

Colección de Regulación Minera y Energética n.º 2

Temas de Derecho petrolero

Luis Ferney Moreno
Compilador

Temas de Derecho petrolero

Universidad Externado de Colombia

Temas de derecho petrolero / compilador Luis Ferney Moreno. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

231 p.; 21 cm. – (Colección de regulación minera y energética; 2)
Incluye bibliografía.

ISBN: 978958710651 0

1. Petróleo – Aspectos jurídicos – Colombia 2. Derecho minero – Colombia 3. Industria del petróleo – Aspectos jurídicos – Colombia 4. I Moreno, Luis Ferney, compilador II. Universidad Externado de Colombia III. Serie

348.31 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca
Marzo de 2013

ISBN 978-958-710-651-0

© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2011; reimpr.: mayo de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: Image printing Ltda.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Carlos Mantilla McCormick Vivian Cock Ordóñez
Luis Alberto Moncada Juan Carlos Salazar Torres
David Arce Rojas Yalile Lamk Nieto
Armando Ramírez Santiago Vélez Posada
Javier Parada

CONTENIDO

Presentación	11
Potestad reglamentaria y derechos adquiridos: el caso petrolero <i>Carlos Mantilla McCormick</i>	13
La contratación petrolera colombiana y su desarrollo contractual sobre el riesgo exploratorio y el reconocimiento de sus costos <i>Luis Alberto Moncada</i>	81
Los derechos superficiares en los proyectos de infraestructura <i>David Arce Rojas</i>	99
Precios de combustibles automotores. Una década de libertad vigilada en las ciudades capitales <i>Armando Ramírez</i>	147
Libre competencia en el mercado de los combustibles, actividad regulada por el Estado <i>Javier Parada</i>	157
La extracción del gas metano en depósitos de carbón y su regulación <i>Vivian Cock Ordóñez</i>	171

Un nuevo escenario para las empresas de petróleo y minería:
llegada de empresas internacionales del sector minero
y petrolero al mercado de capitales colombiano y llegada
de empresas de minería y petróleo colombianas al mercado
de valores canadiense

Juan Carlos Salazar Torres

Yalile Lamk Nieto

195

La responsabilidad social y ambiental derivada de
los contratos de exploración y producción de petróleos

Santiago Vélez Posada

209

PRESENTACIÓN

El Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia se complace en presentar a la comunidad académica el presente libro denominado *Temas de Derecho petrolero*, obra que enriquece la literatura jurídica-doctrinal en temas relevantes del derecho de petróleos tales como los derechos superficiarios en los proyectos de infraestructura, el ejercicio de la potestad reglamentaria y derechos adquiridos, la contratación petrolera colombiana (riesgo exploratorio y reconocimiento de costos), el precio de los combustibles automotores, la extracción del gas metano en depósitos de carbón y su regulación, la libre competencia en el mercado de los combustibles y finalmente el nuevo escenario del sector con la presencia de empresas internacionales en el mercado de capitales colombiano y la llegada de empresas colombianas al mercado de valores canadiense.

La investigación constituye una parte principal de la misión del Departamento de Derecho Minero Energético, en el convencimiento de que con sus frutos contribuye al mayor conocimiento científico de las disciplinas que dan identidad a sus actividades académicas y, adicionalmente, proporciona información cualificada y abre nuevos rumbos de invaluable importancia para orientar las políticas públicas del país en sectores estratégicos para su crecimiento económico como son la energía y la minería.

En este marco el Departamento entrega a la comunidad científica, a los planificadores del sector, a la empresa privada, a los inversionistas y al público interesado en general el presente libro, que es resultado del esfuerzo intelectual de los profesores e investigadores de la Universidad, trabajo en el cual se exhibe el panorama actual del sector.

Con esta publicación se acrecienta la colección especializada que orienta el Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia. Quienes han contribuido con la obra son expertos de las respectivas disciplinas y actores reconocidos del sector, quienes hacen sus aportes desde las perspectivas de la empresa, la academia y/o la experiencia.

