferentes modelos jurídicos utilizados por parte del Estado Colombiano para la explotación de hidrocarburos, se dedicará este Capítulo a los Contratos de Prestación de Servicios, a través de los cuales las Empresas Operadoras o en calidad de Contratistas ante la Agencia Nacional de Contratistas, perfeccionan sus cometidos en el Sector Petrolero.

Conociendo que existen varias formas de contratación como ofertas mercantiles, ordenes de servicio, mandatos, suministro de materiales, contratos de obra, arrendamiento de equipos, acuerdos de cooperación conjunta entre otros; se direccionará esfuerzos con destino a la figura del Contrato de Prestación de Servicios y planteando algunos aspectos considerados de relevancia para su buen desarrollo.

Por la naturaleza de los Contratos que se suscriben con la ANH, las Empresas operadoras optan siempre acudir a sondeos de mercado, concursos, solicitudes de ofertas o licitaciones, donde se plantea un listado de condiciones que incorporados como anexos, incluyen aspectos de confidencialidad, condiciones técnicas, requerimientos de personal, recursos disponibles a utilizar y/o cuadro de tarifas, normas de seguridad industrial y salud ocupacional, exigencias ambientales y sociales, indicadores de desempeño, alcances del servicio, términos de referencia y la minuta del contrato a suscribir, esta última de la cual miraremos el clausulado más utilizado para detenernos en algunos temas que considerados relevantes. Se partirá de una característica esencial que describe la mayoría de los negocios jurídicos en éste área de la economía, como lo es que básicamente se trata de Contratos de Adhesión. En palabras de Lisandro Peña Nossa²⁶ son

²⁶ PENA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Universidad Católica de Colombia. Segunda Edición. ECOE Ediciones. 2006. Páginas 99-100.

aquellos que se forman mediante la imposición de su contenido por parte de quien ostenta la posición fuerte en el contrato, la que determina las condiciones del mismo sin que la parte débil tenga la posibilidad de discutir o modificar tales condiciones. Agrega el autor, que en esta clase de contratos se conserva la libertad de contratación, es decir de celebrarlo o no, pero no la libertad contractual, entendida como la posibilidad de que las partes de manera concertada negocien los términos del contrato.

Bajo el supuesto de poder ostentado por Contratantes, se imponen cláusulas que colocan al Contratista en seria desventaja, siendo aceptadas al momento de suscribir los acuerdos, pero bajo cualquier lógica son abiertamente lesivos a sus intereses y mirados desde otra óptica parecieran una perfecta burla a las instituciones jurídicas del País. Con lo dicho tendríamos un sentir utópico, en el que la intervención del Estado a través de la Agencia Nacional de Hidrocarburos sea una constante, sancionando estructuras obligacionales que pretendan eludir el Compromiso de quienes explotan Petróleo en Colombia.

2.1. CLAUSULAS INEFICACES, NULIDAD ABSOLUTA Y ABUSO DEL DERECHO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.

Las Empresas Petroleras en aras a la satisfacción de sus intereses económicos, suscriben contratos en los que se busca trasladar riesgos a un contratista independiente, construyendo un complejo esquema obligacional tendiente a producir efectos jurídicos entre los firmantes; contando que en algunos casos tales expectativas no se colman, y lo que creían exoneraría su responsabilidad, los vincula como parte solidaria. Los autores coinciden en señalar que los efectos perseguidos para los contratos en general, no se concretan en algunos casos dado que el negocio respectivo carece de solemnidades legales o elementos esenciales, o porque los intervinientes no están facultados en debida forma, o porque el consentimiento declarado se encuentra viciado, o porque falta un

determinado requisito de publicidad que ponga en conocimiento de terceros la relación obligacional correspondiente o porque va en contra del orden social o jurídico. Básicamente el escenario para las compañías del sector de hidrocarburos sería el último citado, dando por hecho que cuentan con expertos profesionales del derecho que asesoren en tópicos como las facultades para obligarse o los vicios del consentimiento. El contravenir el aspecto social o jurídico, llama la atención en temas como los laborales, ambientales, manejo con las comunidades o compromisos ante la ANH entre otros.

Se hablará entonces de los conceptos de ineficacia, nulidad absoluta y abuso del derecho en los negocios jurídicos del ramo de los hidrocarburos, mostrando algunos ejemplos de construcciones que consideradas como tal, pueden predicar cualquiera de las tres condiciones anotadas, siendo extractados de negociaciones entre Empresas Operadoras y Compañías Prestadoras de Servicios, aclarando que se omitirán nombres y datos de ubicación e identificación.

La ineficacia consiste en que el acuerdo de voluntades no produce los efectos a que esta llamado, por determinado obstáculo originado en el concurso de los intervinientes. En términos del artículo 897 del Código de Comercio: *“Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*.

A su vez la misma norma en el artículo 899 refiere como causales de nulidad absoluta: *“Cuando contraria una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, cuando tenga causa u objeto ilícito y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”*.

Del abuso del derecho nuevamente citamos a Lisandro Peña Nossa, indicando que esta clase de comportamientos irregulares lo suministra el llamado poder de negociación, por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado

contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada por acción por omisión, con detrimento de la contratación.

La cláusula abusiva se distingue de la cláusula ilegal. La cláusula ilegal es aquella que se encuentra prohibida por el ordenamiento, independientemente de que el contrato se celebre entre dos personas que negocian sus estipulaciones o que el contrato sea pre elaborado para ser usado en múltiples transacciones. Por el contrario la cláusula abusiva es aquella que la ley permite incluir en un contrato, pero que no es aceptable cuando se trata de contratos pre elaborados por una parte para ser usados en múltiples relaciones.

Conviene igualmente citar a la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil²⁷ al señalar las características de las cláusulas abusivas así: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

2.1.1. EJEMPLOS:

- *“Si por efecto de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo adicionen o reformen, el Contratante resultare condenado*

²⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de Febrero de 2001. Expediente 5670. Magistrado Ponente Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

judicialmente a pagar cualquier suma de dinero a favor de uno o varios de los empleados del Contratista o sus Subcontratistas, el Contratante podrá descontar dicho valor de cualquier suma que adeude al Contratista. En su defecto el Contratista reembolsará al Contratante, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de pago que hubiere realizado, la suma desembolsada por el Contratante en razón a este concepto”.

