

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 1 de 27

Contenido

1. Introducción	2
2. Información general del Acuerdo	3
3. Antecedentes y Razones de Oportunidad y Conveniencia que justifican su expedición.	4
3.1. Antecedentes normativos y de Política Pública.....	4
3.2. Contenido del proyecto de acuerdo	6
4. Ámbito de aplicación y sujetos a quienes va dirigido.....	23
5. Fundamento Jurídico.....	23
5.1. Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo.....	23
5.2. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas.	24
5.3. Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo.	25
6. Impacto Económico.....	26
7. Viabilidad o disponibilidad presupuestal	26
8. Impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación.....	27
9. Estudios Técnicos que sustentan el proyecto normativo.....	27

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

"Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa"

Pág. 2 de 27

1. Introducción

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) reconoce la mejora normativa como uno de los tres pilares fundamentales, junto con la política fiscal y la política monetaria, para lograr una gestión económica eficiente y la implementación efectiva de políticas públicas. Como miembro de la OCDE, Colombia se ha comprometido a optimizar su política regulatoria, destacando el Análisis de Impacto Normativo (AIN) como una estrategia clave para este fin.

En cumplimiento de este compromiso, Colombia emitió el documento CONPES 3816 el 4 de octubre de 2014, el cual establece los lineamientos para la Política de Mejora Normativa y orienta el proceso de AIN, la cual fue objeto de desarrollo mediante el Decreto 1081 de 2015 modificado por el Decreto 1609 de 2015 y aun cuando esta normativa dicta criterios frente a la actividad normativa del Presidente de la República, esta es aplicable al ejercicio normativo y regulatorio de la ANH como expresión de la mejora en los procesos reglamentarios y regulatorios del estado, con lo cual es crucial que se incluya, con el proyecto de acuerdo, una Memoria Justificativa que contenga los antecedentes y las razones que justifican el Acuerdo, proporcionar un análisis exhaustivo de la competencia para su expedición, especificar su ámbito de aplicación y evaluar su viabilidad jurídica y su impacto económico.

En el caso particular de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, así como los concernientes a su comercialización y a las demás actividades industriales y comerciales del sector, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 los somete a la aplicación de una legislación especial, al tiempo que asigna a las entidades con competencia frente a dichos contratos, la responsabilidad de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que han de pactarse, y las cuantías y los trámites a los que deben sujetarse esos contratos, con observancia del deber de selección objetiva y de los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

En línea con la anterior facultad, el numeral 7 del artículo 8 del Decreto Ley 4137 de 2011 y el numeral 7 del artículo 7 del Decreto 714 de 2012 le otorgan al Consejo Directivo la potestad de *"Aprobar los manuales de contratación misional de la Agencia, los modelos de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, y establecer las reglas y criterios de administración y seguimiento de los mismos"*.

Con ello en mente, el artículo 28 de la Ley 1753 de 2015, actualmente vigente, otorgó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH la facultad para adoptar reglas de carácter general, de conformidad con las cuales podrían adecuarse o ajustarse los Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos y los contratos de evaluación técnica en materia económica sin reducir los compromisos de inversión inicialmente pactados y con el propósito de *"hacer frente a situaciones adversas de caída de los precios internacionales de los hidrocarburos, en los niveles"*

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 3 de 27

de producción, niveles de reserva, con el propósito de mitigar los efectos negativos de estos fenómenos en la economía nacional y en las finanzas públicas”.

En este contexto, el propósito del acuerdo es promover el aumento de recursos y reservas de hidrocarburos dentro del marco de una transición energética justa y la normalización de los contratos misionales de hidrocarburos de manera que consulten: el interés nacional, los principios de la función administrativa y la contratación estatal aplicables a este tipo de contratos, el contexto de países productores y la experiencia acumulada de la ANH en la gestión contractual, con lo cual se hace necesario construir las reglas que en el presente proyecto de Acuerdo *“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”*.

2. Información general del Acuerdo

- Fecha de sesión de Consejo Directivo en la que se sometió el Acuerdo a aprobación para publicación a comentarios: Sesión ordinaria No. xxxx de 2025, celebrada el XXX de enero de 2025.
- Periodo de publicación a comentarios: Conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, tras la aprobación para la publicación a comentarios, el Acuerdo se publicó en la página web de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) en el apartado *“Proyectos de Normatividad”* (<https://www.anh.gov.co/es/normatividad2/proyectos-de-normatividad/>). El período de comentarios fue de quince (15) días calendario, **desde el XXX de 2025 hasta el XX de 2025**.
- Información sobre Abogacía de la Competencia: En cumplimiento del artículo 2.2.2.30.5 del Decreto 1074 de 2015, por el cual se definen las reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo con fines regulatorios que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, la ANH verificó el cuestionario del que trata la Resolución 44649 de 2010, encontrando que la totalidad de las respuestas contenidas en el cuestionario resultó negativa, por lo que se considera que las disposiciones contenidas en este acuerdo no tienen incidencia sobre la libre competencia en los mercados y en consecuencia no se requiere informar a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. El cuestionario se anexa a la presente memoria.

Adicionalmente se precisa que las reglas relativas al Acuerdo 6 de 2023 fueron objeto de consulta con el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la SIC que fue contestada mediante radicado No.23-392293-6-0 de 21 de septiembre de 2023, concluyendo lo siguiente:

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 4 de 27

“Esta Superintendencia reconoce que las medidas que adopta el proyecto son coherentes con el propósito regulatorio perseguido por la ANH y se encuentran debidamente fundamentadas. Por tal motivo, esta Autoridad no proferirá recomendaciones en materia de libre competencia económica al regulador”.

3. Antecedentes y Razones de Oportunidad y Conveniencia que justifican su expedición.

3.1. Antecedentes normativos y de Política Pública.

El presente proyecto de acuerdo se fundamenta en varios preceptos constitucionales y legales que definen el rol y las responsabilidades de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) en la gestión integral de los recursos hidrocarburíferos de propiedad de la nación, así como en el marco de la política pública para la Transición Energética en armonía con el sector específico de los hidrocarburos, el cual requiere una normativa diferenciada frente al trámite regular de la administración pública.

De conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política de Colombia, el Estado ostenta la titularidad del subsuelo y los recursos naturales no renovables. En este contexto, la ANH, según lo estipulado en el Decreto Ley 4137 de 2011 y el Decreto 714 de 2012, está encargada de la administración óptima y sostenible de dichos recursos, con el objetivo de promover la seguridad energética del país. Por lo cual el Consejo Directivo de la ANH tiene dentro de sus funciones la definición de criterios para la administración de contratos, así como la adopción de las reglas aplicables a los contratos.