Agradecemos, como siempre, a nuestra Casa de Estudios, al Director del Departamento de Publicaciones, JORGE SÁNCHEZ, por la labor editorial y, muy especialmente, al Señor Rector, FERNANDO HINESTROSA, su constante estímulo a la investigación y el respaldo permanente a las actividades emprendidas por nuestro Departamento.

LUIS FERNEY MORENO
Compilador

**POTESTAD REGLAMENTARIA Y DERECHOS
ADQUIRIDOS: EL CASO PETROLERO**

CARLOS MANTILLA McCORMICK*

La evolución de los precios internacionales del petróleo crudo en los últimos años, con un incremento vertiginoso desde el 2007 hasta alcanzar los US\$145 por barril en julio de 2008 y una caída hasta los US\$33,98 en diciembre del mismo año, generó múltiples efectos en los mercados, en los presupuestos de los países productores e importadores, en las rentas de las empresas productoras, estatales y privadas, nacionales y extranjeras, y en los consumidores finales de los derivados.

No es extraño que los vaivenes de los precios del petróleo generen sentimientos, razonamientos y cuestionamientos de estados, empresas e individuos, sobre el equilibrio de las condiciones económicas convenidas para su explotación.

En efecto, en la parte baja del ciclo económico, cuando los precios están bajos y hay poca inversión exploratoria,

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana, Máster en Administración de Empresas del Instituto de Administración de Empresas de la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor en la Especialización de Derecho Minero Energético y de Derecho Minero y Petrolero, así como en la Maestría en Derecho de los Recursos Naturales, de la Universidad Externado de Colombia [carlosmantilla@martinezcordoba.com].

el cambio en los términos económicos de las políticas estatales, contractuales o fiscales, para atraer recursos genera decisiones en las empresas que, atraídas por el deseo de mejores retornos a su inversión, convienen en aceptar tales invitaciones. Y en la parte del ciclo opuesto, con precios altos, teniendo como motivación restablecer equilibrios que se consideran perdidos, son frecuentes en la mayoría de países productores los ajustes normativos mediante las modificaciones de las condiciones económicas existentes al momento de celebrar contratos de exploración y explotación de hidrocarburos. Como consecuencia, los inversionistas que sienten afectados sus intereses toman posiciones en defensa de sus derechos y de prevención hacia futuras inversiones que terminan impactando las economías de tales estados.

En la industria petrolera en Latinoamérica existe un sentimiento generalizado por aspirar a otorgar mayor seguridad jurídica, representada en la estabilidad en las normas legales y contractuales, así como en la confianza en el ejercicio de acciones judiciales para restablecer un derecho perdido.

La presencia de riesgos políticos a la hora de analizar el lugar de inversión conduce al análisis sobre la mayor o menor posibilidad de que en el país anfitrión de la inversión se vea amenazada la expectativa de lograr la rentabilidad inicialmente calculada. Las amenazas pueden consistir en factores de violencia política, convertibilidad y transferencia monetaria, expropiación, expropiación tácita o incumplimiento de los contratos de inversión, o factores relacionados con la expedición y aplicación de normas regulatorias, o en últimas, por el incumplimiento de contratos de suministro o de compraventa por parte de los entes de gobierno. Todo lo cual afecta el desarrollo del país anfitrión¹.

1 Se concluye que la estabilidad normativa tiene influencia directa en las decisiones de inversión, consumo, trabajo, etc., y sobre la tasa de crecimiento del Producto Interno Bruto. Ver ARPEL, "Mejores prácticas

Este breve recuento sirve de explicación al interés que despierta el artículo sobre renegociación de derechos adquiridos del profesor WÄLDE que se resume en este escrito. Consideramos útil divulgar sus principales análisis y conclusiones sobre la forma como en la industria petrolera se usan o se desechan herramientas jurídicas para hacer posible o impedir –según quien las use– intentos de modificación de normas legales o contractuales que rigen las relaciones de sus participantes.