La primera pregunta que nos surge aquí es ¿será que la actividad a contratar es ajena al flujo normal de los negocios del Contratante?. Como respuesta tendríamos que decir que no, y prueba de ello lo representa el que en la mayoría de las demandas de orden laboral, se dirigen tanto frente al Contratista como ante quien se benefició del servicio. La inferencia a la que llegaremos aquí, sería que una cláusula en dicho sentido contraviene el ordenamiento jurídico.

- *“Cuando por decisión judicial o por mandato legal, eventualmente se determine que el Contratante es responsable solidariamente del pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y/o remuneraciones, el Contratista se obliga a reembolsar al Contratante, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que el Contratante formule al Contratista, las sumas pagadas por estos conceptos, y en el caso en que no reembolse dichas sumas, el Contratista faculta al Contratante a descontarlas de cualquiera de las sumas que éste le adeude o a cobrarlas por vía ejecutiva, para lo cual prestará mérito ejecutivo”.*

Es un texto similar al anterior, donde tanto las decisiones de los jueces como las disposiciones legislativas sometidas al juego de exoneración de responsabilidad del Contratante; agregando un componente como lo es el mérito ejecutivo, impuesto por las Empresas Operadoras, pero negada para Contratistas.

- *“Ninguna de las partes será responsable frente a la otra por daños indirectos, punitivos o consecuenciales incluyendo, lucro cesante, pérdida o interrupción de negocios”.*

Hasta se acepta que quien sufre un daño no tenga derecho a su resarcimiento, y que bajo la condición de un servicio prestado a todo costo, no sea legítima cualquier reclamación. De igual forma frente a delitos cometidos en ejercicio del contrato, exceptuando aquellos que requieran querrela, es el ordenamiento jurídico el que se impone y por consiguiente la posibilidad de reclamar indemnización tendría que ser una posibilidad jurídica, teniendo que una renuncia contractual sea totalmente eficaz. De otro lado, el ánimo económico que lleva las partes a firmar el negocio se concreta en unas expectativas que en la ejecución del contrato pueden resultar vulneradas, siendo pertinente tener la facultad de reclamar.

- *“Si con ocasión de una nueva disposición del orden nacional, departamental o municipal, que no estuviere vigente a la fecha de celebración del presente contrato, se hiciere más gravosa la prestación de los servicios establecidos en este contrato para el Contratista, situación que debe ser plenamente justificada y demostrada por el Contratista al Contratante, el Contratista tendrá derecho a una revisión de las tarifas de común acuerdo con el Contratante, quién podrá, a su elección (i) efectuar los ajustes a que haya lugar con el fin de restablecer la situación del Contratista a la fecha de celebración del presente contrato, o (ii) terminar con justa causa el Contrato pagando al Contratista los Servicios prestados hasta la fecha de terminación anticipada relevante”.*

Como puede tenerse por viable aceptar la segunda de las posibilidades dadas en el ejemplo, utilizando la palabra “Podrá”. En cualquiera de los eventos el deber ser pretendido es una posibilidad que ejercerá o no el Contratante y no un imperativo. Es claro el abuso de la posición dominante.

- “El contrato podrá ser modificado en cualquier momento a discreción del Contratante, caso en el cual dará aviso oportuno al Contratista”.

Aceptando la generosidad del Contratante en avisar al Contratista la eventual modificación, nos preguntamos ¿En qué condiciones queda el Contratista si

dichos cambios son lesivos a sus intereses? ¿Tiene alguna posibilidad de finalizar su intervención en el Contrato sin ver afectado su patrimonio?. La respuesta a estos interrogantes dejaría pensando al Contratista seriamente en la conveniencia del Contrato, o simplemente firmar pensando desde un comienzo cual sería la estrategia jurídica a utilizar en un escenario como el propuesto?.

Una construcción que predomina en los términos de referencia”: *“El Contratante se reserva el derecho de recortar, modificar o adicionar estos Términos de Referencia en cualquier momento, lo cual será informado al proponente por escrito y hará parte integral de este pliego de condiciones”*. Incluimos otra: *“Los términos y condiciones son solo enunciativos y no taxativos, puesto que las condiciones solo son discutidas con el proponente favorecido”*.

Finalizamos estos ejemplos al proponer el precitado caso, citando una forma con la que se inicia el camino de la contratación, como lo son los términos de referencia, dando como lógico que la Empresa Contratante tenga la posibilidad de modificar su planteamiento contractual dentro de la etapa previa de negociación apoyada de reuniones previas, preguntas o propuestas formuladas por Contratistas, etc. Preguntamos si ante tal facultad existiría también la alternativa para el Contratista en cambiar las condiciones de prestación del servicio. La estructura dominante del Contratante se traduce en abuso del derecho al consultar solo su conveniencia en el acto de voluntades.

2.2. CERTEZA EN LA CONTRATACIÓN.

Es clave para el éxito de cualquier negocio tener certeza en la interpretación de la partitura jurídica que tendrá lugar, dado que es allí donde los contratantes documentan el interés que los vincula en determinado momento, y como lo señala

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo²⁸: *“No es inusual que las partes contratantes expresen su asentimiento de un modo que no resulte del todo inteligible o en condiciones en las que su voluntad no aparezca diáfana, bien por la contradicción intrínseca en que se incurra de cara a otra estipulación inmersa en el respectivo acuerdo, entre otros supuestos más que denoten inarmonía. Incluso, aún mediando claridad, los contratantes pueden asignarle a una de sus cláusulas una determinada significación, esto es, una lectura enteramente divergente, lo que ameritará la intervención de un tercero, con el confesado propósito de que pueda resolver la controversia”.*

Un argumento igual de interesante que el prenombrado, nos comparte el profesor de la Universidad de Jena Dr. Erich Danz²⁹ cuando advierte que no es suficiente tener un documento o contrato, sin acompañarnos de circunstancias y de otros elementos para determinar con certeza el querer de quienes exteriorizan su voluntad.