De otra parte, el artículo 24 de la Ley 2099 de 2021 dispuso: *“El Ministerio de Minas y Energía promoverá la reconversión de proyectos de minera e hidrocarburos que contribuyan a la transición energética. Para este propósito, la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería podrán diseñar mecanismos y acordar condiciones en contratos vigentes y futuros que incluyan e incentiven la generación de energía a través de Fuentes no Convencionales de Energía -FNCE, el uso de energéticos alternativos, y la captura, almacenamiento y utilización de carbono”*.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 4075 del 29 de marzo de 2022, en su política de transición energética, resalta que está es fundamental para el crecimiento económico sostenible, el aumento de la seguridad y confiabilidad energética, y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), contribuyendo así a mitigar los impactos del cambio climático y proteger la salud pública.

En particular, el CONPES 4075, en su numeral 4.3.1, titulado *“Estrategia para incrementar la seguridad y confiabilidad energética”*, y en la línea de acción 1, *“Promoción e incremento de la eficiencia energética”*, indica que en 2023 la ANH, junto con el Ministerio de Minas y Energía, debe promover y asegurar la incorporación de medidas para el uso de FNCR y la

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

"Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa"

Pág. 5 de 27

implementación progresiva de medidas de eficiencia energética en las actividades asociadas a los contratos de exploración y producción de hidrocarburos.

Adicionalmente en el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, expedido mediante la Ley 2294 del 19 de mayo de 2023, se dispuso el componente de la Transición energética justa, segura, confiable y eficiente, estableciendo en su parte general el *"Ordenamiento del territorio alrededor del agua y justicia ambiental"* en los siguientes términos: *"(...) Es necesario sentar las bases para reducir los conflictos ambientales en las cuencas hidrográficas, garantizar el cuidado de la riqueza natural, y la implementación de herramientas para la adaptación, la resiliencia climática, y la compensación territorial. El ordenamiento del territorio es importante porque (...) la disminución de la dependencia de los hidrocarburos y la minería tiene que ir a la par con una apropiación por parte de las comunidades de las rentas generadas por las energías alternativas (...)"*.

Para la materialización de la política pública en materia de transición energética, de la mano de la optimización de los recursos naturales que actualmente se encuentran bajo contrato, es necesario establecer disposiciones a las cuales los contratistas puedan acogerse y que permiten el cumplimiento de los fines referidos, frente a lo que la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012 ha dispuesto:

"En efecto, el artículo 38 de la ley 153 de 1887 dispone: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", mientras el inciso segundo del artículo 2 de la ley 1508 señala: "Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración". Estas disposiciones buscan proteger la confianza legítima de quienes celebran acuerdos de voluntades al amparo de ciertas reglas, es decir, la confianza en que las condiciones que previeron no se alterarían en perjuicio del equilibrio de cargas acordado, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento de las relaciones económicas y que por ello es amparado por la Carta Política¹".

En este orden de ideas, es claro que las reglas fijadas por el Consejo Directivo en el presente proyecto de acuerdo sólo pueden aplicarse a contratos vigentes si los contratistas voluntariamente deciden acogerse a sus reglas y en este sentido se considera necesario que los ajustes que posibilitarán cambios en materia de reducción de huella de carbono o la adopción del Plan Integral de Gestión del Cambio Climático Empresarial se acompañen de ajustes que faciliten la normalización de contratos y garanticen así el aprovechamiento adecuado de las reservas existentes en los contratos que hoy se encuentran vigentes.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 6 de 27

En adición a lo referido anteriormente, la experiencia acumulada de la ANH en la gestión de los Contratos Misionales de Hidrocarburos permite buscar la eficiencia y eficacia en la administración de los recursos a través de la implementación de mecanismos normativos cuya finalidad sea la promoción de la ejecución de actividades conducidas al desarrollo e incremento de las reservas actuales en el marco de los contratos vigentes.

3.2. Contenido del proyecto de acuerdo

El Acuerdo está dividido en tres (3) Títulos:

Título I: Reglas para promover el aprovechamiento de áreas asignadas.

Título II: Normalización contractual.

Título III: Acogimiento, Régimen de Transición y Vigencia.

Ahora bien, el primer Título primero **“Reglas para promover el aprovechamiento de áreas asignadas”**, está integrado por tres capítulos, los cuales se analizarán de forma pormenorizada

- **Del Capítulo 1 “Reglas para áreas de evaluación”**

Sobre el **Capítulo 1 “Reglas para áreas de evaluación”**, debemos señalar que el proyecto de acuerdo hace un esfuerzo por delimitar el concepto de áreas y operaciones de evaluación, y el paso entre el periodo de exploración y el de producción o explotación y la devolución de áreas, momento que resulta vital para el desarrollo de la actividad contractual.

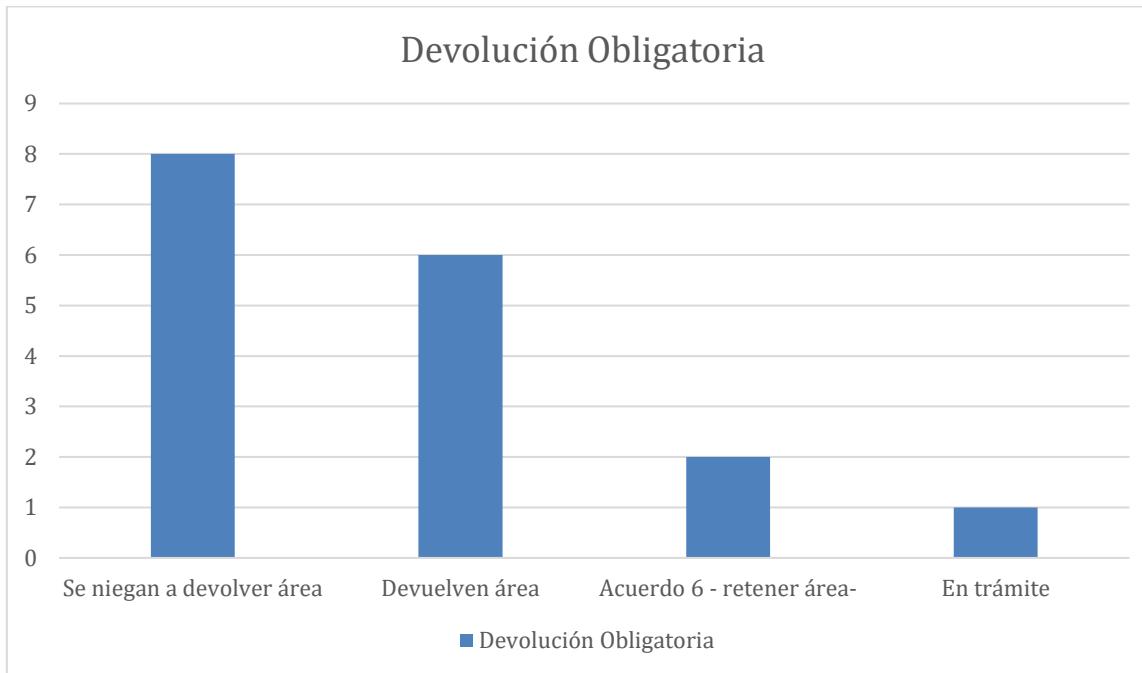
Con ello en mente, las áreas de evaluación se definen como aquellas que se delimitan a partir de un descubrimiento, y son consideradas como una transición entre el periodo de exploración y el periodo de producción, en las que el contratista realiza actividades adicionales a aquellas pactadas y de carácter obligatorio, con el propósito de evaluar si el descubrimiento es comercial y hasta dónde se extiende el yacimiento.