Adicionalmente, conviene revisar la experiencia colombiana en esta materia y, para ello, hacemos uso de algunos de los casos de público conocimiento vividos en la industria petrolera nacional con el fin de que el lector tenga elementos de juicio sobre el comportamiento de entidades estatales y empresas.

Todo esto en el marco de la discusión jurídica sobre los alcances legítimos de la potestad de los órganos estatales para expedir normatividad de diversa jerarquía. La industria petrolera colombiana no está exenta de las polémicas constantes sobre el ejercicio de la facultad legislativa y de la potestad reglamentaria, en ocasiones limitante del ejercicio de los derechos de los particulares. Desde un punto de vista, tal ejercicio de poder estatal está fundamentado y justificado por la necesidad de darle prevalencia al interés general frente al particular como sucede con la creación de tributos, por la necesidad de dar cuidado al recurso natural que provee al Estado de ingresos fundamentales para su economía o por la protección a impactos ambientales que pueda producir su explotación, para solo mencionar algunos de los elementos que llaman más la atención de los interesados. Ese ejercicio de potestades estatales, bajo el marco del Estado de derecho, exige a los actores, antes de las tres ramas del

en materia de seguridad jurídica en la industria de los hidrocarburos en Latinoamérica”, Montevideo, 2003.

poder y a particulares estar valorando la constitucionalidad y legalidad de leyes y actos administrativos frente a normas superiores y derechos adquiridos, para establecer límites a su ejercicio, demandar declaratorias de inexecutable o nulidad o reclamar compensaciones.

Vale la pena advertir que se ha tomado el término “potestad reglamentaria” para ejemplificar las situaciones más comunes que de parte del Estado pueden afectar al inversionista, teniendo en cuenta que allí recae el mayor potencial de conflicto entre una norma y un derecho del industrial petrolero, dada la mayor cantidad de dichas normas regulatorias. Pero ciertamente se hará referencia no sólo a las acciones de los entes del ejecutivo sino del legislativo y excepcionalmente del jurisdiccional que en su función de crear las normas y de interpretarlas, respectivamente, introducen modificaciones que alteran los presupuestos básicos de los proyectos petroleros. Es innegable que la producción normativa en la industria petrolera proviene más comúnmente del ejecutivo, sin que por ello deje de ser fuente de derecho².

Sobre la legitimidad de tal accionar y su efectividad en cada caso concreto se centra la polémica que aquí se describe. Como se verá, los cuestionamientos de los industriales al ejercicio de las facultades estatales están muy ligados a su sujeción a las normas superiores, en donde la directa violación de un derecho adquirido sólo aparece de forma

2 La Constitución no reserva la palabra “reglamento”, ni el verbo “reglamentar”, para aludir a determinado tipo de normas, sino para referirse a un fenómeno de producción normativa general. La idea de reglamento no corresponde a un nivel jerárquico, supone siempre subordinación normativa, una materia previa que requiere ser desarrollada, no está amarrado a una competencia de una autoridad en particular, produce derecho sustantivo y procedimental, puede recaer en una ley, decreto, ordenanza, acuerdo o acto de carácter general, supone la expedición de normas de carácter general, impersonal y abstracto, y no corresponde solo al derecho público. Ver JUAN CARLOS ZAPATA MONCADA, *El reglamento como fuente de derecho en Colombia*, Temis, 2007, p. 9.

indirecta y mediata en la argumentación. Pero este aspecto resulta ser una diferencia interesante al comparar los aspectos reseñados en el artículo sobre las prácticas comunes en el extranjero.

El alcance y la naturaleza de la potestad reglamentaria frente a la Constitución y la ley, que recae en la regla general que consagra el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, de facultar al Presidente de expedir normatividad “para la cumplida ejecución de las leyes”, la facultad reglamentaria de la Constitución por atribución directa de ésta, y las reglas de excepción que permiten a otros organismos del Estado a dictar normas con carácter general, son el marco normativo dentro del cual se ha movido la casuística nacional³.