Es trascendental que el clausulado del contrato petrolero, tenga claro todo el contenido obligacional o por lo menos que evite palabras que no concretan situaciones jurídicas, teniéndose bastante cuidado cuando se quiere abarcar escenarios tal vez no pensados al momento de dar inicio a la relación comercial utilizando herramientas escritas como *“Sin limitarse a”, “Sin consideración a”* o *“Todo lo requerido por el Contratante”, “Sin perjuicio de”* *“Los términos contractuales son aceptados sin condicionamientos, al igual que los plazos, alcances, requisitos, exigencias de todos los anexos y en especial la minuta del contrato”*. Es frecuente que posterior a la firma de los contratos se generen diferencias entre las partes en aspectos como la utilización de equipos y estado de los mismos, dirección de la operación al interior de los pozos, tiempos de inicio del objeto del contrato, movilizaciones, reportes, calidades del personal utilizado, aspectos de seguridad física e industrial, cumplimiento con normas técnicas, pago

²⁸ MANTILLA ESPINOSA Fabricio – TERNERA BARRIOS Francisco. Los contratos en el derecho Privado. Editorial Legis. Primera Edición. 2007. Páginas 27 y 28.

²⁹ DANZ Erich. La interpretación de los negocios jurídicos. Editorial Leyer. 2006. Pág. 74.

de tarifas, espacios para mantenimiento o reparaciones, suministro de materiales a las locaciones, actuación de interventorías o valoración de resultados entre otros. Por supuesto que tales problemas tendrían una solución inicial, como lo es en esencia el diseño del clausulado, evitando cualquier interpretación distinta a lo consignado en el documento suscrito.

2.2.1. EJEMPLOS.

- *“El Contratista deberá prestar el servicio de acuerdo con los estándares especificados por el Contratante, y rectificar con prontitud a solicitud del representante del Contratante, cualquier parte del servicio que razonablemente, se estime debe rectificarse”.*

Dos elementos integrantes de esta cláusula llaman la atención. El primero es la obligación dar solución de cualquier servicio, teniendo el interrogante de ¿cuál es el termino para medir la prontitud?. En algunos casos se establecen espacios de 12 o 24 horas, pero cuando no se cuenta con ello, ¿Cómo daríamos con el componente de exigibilidad de la obligación?, ¿Donde tendrían que recurrir los Contratantes para predicar un incumplimiento?. Como se observa, algo que puede ser tan simple en redacción o no representar un vacío jurídico, podría llegar en determinado momento a agotar innumerables horas de discusión. El segundo ítem nos lo entrega la orden dada por el Contratante bajo el entendido de lo que se estime como razonable. Pero, ¿qué puede considerarse por razonable para las dos partes involucradas en el negocio?. ¿Será que lo llegado a indicarse por el Contratista tendrá la misma aceptación por el Contratante, si se cuenta que de ello depende el pago de un servicio o la imposición de multas?. No están fácil conciliar posiciones en tal sentido, cuando además del factor económico están de por medio aspectos como la calificación del Contratista o manejo con aseguradoras.

- *“El Contratista manifiesta que no presentará facturación, solicitud de pago, reclamación o demanda contra el Contratante, cuando la ejecución del contrato obedezca a condiciones técnicas distintas, diferentes o más gravosas, de las previstas en este Contrato y Anexos y o a cualquier causa no imputable al Contratante”.*

Es de entenderse perfectamente el no cobrarse por un servicio que no corresponda a lo contratado desde el punto de vista técnico o incluso diferente; pero cuando se encuentra el Contratista con condiciones más gravosas, tendría que examinarse la posibilidad de pago, con fundamento en el equilibrio contractual aceptado jurídicamente. Ahora bien, la dificultad de establecer el ideal de gravoso exigiría la carga probatoria para el Contratista y ¿sería con facilidad aceptada por el Contratante?. El comienzo de la discusión en estos casos, mostraría que quien se beneficia del servicio excusaría el no pago, argumentando que la naturaleza del Contrato prevé un riesgo asumido por el Contratista al firmar y que si por el orden legal cambiaria tal parecer, lo argumentado por el Contratista no es tan grave como para ser reconocido monetariamente y que las pruebas no son suficientes. En cualquiera de los casos la suerte del dialogo estaría en perjuicio del Contratista, por la condición dominante del Contratante.

- *“La duración los servicios contratados se describe en las condiciones especiales del presente contrato. Sin perjuicio de lo anterior, algunas obligaciones tendrán vigencia ulterior a la terminación del mismo, según el caso, incluyendo sin limitación, las correspondientes cláusulas sobre confidencialidad, auditoría, responsabilidad y garantías que le correspondan al Contratista”.*

Una de las cosas en materia de obligaciones, es establecer donde comienzan y cuando terminan. Común es en los Contratos de Prestación de Servicios la ampliación posterior a la vigencia, de los compromisos de confidencialidad, la autorización para realizar auditorías y la extensión de las coberturas por parte de

las aseguradoras; pero cualquier otra responsabilidad por asumir si debe llamar la atención si se cuenta que los costos pueden aumentar. Ya la cláusula en su misma redacción nos dice que además de los tres últimos escenarios descritos, la intervención del Contratista no se agota a la terminación del Contrato. Llamaría así la atención el prever la extensión de los compromisos. Aquí el panorama cambiaría, y sería el Contratante quien probatoriamente debería demostrar al Contratista otras obligaciones, contando que ya existirían firmados documentos como actas parciales de ejecución, actas de finalización del servicio o escritos de liquidación del Contrato en algunos casos. Así las cosas, el camino de exigencia al Contratista no sería tan fácil.

- *“El Contratante avisará al Contratista del incumplimiento, otorgándole un plazo para corregir dicha anomalía”. Dentro de lo que se consagra como multas, encontramos lo siguiente: “El Contratante notificará por escrito al contratista el hecho presentado y le otorgará un plazo razonable para subsanar el incumplimiento”*

Tal como lo señalamos en el primer ejemplo del presente punto, la falta de especificación del tiempo, permitiría que el Contratante a su mera liberalidad estableciera el término y colocar al Contratista en causal de incumplimiento, o que a su vez éste intente eludir su responsabilidad dilatando en el tiempo sus compromisos.