Pese a esta funcionalidad claramente establecida y que naturalmente implica que un área demarcada como de evaluación podría calificarse como un área interesante para efectos del contrato o convenio misional de hidrocarburos, la interpretación que se ha dado a las cláusulas contractuales, sumado a la disposición que se encuentra en el Título II del Acuerdo 6 de 2023 (Concerniente al tema de Alivios), han llevado a la devolución anticipada de estas áreas, incluso cuando el descubrimiento es comercial, o cuando el contrato continúa en periodo exploratorio o posterior.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 7 de 27



Fuente. Gerencia de Seguimiento a Contratos en Producción- VCH- ANH. Elaboración propia.

Como se puede evidenciar del cuadro anterior, de los 17 casos, alrededor del 50% se han negado a realizar la devolución del área, algunos de estos casos llegan a instancia ejecutiva, y del total sólo en 2 casos se hizo uso de la opción de retener el área sujeto a actividad adicional, plasmado en el Acuerdo 6 de 2023, uno de ellos expresando inconformidad con la alternativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, esto es, que las minutas contractuales tienen un vacío frente a la devolución de las áreas de evaluación que luego de la declaratoria de comercialidad no quedan incluidas dentro del área de producción, el proyecto de acuerdo busca introducir reglas que brinden seguridad jurídica en estos casos, pero adicionalmente que sean coherentes con el propósito de aumentar las reservas generadas con los contratos vigentes y consecuencialmente generen mayor claridad en materia de derechos económicos tanto por uso del subsuelo, como por precios altos.

Con ello, a través de la redacción propuesta se pretende consolidar las definiciones de los conceptos de área y operaciones de evaluación, en concordancia con la de área de producción o explotación y a partir de estos consolidar una única interpretación y visión sobre el manejo y devolución anticipada de áreas, con el fin optimizar la ejecución contractual, y limitar la devolución de áreas que finalmente puede terminar restringiendo innecesariamente la actividad exploratoria del contratista.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 8 de 27

- Del Capítulo 2 “Acreditación de Obligaciones Contractuales”

El cumplimiento o acreditación de obligaciones contractuales es un aspecto fundamental para la consolidación de una gestión contractual orientada a promover la efectiva, eficiente y oportuna ejecución de los compromisos de inversión inicialmente pactados ya que en la ejecución de contratos misionales de hidrocarburos suele presentarse que las obligaciones de la fase exploratoria se correlacionan con un valor, y aun cuando la naturaleza de estas obligaciones frente al estado es la recepción de la actividad, que traduce en conocimiento técnico, el hecho de asignar un valor, establece la necesidad para el contratista de agotar dicho valor en la ejecución de las obligaciones, a fin de entender agotado su compromiso exploratorio.

La situación referida ha derivado en obligaciones pendientes por el faltante generado a partir la ejecución integral de las actividades comprometidas que finalmente NO liberan al contratista de las obligaciones inicialmente pactadas, sin alternativas para su cumplimiento más allá del pago en dinero del valor no ejecutado a la finalización del contrato.

Este aspecto es relevante porque aún se cuenta con 30 contratos con estas características, en periodo de exploración, algunos de ellos aún con obligaciones pendientes por ejecutar, con la potencialidad de ser cedidos, pero precisamente con la complejidad que implica la valoración de obligaciones en montos superiores a los precios de mercado.

En línea con lo anterior y sin reducir los compromisos de inversión inicialmente pactados, en tanto todas las actividades deberán ser ejecutadas con las especificidades dispuestas en cada contrato, se plantea la conversión de los compromisos exploratorios a puntos para su ejecución en aquellos casos en los que no se hayan ejecutado, sin modificar en ningún caso el monto base para efectos del PBC; y en los casos en los que se han ejecutado actividades y fijado un monto remanente de las mismas, se establecen mecanismos para cumplir con ese monto, sea convirtiendo el monto a puntos para la ejecución de actividades exploratorias, invirtiendo ese monto en proyectos de energías renovables o finalmente mediante el pago en dinero.

Para estos efectos, dada la derogatoria del artículo 33 del Acuerdo 2 de 2017, se hace necesaria la adopción de una tabla de puntos que corresponde a la fijada mediante Acuerdo 9 de 2021 y el ajuste de los acuerdos que aún fijaban nuevas obligaciones con equivalencia en dinero en lugar de la equivalencia en puntos.

El impacto de estas medidas cobijaría la inversión remanente que aún no se ha ejecutado o se encuentra pendiente, así:

“Balance y ejercicio grafico de cumplimiento de la inversión remanente en pagada en USD\$ a la ANH, inversión acreditada, inversión cumplida en otras actividades, inversión trasladada, inversión remanente pendiente de cumplimiento, así:

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 9 de 27

[?]