¿Qué tan parecida es la experiencia de la historia reciente en el país a la tipología de comportamientos de países productores de petróleo y empresas inversionistas descrita en el estudio del profesor WÄLDE? La respuesta no es fácil pues depende de posiciones y concepciones políticas y jurídicas que este escrito pretende reseñar. La intención es divulgar reflexiones y permitir a los lectores elementos de análisis que sirvan para tomar posición frente a cada caso particular que en el futuro se pudiera presentar, ya sea desde la visión oficial o particular.

SÍNTESIS DEL ARTÍCULO DEL PROFESOR T. W. WÄLDE

A continuación resumo los principales análisis del artículo “Renegociación de derechos adquiridos en la industria petrolera: la industria y los ciclos políticos satisfacen el Estado de derecho” del profesor T. W. WÄLDE⁴:

3 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 450.

4 THOMAS WÄLDE, “Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law”, Oxford University Press on behalf of the AIPN; Copyright 2008, tomado de la versión electrónica del *Journal*

Asunto: ¿Los instrumentos de buen gobierno y el Estado de derecho tienen alguna importancia cuando se enfrentan a la fuerza de los ciclos de las industrias de recursos y la energía?

Esta pregunta plantea inicialmente el tema y el problema. Los ciclos industriales marcados por los incrementos en los precios internacionales de los recursos naturales no renovables, mineros o petroleros, motivan a los gobiernos de los países productores a variar los términos bajo los cuales los inversionistas internacionales originalmente llevaron a cabo su inversión. Este hecho es notorio cuando los contratos fueron celebrados en época de precios bajos, cuando surge un cambio de gobierno que conlleva un cambio de política frente a la inversión privada y extranjera o en las reversiones a las políticas de privatización de activos estatales. Afirma el escrito comentado que:

las solicitudes de renegociación son más agudas cuando los contratos originales no establecieron un sistema de adaptación interno equilibrado que ahora permitan un resultado políticamente aceptable para el Estado anfitrión. Incluso un sistema de ajuste interno que responda a cambios en la rentabilidad y renta mineral (v. gr. con regímenes financieros basados en la tasa de retorno) no puede acomodarse completamente a las demandas de revisión del Estado anfitrión si su estructura refleja un poder de negociación desequilibrado al momento de la negociación⁵.

Los ciclos de precios altos facilitan políticas de nacionalismo de los recursos naturales tal como sucedió desde finales de la década de 1980 hasta 2000, y tal como sucedió en los últimos años. Las demandas políticas bajo el llamado Nuevo Orden

of World Energy Law & Business, mayo de 2008 [<http://jwelb.oxfordjournals.org>], traducción libre del autor con la colaboración de ÁNGELA A. PULECIO.

5 WÁLDE, ob. cit., p. 1.

Internacional de los 70 se usaron para justificar nacionalizaciones. Se invocaron argumentos tales como el principio *rebus sic stantibus*, mediante el cual los contratos sólo son válidos si las circunstancias en que se suscribieron siguen siendo las mismas, o el derecho soberano a revocar o modificar sustancialmente los términos contractuales o se valieron de que los derechos adquiridos durante la década de 1980, bajo tratados de protección a la inversión, ahora están sometidos a la jurisdicción prevalente de las cortes nacionales. Así, los derechos adquiridos quedan sujetos a la discreción de los gobiernos. Son simples “entendimientos políticos” desprovistos de un verdadero carácter obligatorio legal.

El factor soberanía, especialmente en países con control sobre el poder judicial, hace que los contratos sean entendimientos políticos temporales que afectan la industria, ya que ésta requiere altas inversiones iniciales que sólo se recuperan durante largos períodos de tiempo. A través de las facultades de regulación y tributación, el Estado anfitrión controla la recuperación y el inversionista está, por lo tanto, expuesto como rehén a los poderes del país anfitrión.