- *“Cuando el Contratista haya ignorado requerimientos escritos hechos por el Contratante o la Interventoría sobre aspectos del Contrato de obligatorio cumplimiento para el Contratista, y cuando a juicio del Contratante no se hayan solucionado dichas solicitudes”.*

La cláusula guarda similitud con las anteriores, agregando un aspecto subjetivo por parte del Contratante, que es su convencimiento frente a lo que se le haya advertido al Contratista. Como resaltamos la objetividad de la Empresa Operadora, tratándose de la respuesta que da el prestador del servicio. ¿Existirán

parámetros para tener por satisfecho el interés de la parte solicitante?. ¿Dónde cumple el Contratista, o cuando libera su responsabilidad?.

2.3. ASPECTOS DE ORDEN LABORAL.

Uno de los temas mas fascinantes para hablar desde el punto de vista académico dentro los Contratos de Servicios Petroleros es el recurso humano, toda vez que es éste el que permitirá al Contratista facturar en buena medida y obtener los resultados económicos esperados, o puede llegar a convertirse en un verdadero problema de no manejarse en debida forma.

Nos daremos a la tarea de realizar algunas anotaciones, con el ánimo de ilustrar el fascinante mundo del derecho laboral y su relación con ésta área del petróleo.

Cuando se reciben los términos de los servicios a Contratar, se entregan también las condiciones para tener en cuenta del personal que será asignado a cumplir con el objeto del acuerdo de voluntades. En tales especificaciones se enuncia la cantidad de trabajadores, la experiencia y la permanencia de los mismos en el lugar donde se ejecutara la tarea.

Se exige en la mayoría de los casos disponibilidad veinticuatro horas, turnos de doce horas y laborar sin solución de continuidad durante los siete días de la semana. En ese orden de ideas el escenario laboral, se direcciona a tener catorce días laborados y siete días de descanso, con evidencia de un nutrido número de horas extras causadas a favor del trabajador. La justificación que se tiene en su mayoría, destaca que las actividades se localizan en regiones remotas de carácter rural que imposibilitan el fácil acceso y donde se cuenta con un nivel de seguridad complejo y la escasa de mano de obra con calificada entre otras.

El artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo advierte que en ningún caso las horas extras de trabajo, diurnas o nocturnas, podrán exceder de dos horas diarias

y doce semanales. Así las cosas, cualquier caso que no tenga en cuenta dicho precepto infringe la Ley. Empero, lo señalado es un asunto que evidentemente conocen las Empresas Operadoras a quienes se hacen cuestionamientos de este tipo, dando como respuesta que el Contratista debe cumplir con la necesidad del servicio dentro de la normatividad, pero aportando mucho a una salida que guarde coherencia con el ordenamiento jurídico vigente.

2.3.1. TRÁMITES ANTE EL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Con la exigencia contractual antes descrita, el Contratista debe tramitar ante el Ministerio de la Protección Social dos actos administrativos. El primero de ellos es la autorización para laborar horas extras en los términos del artículo 1 del Decreto 995 del 12 de Julio de 1968, el cual señala que ni aún con el consentimiento expreso de los trabajadores, los empleadores podrán exceder la jornada máxima legal de trabajo, sin autorización del Ministerio. Obtenida la Resolución pretendida, la mencionada se otorga por un periodo hasta tres años con la posibilidad de dos horas extras diarias y doce semanales.

El segundo trámite es la autorización de trabajo sin solución de continuidad de conformidad con el artículo 166 de la Código Sustantivo del Trabajo, permitiendo que puedan elevarse el límite máximo de horas de trabajo establecido en el artículo 161, en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza necesitan ser atendidas en turnos sucesivos que no interrumpan la continuidad de la labor, siempre que no excedan las cincuenta y seis horas. Requerido el Ministerio de la Protección Social dispone la realización de visitas al lugar donde se llevará a cabo la labor, tendiente a verificar las condiciones del lugar donde estarán los trabajadores, existencia de programas de salud ocupacional, examina que se cuente con autorización para laborar horas extras y establece la necesidad por parte del solicitante. Surtido lo dicho hasta aquí, se obtiene la autorización de la administración donde se permite al peticionario elevar el límite máximo de trabajo

sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores, durante siete días a la semana, sin las que las horas de trabajo excedan de cincuenta y seis a la semana en el área operativa del Contratista.

Contando con los permisos que acabamos de anotar, nos preguntamos si con esto se satisface desde la óptica legal, y la respuesta es negativa, toda vez que los turnos como están concebidos exceden el horario normal autorizado³⁰. Se cumpliría por supuestos con tres turnos, pero reiteramos la práctica en el sector de hidrocarburos muestra cosa distinta.

Otros de los requerimientos por parte de la Compañía Operadora además de los permisos otorgados por el Ministerio de la Protección Social, también se tiene como obligación el contar con lineamientos en materia de higiene y seguridad, así como los reglamentos de trabajo. Del último tópico que acabamos de citar, diremos que en algunas licitaciones o incluso en contratos ya suscritos, se exige la resolución aprobatoria de los mismos por parte de la autoridad del trabajo, sin contar que ya legalmente no se tiene como requisito legal a la luz del artículo 17 de la Ley 1429 de 2010 por la cual se expidieron normas sobre formalización y generación de empleo, donde se modificó el artículo 119 del Código Sustantivo del Trabajo, quedando así: *“El Empleador publicará en la cartelera de la empresa el reglamento interno de trabajo y en la misma fecha informará a los trabajadores, mediante circular interna, del contenido de dicho reglamento, fecha desde la cual entrará en vigencia”*.