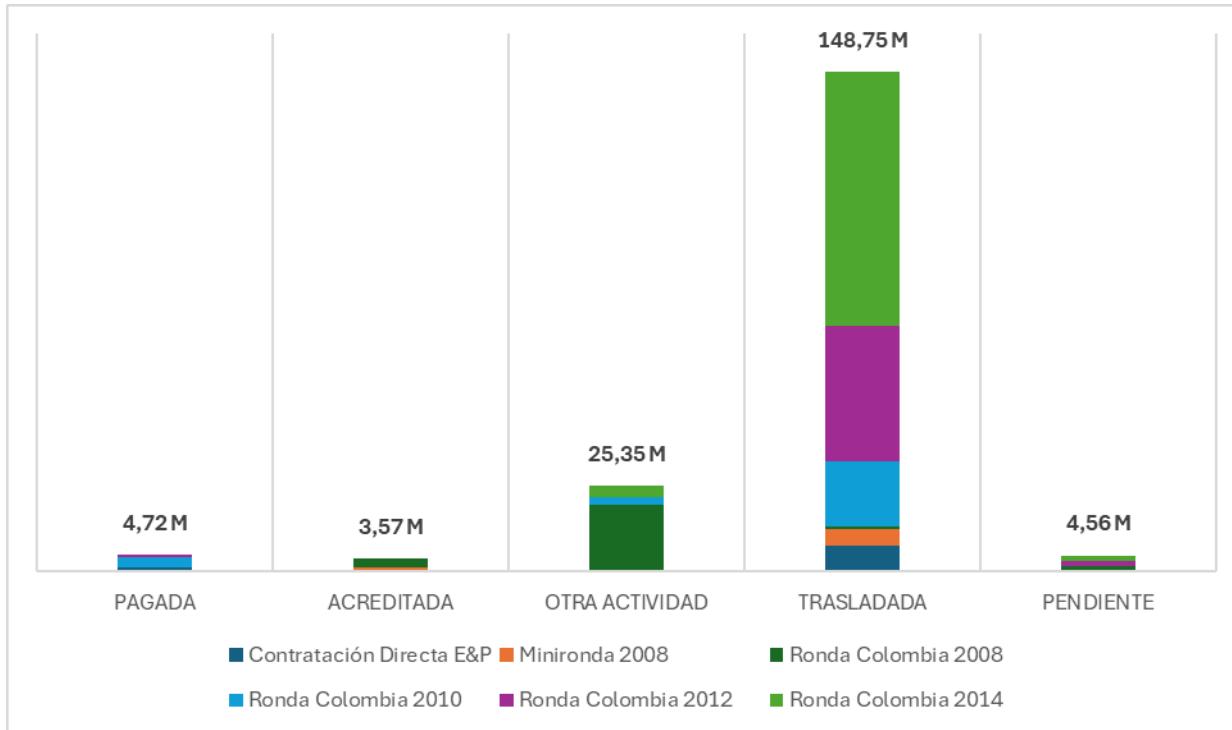
Proceso Competitivo	PAGADA	ACREDITADA	OTRA ACTIVIDAD	TRASLADADA	PENDIENTE	Total
Contratación Directa E&P	0,92 M	0,00 M	0,00 M	7,70 M	0,00 M	8,62 M
Minironda 2008	0,00 M	1,01 M	0,00 M	4,62 M	0,16 M	5,80 M
Ronda Colombia 2008	0,00 M	2,56 M	19,87 M	0,80 M	1,33 M	24,56 M
Ronda Colombia 2010	3,00 M	0,00 M	2,29 M	19,58 M	0,00 M	24,87 M
Ronda Colombia 2012	0,80 M	0,00 M	0,00 M	40,14 M	1,37 M	42,30 M
Ronda Colombia 2014	0,00 M	0,00 M	3,19 M	75,92 M	1,70 M	80,81 M
Total	4,72 M	3,57 M	25,35 M	148,75 M	4,56 M	186,95 M

Fuente. Gerencia de Seguimiento a Contratos en Exploración- VCH- ANH. Elaboración propia.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 10 de 27



Fuente. Gerencia de Seguimiento a Contratos en Exploración- VCH- ANH. Elaboración propia.

Lo antes planteado permitirá al contratista cumplir con las obligaciones exploratorias respecto de los montos no ejecutados e inicialmente comprometidos, permitiéndole realizar actividades que acrediten los montos remanentes de uno o varios contratos y posibilitándole a la ANH la recepción de actividades que impliquen conocimiento técnico y las inversiones inicialmente determinadas.

- **Del Capítulo 3 “Acreditación de compromisos con inversiones en energías renovables”.**

En línea con lo anterior, en este capítulo se propone ampliar la vigencia del Acuerdo 6 de 2023 para precisar que se puede aplicar a todos los Contratos Misionales de Hidrocarburos sin la restricción temporal originalmente prevista la cual condicionaba la aplicación del mismo a un máximo de dos años posteriores a la expedición del acuerdo en mención.

Así mismo, se ajustan los artículos 17 y 18 del Acuerdo 6 de 2023 que permiten la inversión de montos pendientes y remantes de obligaciones contractuales en energías renovables y se busca asociarlos directamente a la reglamentación que expida la Agencia en el marco del Acuerdo 4 de 2024, de esta forma lograr la materialización de la inversión en este tipo de energías.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 11 de 27

El **Título II: Normalización contractual** está conformado por cinco (5) capítulos:

- **Del Capítulo 1 “Reglas aplicables a las garantías”.**

Este capítulo surge como respuesta a la solicitud de las compañías de establecer alternativas a la Carta de Crédito *Stand By* exigida en las diferentes minutas por los altos costos asociados a la misma lo que ha originado la necesidad para la entidad de estudiar tal posibilidad, pero sin desmejorar las condiciones que tal instrumento le otorga para efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Actualmente se encuentran amparados por Carta de Crédito por Garantía Bancaria 269 contratos que ascienden a la suma de OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIUNMIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS DÓLARES ESTADOUNIDENSES (USD\$831'821.662)

Según se ha expresado por las empresas contratistas, estas cartas de crédito emitidas por entidades bancarias si bien son una muy buena alternativa de asegurabilidad para la ANH, les obligan en la práctica a realizar el pago de contragarantías de alrededor del valor mismo del monto asegurado, lo que implica que el contratista debe duplicar la inversión, de un lado para ejecutar la actividad y de otro para constituir la garantía, por lo que se busca habilitar otro tipo de garantía, también a primer requerimiento que mantenga las condiciones de suficiencia y solidez de las condiciones de la garantía y sólitez del garante para la ANH, pero no exijan al contratista, dentro del negocio jurídico que éste celebre con el garante el pago de una contragarantía líquida en los montos y condiciones de la Carta de Crédito *stand by*.

Sobre este particular la Agencia cuenta con dos insumos, a saber, el primero, el estudio realizado por la firma IHS Markit a partir de contrato de 2019 y el segundo, la consultoría celebrada con la firma CMS-Rodríguez Azuero en el marco del contrato celebrado con el Ministerio de Minas y Energía C-014-18.

En el primero de insumos, orientado hacia la competitividad en el sector de hidrocarburos en Colombia, se realiza la comparación de las condiciones de las garantías en Colombia, EEUU (Gom), EUU (Texas), Alberta (Canadá), Reino Unido, Irlanda, Israel, México, Brasil, Argentina, Guayana, Perú y Ecuador, concluyendo con la recomendación de *“Menos garantías financieras para igualar la menor prospectividad y tamaño de las oportunidades en Colombia”*.

² Estudio para evaluar la competitividad del sector de hidrocarburos en Colombia en el contexto regional y global, con énfasis en las actividades de exploración y producción. Fase 3 Plan de Acción. 2 de septiembre de 2019. IHS Markit. (Página 25)

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 12 de 27

Con ello en mente, la consultoría referida sugiere que, en términos de competitividad, las exigencias en materia de garantías están por encima de otros aquellas dispuestas en otros ordenamientos, teniendo en cuenta la potencialidad hidrocarburífera del país.