Todas las leyes sobre inversión extranjera, particularmente las teorías de internacionalización de la ley aplicable, las cláusulas de estabilización, el acceso al arbitraje internacional y los tratados de inversión más recientes y más vigorosos con arbitraje directo entre el inversionista y el Estado, pueden entenderse como una forma para solucionar esa exposición unilateral del inversionista frente a los poderes del Estado anfitrión luego de realizada la inversión y luego de dispararse el efecto ‘de rehén’ [...] Aplicar el ‘Estado de derecho’ a esos acuerdos significa convertir los entendimientos políticos sujetos a la discreción del Estado anfitrión a compromisos contractuales que se pueden hacer efectivos bajo un sistema legal y un proceso de exigibilidad fuera del control del Estado anfitrión y

por lo tanto confiable y más adecuado para ser la base de una inversión de capital inicial a gran escala⁶.

Analiza el escrito citado cuál es la función del “derecho” frente a las presiones por las nacionalizaciones y cuestiona si el Estado de derecho tiene significado sustancial en la relación inversionista Estado. El principio de Estado de derecho protector de los derechos individuales en controversia con el Estado está incorporado en los contratos con el inversionista extranjero, en acuerdos de estabilización, en garantías establecidas en la legislación y en el sometimiento al arbitraje internacional. También el concepto subyace a la protección de la inversión derivada de los tratados bilaterales y multilaterales. En el núcleo del principio de Estado de derecho se encuentran los conceptos que exigen que las normas jurídicas deban ser predecibles y que se deben respetar los derechos adquiridos (dentro de los parámetros establecidos por la ley).

Hace la distinción entre lo que se considera una violación a un derecho adquirido por el cambio de legislación o regulación que impone una carga al inversionista y un simple ejercicio del poder regulatorio de los Estados sin que implique una violación de derecho alguno. La violación sólo surge si se ha incluido la específica mención a la norma protegida por el acuerdo de estabilidad. Sólo en ciertas ocasiones, aun sin haber especificado la norma, el cambio podría constituir una violación en la medida en que el cambio legal o tributario fuera una violación de la estabilidad esencial del negocio, es decir, aquello en que el inversionista pudo confiar para sus expectativas legítimas por un trato justo y equitativo.

6 WÄLDE, ob. cit., p. 3.

Los inversionistas ponen en la balanza los riesgos políticos, tributarios y legales contra el beneficio estimado. En esos contextos de 'Estado de derecho' y de impuestos y leyes razonables y consultadas, rara vez se negocian, se usan de soporte o se invocan los instrumentos específicos de estabilización en arbitrajes o litigios. El arbitraje es menos importante para los inversionistas de lo que sería en situaciones de alto riesgo político y en cortes nacionales controladas políticamente⁷.

A mayor riesgo político, mayor la necesidad de usar instrumentos jurídicos para la protección de la inversión. Los mecanismos como las cláusulas de estabilización, el arbitraje internacional y los tratados de protección a la inversión, son menos frecuentes, menos relevantes y pocas veces invocados en países con bajo riesgo político.

En situaciones donde existe un alto riesgo potencial y ninguna protección de inversión suficientemente creíble que esté disponible a través de la rama judicial nacional (esto es actualmente de manera pronunciada en Rusia, Venezuela o Bolivia), los inversionistas deben tomar su decisión de invertir con base en un balance de riesgo sin mitigar vs. recompensa dependiente del pronóstico de precios, costos y rentabilidad. También se verán forzados a buscar formas no legales de protección de su inversión involucrándose con los poderes nacionales más prominentes a través de dar capital sin costo como precio por la protección política, confiar en el apoyo del Estado de origen y otras formas de manejo informal y político de controversias (sobre todo por corrupción). Estas formas no legales tienen un alto precio; normalmente mucho más alto que en una situación donde son más efectivos los métodos legales de protección a la inversión en un contexto de Estado de derecho. Con frecuencia no están disponibles para las grandes compañías occidentales sujetas a regulaciones contra el soborno y el escrutinio de las (ONG) Organizaciones No Gubernamentales⁸.