³⁰ www.caracol.com.co. Consultado el 26 de Enero de 2012. Se anunció que el Ministerio de la Protección Social, impondrá sanciones económicas a doce Empresas Contratista del Sector Petrolero en el Municipio de Puerto Gaitán en el Meta. Los motivos de las sanciones se relacionan con el incumplimiento a la normatividad laboral existente en el País. Destaca la noticia que entre las violaciones se encuentran el no pago de hora extras, desnivelación salarial, jornadas laborales extendidas y fallas en el sistema de salud ocupacional. Para el caso que nos ocupa es claro que los turnos laborales como se están manejando en la actualidad, más que ahorrar recursos, lo colocan es en problemas a las Empresas Operadoras y Contratistas. El Diario **El Tiempo**, en la misma fecha trae un artículo en la pagina séptima denominándolo “Sanción laboral a 12 contratistas de Pacific Rubiales”, donde se esboza la misma noticia y destaca el conducto a seguir por parte de la autoridad administrativa.

Luego de referirnos a la Ley 1429 de 2010, no podemos dejar de mencionar algo que tiene relación con nuestro objeto de estudio, como lo es la derogatoria de los artículos 74, 75 y 76 de la normatividad laboral, eliminándose del contexto jurídico la exigencia de proporcionalidad para laborar, de trabajadores extranjeros frente a los trabajadores colombianos. Contando con la escasa de mano de obra calificada en el sector petrolero, las Empresa se ven obligadas a contar con personal extranjero, enfrentando un largo paso administrativo de expedición del certificado de proporcionalidad que también era exigido por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, para la entrega del permiso temporal de trabajo. Igualmente se suprimió el literal f del artículo 21 del Decreto 1295 de 1994, que establecía el registro del Comité Paritario de Salud Ocupacional por parte del Empleador ante el Ministerio de la Protección Social.

2.3.2. SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL.

Avanzando en el presente escrito, encontramos que se incluyen cláusulas en las que se impone al Contratista todo el rigor y responsabilidad en asuntos de orden laboral. Como lo hicimos al comienzo de la segunda parte de la monografía propondremos como ejemplo la siguiente: *“El Contratista responderá e indemnizará plenamente al Contratante, y éste no será solidariamente responsable por las obligaciones del Contratista. En el evento de presentarse cualquier reclamación del personal que involucre al Contratante, el Contratista responderá y le indemnizará plenamente”*. *“Si por efecto de lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T., y normas que lo adicionen o reformen, el Contratante se viere obligado a efectuar pagos o indemnizaciones que correspondan al Contratista en relación con sus empleados o personal utilizado en la ejecución del Contrato, el Contratante tendrá derecho a la repetición contra el Contratista y al reembolso de los costos, gastos, honorarios de abogado e intereses a la tasa máxima permitida por la ley; o a descontar, de las sumas que le deba al*

Contratista, lo que haya tenido que pagar por este concepto, incluido también los costos, gastos, honorarios de abogado e intereses a la tasa máxima permitida por la ley”.

Si bien las Empresas de Sector Petrolero se especializan en determinadas áreas como la exploración, explotación, comercialización, servicios etc.; una Compañía de las denominadas operadoras no puede alegar por ello, que es ajeno a la actividad normal de sus negocios, los trabajos que subcontrata. La fragilidad de un argumento como este, se ve reflejado en vinculaciones procesales y señalamientos de responsabilidad laboral. No en vano el artículo 1 del decreto 284 del 7 de Noviembre de 1957 por el cual se dictan normas sobre salarios y prestaciones de los trabajadores de contratistas a precio fijo, en empresas de petróleos, consagra: *“Cuando una persona natural o jurídica dedicada a los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos realice las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social mediante el empleo de contratistas independientes, los trabajadores de éstos gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria, en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”.* Este decreto fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 994 del 19 de Septiembre de 2001 y ratificada por la Sentencia C- 396 del 18 de Mayo de 2011, diciéndose en ambas: *“A lo anterior se agregó que, “aún con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, los trabajadores de la industria petrolera han sido objeto de la especial tutela por parte del Estado, al gozar de un régimen excepcional al del común de los trabajadores, dada la particular naturaleza de la actividad que desarrollan. Como lo ha reiterado esta corporación, los regímenes especiales laborales no vulneran per se la Constitución, ya que el legislador está autorizado para establecer excepciones a las normas generales en esa materia, siempre y cuando el trato diferencial no viole los principios de igualdad y razonabilidad y con dicho régimen se superen los*

beneficios mínimos e irrenunciables a que tienen derecho todos los trabajadores; de igual forma, si el régimen excepcional es fruto de las conquistas laborales por parte de los trabajadores beneficiados, la Carta Política protege esos derechos adquiridos”.

La labor del Contratista independiente mencionada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, refiere que existe una obligación de aquel con el beneficiario de la obra, a prestar los servicios asumiendo riesgos y desarrollar el trabajo con sus propios medios técnicos o el conocimiento que llevó a contratarlo. Sin embargo, para ello debe tener plena libertad de decidir la manera como ejecutará la obra o servicio contratado. Para el caso de las Empresas de servicios petroleros, estas obedecen y cumplen un plan de trabajo que es establecido por el Contratante dentro del desarrollo del Contrato al cual deben sujetarse en su integridad, so pena de alegarse en su contra incumplimientos. En ese entendido, se convierten en casi representantes laborales de la Compañía Operadora, de ahí el componente de seguridad. Por supuesto que la tesis jurídica que aplica la vinculación de Contratantes radica en que el servicio que se contrata se igual, similar o conexo con la labor ordinaria de sus negocios, pero creemos que para el área de hidrocarburos el Contratista se convierte básicamente un representante del Empleador en calidad de intermediarios, en los términos del artículo 32 de la normativa laboral vigente. Basta tan solo observar que una de las obligaciones del Contratista es cambiar el personal, cuando así lo manifieste el Contratante, o mejor aún las hojas de vida y el perfil del futuro trabajador es aceptado o no por la Empresa titular del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

La definición conocida de intermediario indica que es aquella persona natural o jurídica que coadyuva al verdadero empleador o empresario en la búsqueda de una o más personas naturales para que presten a favor de aquel una relación laboral subordinada. Decir que lo anotado no aplica para el sector petrolero, sería tanto como manifestar que un Company Man no da órdenes a todo el personal de

una locación y que a él no deben obedecer en su sentido literal, incluyendo los trabajadores de todas las Empresas Contratistas que allí confluyen.