De otra parte, el segundo instrumento, consultoría adelantada por CMS Rodríguez Azuero, hace la siguiente reflexión frente a las garantías exigidas por la ANH:

“3.6.24. Por ejemplo, se permite el otorgamiento de pólizas de seguros o cartas de crédito a primer requerimiento. Para comenzar, es discutible si una póliza de seguros puede ser a primer requerimiento y si puede usarse para extinguir obligaciones que no tengan naturaleza de perjuicios. Al efecto, reiterando lo establecido en la ley, la Corte Suprema de Justicia ha advertido que dado el carácter indemnizatorio del seguro “...acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de mayo de 2002. Exp. 6181. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.). Pero creemos que, si se establece un clausulado suficientemente robusto que la haga verdaderamente a primer requerimiento, podrían aceptarse asumiendo un riesgo razonable de no pago por parte de la aseguradora. Adicionalmente, las pólizas de seguro suelen en la práctica ser poco atractivas para el beneficiario –ANH- en comparación con una carta de crédito, en cuanto a la facilidad de ejecución de la garantía, pues las compañías aseguradoras suelen objetar el pago con base en hechos asociados tanto con la relación subyacente como con los términos mismos de la póliza.

3.6.25. Tal como está diseñado el contrato hoy, parecería que el contratista podrá escoger cualquiera de las garantías anteriores. Una previsión que le permita al contratista seleccionar la garantía que debe otorgar para cumplir un requisito contractual, llevará sin duda a que terminen seleccionándose las garantías de menor precio que como lo advertimos, suelen ser las menos buenas para la ANH.

3.6.26. Así mismo, haber incluido garantías bancarias y cartas de crédito standby suscita interrogantes. Para comenzar, las cartas de crédito emitidas por entidades financieras son en estricto rigor garantías bancarias, por lo que la distinción no es útil salvo que respecto de unas u otras se exijan reglamentos modelo específicos que las distingan. En uno u otro caso, es fundamental verificar el cumplimiento de requisitos mínimos que deberían exigirse contractualmente. Entre tales requisitos, es fundamental establecer las reglas aplicables a la garantía bancaria (por ejemplo, URDG758) o de las cartas de crédito (por ejemplo, UCP600 o ISP98), pues unas y otras son esenciales para el beneficiario.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 13 de 27

3.6.27. Además, es clave determinar los requisitos para la ejecución, pues la noción de primer requerimiento (o demanda guarantee) es suficientemente amplia como para admitir un acto administrativo en firme, una comunicación con declaración de incumplimiento y cobro o la simple solicitud de pago.

3.6.28. También es clave el requisito de irrevocabilidad que, se incluye respecto de las Sandy, pero se echa de menos en las demás (incluyendo las otras garantías bancarias)³.

En dicha consultoría se tomó como referencia un borrador de minuta que incluyó la siguiente alternativa a la Carta de Crédito Stand By:

Garantía a primer requerimiento emitida en Colombia	<ul style="list-style-type: none">• Debe ser una entidad especializada dedicada al negocio de garantías personales y fianzas.• Debe tener a la fecha de emisión, una calificación de contraparte de largo plazo de una agencia calificadora de riesgo autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, de reconocimiento internacional, de mínimo: (i) AAA si es una calificación local, o (ii) BBB- si es una calificación de escala global.	<ul style="list-style-type: none">• URDG758
-----------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------

Con ello en mente, la consultoría revisada sugiere como punto neurálgico la determinación de los requisitos para la ejecución, en cabeza de la noción de primer requerimiento (o *demand guarantee*).

Teniendo en cuenta lo anterior se traen al presente Acuerdo las Reglas y Usos Uniformes aplicados a créditos documentarios expedidos por la Cámara de Comercio Internacional de París y para esos efectos se incorporan las reglas UCP 600, ISP98 y URDG758, éstas dos últimas como garantías a primer requerimiento o primera demanda las cuales se proponen sean admitidas, como se hace en el ámbito internacional.

³ Entregable 2 / C-014-18 Ministerio de Minas y Energía. CMS Rodríguez Azuero, (Página 35)

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 14 de 27

Frente a esta última alternativa y con el fin de buscar la solidez de la empresa que tenga en su objeto emitir garantías a favor de terceros, se incorpora la exigencia de que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades por razón de sus activos ó ingresos, en virtud de lo previsto en el artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015, que indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.2.1.1.1. Causales de vigilancia por activos o ingresos. Quedarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, siempre y cuando no estén sujetas a la vigilancia de otra Superintendencia, las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales que, a 31 de diciembre de 2006, o al cierre de los ejercicios sociales posteriores, registren:

1. *Un total de activos, superior al equivalente a setecientos ochenta y nueve mil trescientos noventa coma seis (789.390, 6) unidades de valor tributario - UVT;*

(Numeral MODIFICADO por el Art. 32 del Decreto 2642 de 2022)

2. *Ingresos totales, incluidos superiores al valor de setecientos ochenta y nueve mil trescientos noventa coma seis (789. 390,6) unidades de valor tributario - UVT.*

(Numeral MODIFICADO por el Art. 32 del Decreto 2642 de 2022)

PARÁGRAFO. Para los efectos previstos en este artículo, los salarios mínimos legales mensuales se liquidarán con el valor vigente al 1 de enero siguiente a la fecha de corte del correspondiente ejercicio.

La vigilancia en este evento, iniciara el primer día hábil del mes de abril del año siguiente a aquel al cuál corresponda el respectivo cierre contable. Cuando los montos señalados se reduzcan por debajo del umbral establecido en este artículo, la vigilancia cesara a partir del primer día hábil del mes de abril del año siguiente a aquel en que la disminución se registre”.

Aunado a este requisito, se exigirá también que quien otorgue la garantía cuente con un reaseguro por el total del valor garantizado emitido por una entidad calificada de reconocimiento internacional, de mínimo: (i) AAA si es una calificación local, o (ii) BBB- si es una calificación de escala global, lo anterior para contar con un reaseguro específico, que es una exigencia más estricta que la que se hace para la carta de crédito *Stand by*. Los anteriores requisitos para efectos de acreditar la solidez de quien otorga la garantía, además de que se hacen exigibles las condiciones previstas en las reglas URDG758, aplicables para derecho romano germánico.

Además de lo anterior, se establecen reglas para precisar cuándo y en qué condiciones procede la reducción de las garantías y cuál debe ser la vigencia en la que se otorguen, así como se regula también de manera precisa cuándo se pueden hacer efectivas, modificaciones que facilitan el seguimiento y efectividad de las garantías para la ANH, permitiendo así una alternativa de

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 15 de 27

asegurabilidad para las empresas, pero sin disminuir las condiciones favorables de la garantía para la ANH, lo que precisamente se garantiza con las reglas URDG758 o ISP68.

Así mismo y teniendo en cuenta que la motivación para establecer estas nuevas opciones de garantía es ofrecer alternativas al contratista para que adelante las inversiones, se incorporará un párrafo, para el caso de los contratos en ejecución, en el que se precise que el Otrosí en que se formalice el acogimiento, deberá incorporarse un Plan Anticipado de Inversiones, como requisito *sine qua non* para la aplicación de este artículo. Este plan deberá estar acompañado de un certificado del revisor fiscal que indique que estas inversiones están incorporadas en el Plan de Negocios de la Empresa para ser ejecutadas en los tiempos dispuestos en el cronograma.