7 WÄLDE, ob. cit., p. 5.

8 *Ibíd.*

El autor pone en duda la eficacia de los mencionados instrumentos jurídicos (tratados internacionales, arbitraje internacional, contratos con el Estado, cláusulas de estabilización y mecanismos de adaptación contractual) tratándose de países tercermundistas cuando hay ciclos de precios altos. No han podido prevenir incumplimientos de contratos en situaciones de emergencia económica ni dar protección a empresas petroleras internacionales en países como Rusia, Bolivia y Venezuela, en donde el apoyarse en instrumentos de protección a la inversión habría significado una salida forzada del país y sin compensación. Sugiere que la protección a la inversión basada en derecho nacional, mecanismos contractuales y arbitraje internacional basado en tratados, no proporciona la protección total y amplia para la cual fue diseñada y esperada por los más optimistas.

Afirma que para los escépticos el derecho es una simple forma sin efecto sustancial para el control o influencia en las fuerzas de la industria, incluyendo la política de países anfitriones y la economía política en la cual funcionan las industrias.

Ellos [los escépticos] sugerirían que las normas escritas en el derecho nacional, contratos, tratados internacionales y el derecho internacional consuetudinario proveniente de la jurisprudencia de las cortes y tribunales simplemente constituyen una ilusión de seguridad. Ellos sirven de consuelo y de tranquilizante para la gestión corporativa, los inversionistas, los bancos y los mercados financieros. Ellos les permiten aceptar las inversiones de alto riesgo bajo la ficción que la ley protegerá los términos de la inversión y por lo tanto el equilibrio de riesgo-recompensa subyacente a la decisión original de inversión. Los escépticos legales sugieren que los contratos y los derechos de propiedad no son sino piadosas 'declaraciones de intención' y 'declaraciones políticas'. Están establecidas para proporcionar garantías falsas, pero dispuestas a ser aceptadas para la cantidad de participantes. Pero al final, estarán completamente expuestos a las vaguedades del proceso político del país anfitrión y a las

relaciones políticas del Estado anfitrión y el Estado de origen del inversionista. El derecho, bajo este punto de vista, no es más que una ilusión que constituye una ficción necesaria para las operaciones en un mercado altamente politizado. Los petro-estados en desarrollo (o en transición) no operan bajo el 'Estado de derecho'. En su lugar, ellos utilizan –en palabras del Presidente PUTIN– una 'dictadura de derecho', es decir, utilizan la ley con exigibilidad selectiva para garantizar que no se pueda adquirir ningún derecho legal de forma segura y que todos los derechos estén expuestos al poder de aquellos que controlan los niveles formales e informales de poder. En aquellos países no existe 'Estado *de* derecho' sino en términos formales. En su lugar existe un 'Estado *por* derecho' dado que aquellos en el poder imponen la apariencia de funcionar en armonía con las formalidades del derecho. Pero en realidad, las formalidades y las instituciones de derecho (es decir, las cortes, los fiscales, el sistema judicial, las autoridades tributarias, etc.) se encuentran bajo el control total y directo de aquellos con el poder político sobre la maquinaria estatal⁹.

El profesor WÄLDE se cuestiona sobre si es verdaderamente posible fijar los términos originalmente negociados en relaciones de largo plazo, sea por contrato, ley nacional o tratado internacional.

¿Será que el futuro es simplemente inmanejable convirtiéndose en un asunto de destino incierto o podrán los abogados con su cada vez mayor sofisticación y complejidad en cada 'documentación' detallada y profunda lograr que realmente se congele el presente y se fije el futuro –como jugar a Dios? O será que el trabajo legal en dichas transacciones es más un juego de crear ilusiones que satisfagan a los accionistas, financieros, reguladores y el mercado de capital; pero en la realidad, sólo tiene un efecto moderado. Y entre menor sea, más distante será el futuro y mayor será el abismo en la geografía, la ideología política, la religión y la cultura, todo exacerbado

9 WÄLDE, ob. cit., p. 6.