Ya valorada la solidaridad vemos interesante leer a Jaime Castellanos Casallas³¹, cuando habla acerca de si el beneficiario del servicio debe responder incluso como contratista independiente con respecto al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno a la terminación del contrato de trabajo. La respuesta frente a tal asunto la da sustentándose en una sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia³² que nos permitimos también citar: *“Como la aplicación de la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es ningún caso automática, conforme ha tenido oportunidad de precisarlo esta sala, resultaría absurdo que solamente pueda intentar exonerarse de ella alegando que su conducta estuvo revestida de buena fe, pero no pueda hacer lo mismo el deudor solidario que en su calidad de dueño de la obra o beneficiario del trabajo debe salir a responder por el monto de las obligaciones laborales contraídas por aquel. Constituye un tratamiento asimétrico con el deudor solidario que se le obligue en virtud de un mandato legal al cumplimiento de las cargas laborales dejadas por el contratista independiente, pero al mismo tiempo se limite su derecho de defensa y se le cercene la posibilidad de poder alegar que su conducta es de buena fe cuando demuestre que estuvo presto a pagar o canceló lo que honestamente creyó deber”*.

2.3.3. EXIGENCIA DE GARANTÍA.

Previendo demandas laborales o reclamaciones de los trabajadores se exigen pólizas o garantías bancarias, en clausulas así: *“El Contratista deberá aportar una*

³¹ MANUAL DE DERECHO LABORAL. Universidad Externado de Colombia. 2008. Pág. 190. Se entrega un compendio interesante de derecho laboral, donde uno de los escritores es el Doctor Jaime Castellanos Casallas, quien habla en su título “El Empleador”.

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrados Ponentes Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio Vásquez. Expediente No. 23233 del 24 de Febrero de 2005.

póliza por una suma igual al 5 % del valor estimado del Contrato, para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales, reclamaciones e indemnizaciones durante la ejecución del Contrato. Esta póliza deberá estar vigente durante el tiempo del Contrato y tres años más, contados desde la fecha de terminación del mismo”.

Es importante que se incorporen en los contratos de servicios petroleros el tipo de garantías como las anotadas, pero por la importancia que reviste el asunto para las Empresas Operadoras, se advierte que se quedan cortas las exigencias en la materia.

La usanza en la utilización del término de tres años posteriores a la vigencia del contrato para la cobertura de la póliza, corresponde a que el fenómeno de la prescripción laboral definido por Francisco Rafael Ostau De Lafont De León³³, quien comenta que ocurre cuando las acciones laborales pierden su eficacia, a causa de su falta de ejercicio en un lapso de tiempo fijado en la ley, que según el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo es de tres años. Sin embargo no se puede desconocer la posibilidad con la que cuenta el trabajador y que le es dada por el artículo siguiente, donde se establece que el simple reclamo del trabajador, recibido por el Empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente. Así las cosas, si un trabajador mediante reclamación de conformidad con el precepto señalado requiere a su Empleador antes de cumplirse los tres años, fácilmente estaríamos hablando de una posibilidad de reclamación de seis años.

Si se presentan casos que valoran todos los escenarios posibles de la explotación de petróleo, porque no pensar en extender la exigencia de la garantía. Algunos dirán que se exagera la temática, pero muy seguramente Empresas que hayan

³³ OSTAU DE LAFONT DE LEÓN. Francisco Rafael. Tratado de Derecho Del Trabajo. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Ibáñez. 2009. Pág. 137.

recibido condenas después de mucho, tiempo posterior a la finalización de contratos, pensaran en el posible beneficio de tener la descrita consideración.

2.4. EL PODER SANCIONATORIO.

Es común encontrar en los Contratos de Servicios Petroleros y en la mayoría de los acuerdos de voluntades cláusulas que se refieren multas y sanciones penales; por lo que se introducirá este tópico en el trabajo de monografía, enunciándolo bajo el título de “El poder sancionatorio”, dado que si bien estas se sustentan jurídicamente en la mera liberalidad de los contratantes, aspecto que da su aceptación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se han convertido en un exceso de poder por parte de las Empresas Operadoras, siendo interesante observar que componente legal existe frente a las mismas y la forma como es entendida por los Jueces de la República.

Antes de ello, entregaremos la redacción del clausulado observado en los Contratos que contienen cláusulas y multas, preguntándonos si es exagerado o no el plasmar tales facultades por parte de Contratantes, dado que se cuenta como exigencia a Contratistas con un nutrido número de garantías, derecho de retención, calificación de contratistas como condición para nuevos Contratos, posibilidad de devolución de facturas, facultades de terminación de contratos sin mayores problemas para Contratantes entre otras. Esto refleja que un prestador de servicios se obliga en un Contrato, con la plena convicción y certeza de un panorama rígido al cual debe sujetarse, entendiendo que económicamente saldría muy mal librado de no atender cada uno de los compromisos que asume. Además se encontrará con multas y sanción penal que hacen casi temerario cualquier manejo negocial.

2.4.1. EJEMPLOS.

- *“En caso de incumplimiento en la oportunidad y calidad de los Servicios contratados, el Contratista se hará acreedor de una multa diaria equivalente al uno por ciento (1%) del valor estimado de Contrato, hasta tanto el Contratista corrija o subsane dicho incumplimiento. El valor máximo de la multa será el diez por ciento (10%) del valor estimado del Contrato”.*
- *“Por ausencia en el sitio de labores de los empleados ofrecidos por el Contratista en su equipo de trabajo, por un periodo mayor a tres días calendario para personal no crítico, o de un día para personal crítico, consecutivos, El Contratante podrá imponer multas de Quinientos Dólares (US\$500) por cada trabajador ausente, salvo que la ausencia fuese ocasionada por circunstancias de fuerza mayor o accidentes de trabajo, casos en los cuales el trabajador deberá ser reemplazado dentro del día siguiente para el personal crítico o los tres días calendario siguientes para personal no crítico al acaecimiento del hecho”.*
- *“En el evento de presentarse fallas por mala calidad en el servicio de casino, El Contratante podrá imponer multas sucesivas al Contratista por Doscientos dólares (US\$200) por cada día en que tal situación se mantenga, hasta un máximo de diez (10) días”.*
- *“Por mora o retraso en la disponibilidad efectiva de la unidad de taladro, las partes acuerdan que el Contratante impondrá multas diarias de Cinco Mil Dólares (US\$5.000) contados desde el día de aviso de movilización dado por el Contratante hasta el inicio de las operaciones”.*
- *“El Contratante podrá imponer al Contratista por incumplimientos, y éste será deudor adicional de una cláusula penal en cuantía equivalente al 20% del valor estimado del Contrato, sin que por ello se vea eximido concluir los trabajos a satisfacción y de reparar los perjuicios que hubiere causado”.*