De igual manera, se incorpora un artículo relativo a la constitución del Fondo de Abandono en los contratos que se constituye para garantizar la disponibilidad de los recursos financieros necesarios para abandonar el área, en el caso en que el Contratista incumpla total o parcialmente con su obligación, esto incluye el Taponamiento & Abandono de pozos; el desmantelamiento civil y mecánico de las facilidades de producción y la restauración ambiental de las Áreas de Explotación/ Producción

La disposición Contractual en los Contratos de E&P; Contratos de E&E y CE presenta una inconsistencia, toda vez que no se determina la divisa con la cual EL CONTRATISTA estimará el costo actualizado de las operaciones de Abandono; el valor del Fondo de Abandono de cada Área, ni la divisa con la cual EL CONTRATISTA establecerá un encargo fiduciario, una garantía bancaria, u otro instrumento aceptado por la ANH.

Los Contratos de E&P; Contratos de E&E y CE son ejecutados por empresas de diferentes nacionalidades por lo que sus instrumentos financieros se establecen tanto en COP\$, como en USD\$. Así mismo, los Contratistas tienen la libertad de estimar el costo actualizado de las operaciones de Abandono y el valor del Fondo de Abandono de cada Área en la denominación que mejor lo consideren.

Lo anterior conlleva a que en algunas áreas el Instrumento financiero y el valor del Fondo de Abandono se encuentren en diferentes divisas, por lo que, para efectos de verificar y hacerle seguimiento a la obligación la ANH, aplique la Tasa Representativa del Mercado (T.R.M.) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el 31 de diciembre del año del que se esté realizando la verificación de estimación del mencionado Fondo para la respectiva conversión de moneda.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

"Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa"

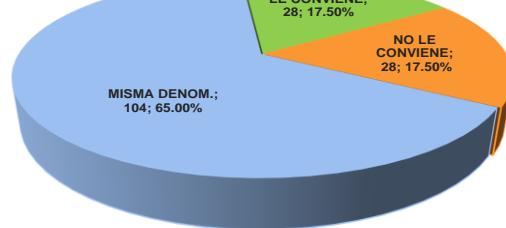
Pág. 16 de 27

PROYECCION T.R.M. @ 31 de diciembre
(2024 > 2023)



ANALISIS	MISMA DENOM.
CONTRATISTA	No. de Áreas
AMERISUR	1
CANACOL	9
CARRAO	1
CEDCO	4
CEPSA	1
CNE OIL & GAS S A S	3
COMTROL S.A.	2
DRUMMOND	1
ECOPETROL	2
EMERALD	2
FRONTERA	26
GRANTIERRA	12
HOCOL	9
NEW GRANADA	8
ONGC	2
PAREX	4
PERENCO	7
PSA	3
TABASCO	1
TECPETROL	1
VERANO ENERGY	4
WATTLE	1
Total general	104

I.F. en USD\$ y el CAB/FA en COP\$	ANALISIS	LE CONVIENE
CONTRATISTA	No. de Áreas	
CEDCO	3	
ECOPETROL	1	
FRONTERA	5	
GEOPARK	10	
HOCOL	8	
HUPECOL	1	
Total general	28	



I.F. en COP\$ y el CAB/FA en USD\$	ANALISIS	NO LE CONVIENE
CONTRATISTA	No. de Áreas	
ANDES PRODUCTION	2	
GREEN POWER	1	
IHSAA	2	
INTEROIL	2	
INVEPETROL	2	
LEWIS ENERGY	4	
OIRU CORPORATION	3	
OMEGA ENERGY	2	
OMNIA	1	
PAREX	2	
SAN AGUSTIN	2	
SUELOPETROL	1	
TECPETROL	2	
TPL	1	
WATTLE	1	
Total general	28 *	

* 21 Fidencias / 7 Garantías Bancarias

www.anh.gov.co

6

Lo anterior, podría generar discusiones sobre la aplicación de la Cláusula, toda vez que no está expreso en el clausulado del Fondo de Abandono la manera en que se debe aplicar la T.R.M. para el cumplimiento del Instrumento financiero, generando un impacto en el flujo de caja de las empresas a aquellas a las que les afecte de forma negativa la variación de la TRM, lo que se traduce en posibles dificultades en su flujo de caja, con la consecuente afectación de sus obligaciones con terceros que podrían desembocar en problemas sociales e impactar el normal funcionamiento de Los Contratos/Convenios y además inconvenientes de tipo legal y/o jurídico para la ANH, por lo que se incorpora un artículo que indica que *"la garantía que respalde el Fondo de Abandono debe ser constituida en la misma moneda en la cual sean presentados los Costos de las operaciones de Abandono de cada Área de Explotación y viceversa"*.

Así mismo, se prevé que en el evento en el que los costos de las operaciones de abandono sean presentados en una moneda diferente a la del instrumento que respalde el Fondo de Abandono, para su conversión se aplicará la Tasa Representativa del Mercado certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el 31 de diciembre del año del que se esté realizando la verificación de estimación del mencionado Fondo.

- Del Capítulo 2 “Modificaciones contractuales”.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

"Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa"

Pág. 17 de 27

Este capítulo busca incorporar reglas que ajusten la restricción que se le impuso a la autonomía de la voluntad en los contratos y convenios misionales de hidrocarburos – que se rigen por derecho privado- y que imposibilitan realizar modificaciones necesarias al contrato sin previamente acudir al Consejo Directivo en una lógica que impone entender las cláusulas de las minutas contractuales como pétreas, siendo ello más restrictivo incluso que el régimen del estatuto general de contratación estatal y que no se compadece con la lógica de un negocio jurídico de exploración y explotación de hidrocarburos que tiene plazos a más de 20 años.

Adicionalmente regula las cesiones de suerte que para la misma se exijan los requisitos de capacidad que se requirieron para la adjudicación del contrato y cuando se trate de cesiones de Convenios de Explotación o Producción y lo Convenios de Exploración y Producción, la ANH establecerá los requisitos de capacidad de los potenciales cesionarios.

De otra parte, establecen una posibilidad adicional de prorrogar el periodo de producción hasta el límite técnico del yacimiento, siempre que además de los requisitos previstos tradicionalmente en la minuta se presente un proyecto de reconversión tecnológica que permita el cambio de la fuente de energía para la producción por energías renovables, cuyo tránsito debe darse dentro de los siguientes 12 meses a partir de concedida la prórroga.

Este artículo tiene como propósito incrementar las reservas, inversiones, regalías y X Factor mediante la prórroga anticipada del período producción de los contratos E&P hasta su límite económico, haciendo más eficientes los contratos existentes y sin la necesidad de que se suscriban nuevos acuerdos.