La naturaleza de las sanciones dentro de los actos jurídicos muestra, que previenen a que quien debe cumplir una obligación la cual puede ser de dar, hacer o no hacer de conformidad con algunas normas del Código de Procedimiento Civil como los artículos 493, 495 y 504, la lleve a cabo en debida forma, bajo los términos en los que se obligó, y que en el evento de no darse aquello que se afectaría su patrimonio. En cualquier caso son consideradas como una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, sancionarlo o indemnizarlo.

La cláusula penal se encuentra consagrada entre los artículos 1592 a 1601 del código civil el cual la define como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. A su vez dispone el artículo 867 del código de comercio que cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

El orden legal permite entonces las partes que incorporen en sus contratos pactos que tengan el móvil antes señalado, y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia³⁴ en sus providencias donde indica: *“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad”*.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Mayo de 1996. Expediente 4607. Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Los comentarios desprendidos por los autores, dan cuenta que la cláusula penal tiene como fines, tasar al momento de la firma del acuerdo de manera anticipada los eventuales perjuicios, garantizar su cumplimiento y obligar al Contratista.

Por su parte lo que entendemos por multas, lo encontramos en el derecho administrativo y en especial en la doctrina de Contratación Estatal, con antecedente en el Decreto Ley 222 de 1983, que establecía en el artículo 71: *“En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra”*.

La diferencia esencial de la multa con la cláusula penal radica en que la primera busca sancionar al obligado y garantizar el cumplimiento de la prestación principal y que la segunda valora de manera anticipada perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

Conociendo de lo que se trata las dos posibilidades mencionadas, se señala que tanto las multas como la cláusula penal deben corresponder a valoraciones desde el punto de vista que guarden el sentido de lo equitativo. Así lo entiende el máximo orden de la jurisdicción ordinaria³⁵ cuando advierte *“Por último, y no por la ubicación argumento incidental, sino principal y definitivo, siendo la cláusula penal una especie de auto tutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada moderación”*.

³⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Junio de 2000. Expediente C-4823. Magistrado Ponente Doctor JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ.

En el anterior entendido toman plena vigencia, los cuestionamientos de hasta donde se tornan desbordados los contratos en el sector petrolero cuando contemplan multas y cláusula penal no obedeciendo a criterios de equidad. También preguntamos por el equilibrio cuando como ejemplo damos que se inserta la posibilidad jurídica de mérito ejecutivo para cobrar los valores por concepto de estas sanciones a favor del Contratante, pero se impide esta misma facultad para el Contratista inclusive respecto a la facturación.

Continuando con la ilustración mostramos un caso, para preguntar si existe equilibrio: *“En un Contrato se exige un determinado número de tubería o herramientas en campo, y se comprueba que si bien el Contratista no cuenta con la totalidad exigida al momento de cualquier auditoria, pero se advierte que con las que se tiene en la locación se cumple con el servicio. Igual con estas premisas se da al prestador del servicio la sanción económica a la máxima tasa autorizada por el Contrato”*. Es evidente la posibilidad sancionatoria del Contratante si aplicamos lo que llamaremos silogismo sancionador, pero ¿corresponderá la sanción a una proporcionalidad entre la referida falta y el efecto generado con esta?.

Por supuesto que se defiende la posibilidad de las Compañías Operadoras de querer hacer cumplir el objeto que las lleva a contratar, pero también le asiste a Contratistas la facultad de decidir hasta que punto aceptan o no lo excesivo del poder sancionatorio de Empresas Contratantes.

CONCLUSIONES.

De conformidad a los objetivos trazados y posterior a culminar el contenido propuesto para la presente monografía, es pertinente entregar las conclusiones sobre el tema:

1. Contrario a lo que pensó al inicio de la monografía, respecto a la poca literatura sobre el objeto de estudio, dicho sentir cambia cuando se inicia el abordaje y empiezan a aparecer artículos, tesis de grados, libros, conceptos del Ministerio de Minas y Energía y pronunciamientos de las altas cortes, en los que se aborda la temática contractual del sector petrolero.
2. Es claro que el régimen jurídico imperante para explotación de los hidrocarburos en el País no es estático. Por el contrario evoluciona cada día y la exigencia a las Empresas Operadoras por parte del Estado, depende en ciertos momentos de las condiciones del mercado internacional, de la escasez o no de petróleo en la País y del sentir de inversión o protección a empresas nacionales.
3. De la evolución en las condiciones que asumen las Empresas Operadoras ante el Estado Colombiano representado en estos momentos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, depende en gran medida como establecen la estructura negociar frente a Contratistas, siendo necesario identificar hasta que punto las obligaciones que se trasladan a estos son del todo legítimas u obedecen a meros formalismos, pero que en últimas si afectan el patrimonio de los prestadores de servicios.
4. Es conveniente que la estructura jurídica de los Contratos de Servicios Petroleros, implementen una redacción que no acopie cláusulas tan generales o que pretendan pensar en cualquier escenario, dejándolas en algunos casos efectos o predicando de estas factores como el abuso del derecho o la ineficacia. No dudamos que el derecho privado permite a las partes jugar con un nutrido número de posibilidades, y que esta será la tesis contraria a cualquiera de los

argumentos expuestos en el presente texto, pero también lo es que los profesionales estamos para sentar posiciones, siendo totalmente legítimo hablar de certeza, exactitud y claridad en cualquier partitura jurídica que da como resultante obligaciones para las Empresas.