Para estos efectos se tuvieron en cuenta lo siguientes antecedentes:

1. Los contratos E&P establecen un periodo de producción de 24 años contados a partir de la declaratoria de comercialidad de los respectivos campos (Periodo Inicial de Producción).
2. De igual forma, establecen un derecho en favor de los Contratistas de prorrogar el periodo de producción por 10 años y/o hasta el límite económico del campo, lo cual está sujeto a la ejecución de ciertas actividades, tales como:
 - Que el campo esté en producción previo a presentar la solicitud extensión.
 - La perforación de 4 pozos (1 por cada año antes de presentar la solicitud)
 - El establecimiento programa de recobro secundario, terciario o mejorado,
 - Y, en algunos contratos al aumento en el X Factor en un porcentaje 5% para crudos pesado y del 10% para crudos livianos.
3. Actualmente, este derecho solo puede ser ejercido en una ventana de tiempo que está entre 1 y 4 años anteriores al vencimiento del periodo de producción. Esta circunstancia hace que las reservas, las inversiones y las regalías, solo puedan ser calculadas hasta el Periodo de Inicial de Producción.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 18 de 27

4. Un ejemplo de esta problemática se evidencia en: (i) que los hidrocarburos que podrían ser explotados luego del Periodo Inicial de Producción son catalogados con recursos contingentes y no como reservas, y, (ii) que muchas inversiones no son aprobadas por las empresas Contratistas dado que no resultan económicas debido a que para su evaluación solo puede ser tenido en cuenta el Periodo Inicial de Producción y no el tiempo de la prórroga.
5. Anticipar el derecho de prórroga del periodo de producción contribuye a incorporar rápidamente reservas, estimular la ejecución de inversiones, impactar positivamente los ingresos que recibe el Estado a título de regalías, X Factor e impuestos y, enviaría un mensaje de estabilidad a los inversionistas.

Finalmente, en el último artículo de este acápite se incorpora la obligación de presentar un Plan Integral de Gestión del Cambio Climático Empresarial (PIGCC-e), así como sus avances en el Informe Ejecutivo Semestral -IES-, lo anterior, con sustento en los lineamientos definidos por el Ministerio de Minas y Energía para el Plan Integral de Gestión del Cambio Climático Sector Minero-Energético (PIGCC-e) y sus modificatorios, que en todo caso deberá acogerse cuando los contratistas soliciten el acogimiento a cualquiera de los artículos 2 al 5 del Capítulo 1 del Título 1 del Proyecto de Acuerdo.

- **Del Capítulo 3 “Aspectos relativos a la terminación y reducción de actividades o compromisos por imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato”.**

La Agencia Nacional de Hidrocarburos ha venido haciendo un esfuerzo por incorporar mecanismos que hagan efectivo el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible atado a la teoría de la imprevisión ante circunstancias que imposibiliten total o parcialmente la ejecución del objeto del contrato. En línea con lo anterior, y con el propósito de dar claridad a las reglas aplicables y permitir tanto la terminación como la reducción proporcional de actividades o compromisos se incorpora una primera modificación al acuerdo 01 de 2022, permitiendo la reducción mediante el mismo procedimiento establecido para la terminación por mutuo acuerdo.

En el mismo artículo y también en aras de dar claridad y facilitar la aplicación de la regla prevista en el artículo 7 del Acuerdo 2 de 2017 tal como fue modificado por el Acuerdo 9 de 2021, se precisa que para aplicar este artículo no se requerirá un otrosí de acogimiento y se deroga el parágrafo primero del citado artículo que fue incorporado por el Acuerdo 9 de 2021 para que se pueda aplicar de manera uniforme a todos los contratos, sin excluir aquellos en los que se pactó valor económico de exclusividad.

Finalmente se incorpora un artículo que permite la reducción de actividades o compromisos, o terminación de contratos en aquellos eventos no regulados en los que se materialice la imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato, como por ejemplo cuando lo que se encuentra en el subsuelo es un basamento cristalino que no permite ni la exploración, ni la producción de

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 19 de 27

hidrocarburos, o cuando *la explotación de los prospectos encontrados en un contrato para yacimientos convencionales sólo puede realizarse mediante Programas para exploración y explotación de yacimientos no convencionales*, y siempre previo análisis del porqué la terminación del contrato ofrece al Estado un mayor beneficio al que tendría en el caso de continuar con su ejecución en los términos pactados.

- **Del Capítulo 4 “Resolución autónoma de controversias y medidas contractuales de apremio”.**

Este capítulo busca regular y unificar las cláusulas contractuales de Instancia Ejecutiva y del procedimiento de incumplimiento que, por tratarse de contratos no sujetos al Estatuto General de Contratación, se rige por lo pactado en el Acuerdo vigente y el contenido del Contrato.

La Instancia Ejecutiva es un instrumento contractual previsto en las minutas de los Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos (E&P) y en los negocios jurídicos relacionados con la producción o explotación de hidrocarburos suscritos por la ANH. Su naturaleza es autocompositiva, lo que implica un acercamiento directo entre las partes (sin la mediación de un tercero) con el fin de resolver diferencias relacionadas con la aplicación de cláusulas contractuales que impactan la celebración, ejecución o terminación del contrato.

En esta actualización se ha incorporado un ajuste para que la Instancia Ejecutiva se surta en una sola etapa, con el objetivo de mejorar la eficiencia del trámite y optimizar los tiempos de respuesta por parte de la Agencia. Este cambio busca garantizar que las controversias sean conocidas directamente por el Presidente de la ANH o su delegado, así como el representante del contratista, quienes tendrán la responsabilidad de resolver la controversia en un plazo determinado.

Además, se aclara que tanto la ANH como el contratista pueden solicitar y activar el inicio de la Instancia Ejecutiva, reforzando el equilibrio entre las partes contratantes.

Este ajuste responde a la necesidad de agilizar el proceso, preservando la trazabilidad de las decisiones tomadas durante la Instancia Ejecutiva y evitando potenciales escenarios de daño antijurídico para la entidad.

Se ha precisado que la Instancia Ejecutiva no será procedente en ciertos eventos, tales como cuando los hechos ya hayan sido objeto de análisis en un Proceso de Declaratoria de Incumplimiento, en otros mecanismos de resolución de conflictos, o cuando existan procedimientos judiciales en curso. Lo anterior, para asegurar claridad sobre las circunstancias que excluyen la posibilidad de activar este mecanismo.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 20 de 27

Esta limitación es conveniente porque evita que los mismos hechos se debatan en escenarios jurídicos diferentes, lo que podría generar duplicidad de esfuerzos, contradicciones en los análisis y decisiones, e incluso un desgaste innecesario de los recursos tanto de la ANH como del contratista. Además, al restringir la procedencia de la Instancia Ejecutiva en estos casos, se busca preservar la coherencia y eficacia de los distintos mecanismos jurídicos disponibles, asegurando que cada uno cumpla su función sin interferir con los demás. En última instancia, esto fortalece la seguridad jurídica y evita la posibilidad de emitir decisiones contradictorias sobre los mismos hechos.