5. Por más que Contratantes pretendan transferir riesgos jurídicos a Contratistas, utilizando la tipología de Contratos de Adhesión como el de Servicios Petroleros que hemos analizado, es el mismo ordenamiento jurídico y los Jueces, quienes recordaran en sus providencias que el derecho y las normas imperativas, priman frente a cualquier estipulación particular, y que si bien existe cierta liberalidad de convertir obligaciones en ley para las partes, no pueden ser estas quienes desnaturalicen el debe ser jurídico.

6. Coherente con lo anotado en la conclusión anterior entorno a la facultad de estipulación contractual, se hace preciso buscar cierto equilibrio en los Contratos de Servicios Petroleros, y si bien existen cláusulas que se tornan inmodificables, si es preciso establecer límites al excesivo poder que aparentemente se infiere de lo que se plasma en los mismos.

BIBLIOGRAFIA

- ARANGO CASTRO, Camilo Daniel. Gestión Inmobiliaria en los Proyectos de Infraestructura. Enfoque al Sector Minero Petrolero. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2007.
- CARTA PETROLERA No. 108 Abril - Mayo. El abc del nuevo contrato. Ecopetrol S.A. 2004.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 10 del 16 de Marzo de 1961, que Modifica el Código de Petróleos.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Código de Petróleos. Decreto 1056 del 20 de Abril de 1953.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1295 del 22 de Junio de 1994. Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riegos Profesionales.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1348 de 1961 que Reglamenta la Ley 10 de 1961.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1760 del 26 de Junio de 2003. Por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S.A.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2288 del 15 de Julio de 200, por el cual se reglamenta el Decreto – Ley 1760 de 2003.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 284 del 7 de Noviembre de 1957. Por el cual por el cual se dictan normas sobre salarios y prestaciones de los trabajadores de contratistas a precio fijo, en Empresas de petróleoos.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 4137 del 3 de Noviembre de 2011. Por el cual se cambia la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 995 del 12 de Julio de 1968. Por el cual se reglamenta la Ley 73 de 1966, incorporada al Código Sustantivo del Trabajo mediante el Decreto 13 de 1967.

- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Ley 1429 del 29 de Diciembre de 2010. Por la cual se expide la Ley sobre formalización y generación de empleo.
- CONSEJO DE ESTADO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente Dr. Luis Carlos Sachica. Radicado Número 953 del 20 de Febrero 1975.
- CONSEJO DE ESTADO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Daniel Suarez Hernández Sentencia del 16 de Junio de 1994. Radicado 5729
- CONSEJO NACIONAL DE POLITICA ECONOMICA Y SOCIAL. Conpes No. 3245. “Extensión de Contratos de Asociación”. Bogota D.C., 15 de Septiembre de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C- 250 del 6 de Junio de 1996. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C- 994 del 19 de Septiembre de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C- 994 del 19 de Septiembre de 2001. Magistrado Ponente Doctor Jaime Araujo Renteria.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-006 del 18 de Enero de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-511 del 25 de Mayo de 2004. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-994 del 19 de Septiembre de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.. Sentencia C- 396 del 18 de Mayo de 2011. Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Laboral. Magistrados Ponentes Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio Vásquez. Expediente No. 23233 del 24 de Febrero de 2005.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Junio de 2000. Expediente C-4823. Magistrado Ponente Doctor JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Mayo de 1996. Expediente 4607. Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 2 de Febrero de 2001. Expediente 5670. Magistrado Ponente Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- CRUZ SUAREZ, Maria Del Pilar. Contratación Atípica en la Industria Petrolera Colombiana. Tesis de grado para obtener el título de abogada. Universidad Externado de Colombia. 1997.
- DANZ Erich. La interpretación de los negocios jurídicos. Editorial Leyer. 2006.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso Tomo I. Editorial ABC. Decimocuarta Edición 1996.
- ECOPETROL. Energía limpia para el futuro. 60 Años. Editorial Villegas Editores. 2011.
- GONZALEZ PEÑA, Alexander. Tesis de Grado. “El Contrato de Asociación en el Sector Petrolero. Evolución, Características y Perspectivas. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 2003.
- HERMENEUTICA JURÍDICA. Curso de capacitación para jueces de la República. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogota D.C. Noviembre de 1988.
- MANTILLA ESPINOSA Fabricio y TERNERA BARRIOS Francisco. Los contratos en el Derecho Privado. Artículo de Juan Caro Nieto, titulado “Las Joint Venture”. Editorial Legis. Primera Edición 2007.
- MANUAL DE DERECHO LABORAL. Universidad Externado de Colombia. 2008.
- MENA DE QUEVEDO, Margarita. Jaque Mate a Ecopetrol. 3 R Editores. 2007.

- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Resolución 181495 del 2 de Septiembre de 2009. “Por el cual se establecen medidas en materia de exploración y explotación de hidrocarburos”.
- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Oficina Asesora Jurídica. Radicado: 2008014602 08-04-2008.
- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Oficina Asesora Jurídica. Radicado: 2008024147 03-06-2008.
- OSTAU DE LAFONT DE LEÓN. Francisco Rafael. Tratado de Derecho Del Trabajo. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Ibáñez. 2009. Pág. 137.
- PENA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Universidad Católica de Colombia. Segunda Edición. ECOE Ediciones. 2006.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. “Petróleo Presente y Futuro”. Edición 1991.
- REVISTA CREDENCIAL HISTORICA. Bogotá – Colombia. Edición 151 de Julio de 2002. “La Industria Petrolera en Colombia, lo que va de las Concesiones a las Asociaciones”, de Fernando Mayorga García.
- REVISTA SEMANA. Rumbo al “BOOM” Petrolero. Anatomía de una Industria Poderosa y Fascinante. 2011..
- ROBERTS Paul. El fin del Petróleo. Traducido por Jordi Vidal. Editorial B, S.A. 1 Edición en Noviembre de 2004.
- TESIS DE GRADO. Maria Ximena Phillips y Silvia Patiño. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. “Cuestiones en torno a la expedición del Decreto 1760 de 2003 y a la introducción de la cláusula de mejores condiciones en los Contratos de Asociación Petrolera”. 2006.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE BOGOTA D.C. Petróleo y Conflicto en el Gobierno de la Seguridad Democrática 2002 – 2010. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Agosto de 2011. Pág. 124.