Las versiones anteriores de esta cláusula incorporadas en las minutas de contratos y convenios misionales de hidrocarburos contenían elementos consistentes entre ellas, lo cual facilitaba su aplicación uniforme entre los distintos contratistas. Sin embargo, se ha identificado que las cláusulas vigentes no definen con suficiente precisión los plazos y los hitos clave en el desarrollo y conclusión de la Instancia Ejecutiva. En la redacción actual, estos aspectos se han mejorado significativamente, estableciendo tiempos claros y procedimientos específicos para asegurar una mayor eficiencia.

El proceso de la Instancia Ejecutiva ahora incluye una reunión previa, cuyo propósito es delimitar de forma muy precisa, desde el punto de vista jurídico y técnico, las diferencias o controversias. Esta reunión tiene como objetivo identificar claramente los puntos de desacuerdo entre las partes, lo que permitirá que el desarrollo de la Instancia Ejecutiva, a cargo del Presidente de la ANH o su delegado, pueda desarrollarse de manera más rápida y eficaz.

La ANH, en su calidad de entidad pública, debe garantizar que el proceso de la Instancia Ejecutiva se desarrolle de manera transparente y conforme a los principios de moralidad pública y primacía del interés general. A pesar que el contrato tiene elementos de negociación directa entre las partes, la ANH, con esta cláusula asegura que todos los trámites y acuerdos se realicen bajo el rigor y formalismo que exige su naturaleza como entidad pública. Esto asegura que las soluciones alcanzadas respeten tanto los intereses contractuales como las disposiciones legales aplicables.

Ahora, en cuanto al procedimiento para la declaratoria de incumplimiento, en el marco de las minutas contractuales que se han suscrito a través de los años y rondas se observa la existencia de sendas formas de redacción del artículo correspondiente al Procedimiento para la Declaratoria de Incumplimiento, destacándose, desde distintos términos, procedimientos y consecuencias, hasta la definición en unos casos de multas y en otros de solo terminación.

Uno de los principales problemas que se afronta es la multiplicidad de disposiciones normativas, con lo cual el ejercicio de unificación resulta positivo y necesario para los intereses tanto de la ANH como de los contratistas.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 21 de 27

Así mismo, la inexistencia en algunos casos de multas como consecuencia del incumplimiento, resulta en la terminación de los contratos, que en casos especiales, resulta ser una consecuencia muy gravosa para los intereses de la ANH, ya que existen situaciones en los cuales a pesar de existir un incumplimiento, lo mejor para la entidad es la regularización del contrato o su continuación, siempre y cuando el contratista manifieste y demuestre técnica y jurídicamente la materialización de actividades cuyo fin sea justamente continuar con la ejecución del contrato.

La misma situación se presenta con la posibilidad de subsanación dentro del marco del proceso de incumplimiento, que en algunas ocasas se delimita con claridad, mientras que en otras no se encuentra dicha opción, siendo esta una herramienta vital para el cumplimiento y fin esencial de la entidad al momento de viabilizar la ejecución contractual.

Con ello en mente se pretende unificar estas herramientas y actualizar el procedimiento a partir de las dificultades denotadas inicialmente.

- **Del Capítulo 5 “Terminación y liquidación de los contratos y convenios”.**

Este capítulo busca regular las reglas generales que deben aplicarse para la terminación y liquidación de contratos, que actualmente no se encuentra regulado en los Acuerdos expedidos por el Consejo Directivo de la Agencia y que hace parte de las reglas propias de un Manual de Contratación aplicable a los Contratos y Convenios Misionales de Hidrocarburos.

El artículo de terminación busca unificar las reglas aplicables a la terminación de los contratos en cuanto a la exigibilidad de pólizas de relaciones laborales y de responsabilidad civil extracontractual con la vigencia prevista en las minutas.

Adicionalmente además de precisar la regla general de la no exigencia de cumplimiento del programa exploratorio o compromisos pendientes del mismo en los eventos de fuerza mayor o hechos de terceros, precisa que en ningún caso la terminación puede concluir en liberar al contratista de la obligación de taponamiento y abandono de los pozos dentro del área o atención de las emergencias ambientales que se puedan generar.

Las reglas relativas a la liquidación de contratos están desarrolladas en dos artículos: el artículo de liquidación contractual y el artículo de Informe final del contrato en eventos en que no se logre la liquidación; estos dos artículos están sustentados en la sentencia proferida el pasado 17 de junio de 2024, por la Sección Tercera - Subsección C, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero William Barrera Muñoz, que expuso lo siguiente en relación con la liquidación de contratos que no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (“EGCAP”)

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

"Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa"

Pág. 22 de 27

"14. En la liquidación bilateral de los contratos regidos por el derecho privado, las partes suelen establecer si hay obligaciones pendientes, los saldos en favor y en contra y declarar que están a paz y salvo. La liquidación es un ajuste de cuentas para que las partes del negocio jurídico puedan finiquitar –definir quién debe a quién y cuánto–. Como negocio jurídico sujeto al derecho privado, las partes podrán suscribir este tipo de acuerdos incluso por fuera del término de caducidad de la acción respectiva, toda vez que nada se opone a que obligaciones naturales⁴, es decir, que carecen de la posibilidad de reclamación en sede judicial, sean reconocidas por las partes del contrato. Este tipo de acuerdos serán ley para las partes (art. 1602 del CC) y, cuando terminen extrajudicialmente un litigio pendiente o preavancen un litigio eventual, tendrán una naturaleza de transacción (art. 2469 del CC), es decir, producirá efectos de cosa juzgada en última instancia (art. 2483 del CC)⁵".

Teniendo en cuenta lo anterior, se prevé que la liquidación deberá realizarse dentro de los dos años siguientes a los plazos previstos en cada contrato, o siguientes a la terminación del contrato cuando éste no haya consignado un plazo o la obligación de liquidar, pero admite liquidaciones bilaterales en cualquier tiempo siempre que no incluyan reconocimientos a favor o en contra de alguna de las partes.

Sin perjuicio de lo anterior y para efectos de establecer el estado final de los contratos y convenios misionales de hidrocarburos como contratos de trato sucesivo, se incorpora una regla que permite realizar un informe final del contrato con base en los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, como un acto contractual privado y su finalidad será la de dar por cerrado y archivado el expediente del proceso de contratación.

Finalmente, el **Título III. Acogimiento, Régimen de Transición y Vigencia** contiene tres artículos.

El artículo 28 regula la aplicación del presente acuerdo a contratos vigentes, lo que se hará mediante acogimiento, en el que también se entenderá incorporado el cambio de la tasa LIBOR por la SOFR para obligaciones en dólares, previsto en el Acuerdo 3 de 2023. En tal sentido se considera dada la naturaleza de las disposiciones desarrolladas, es el acogimiento individual o integral del acuerdo.

⁴ En consonancia con las definiciones del artículo 1527 del CC, la diferencia específica entre las obligaciones meramente naturales y las civiles radica en que el acreedor de la primera no tiene derecho de exigir el pago, en tanto que el acreedor de la segunda sí tiene derecho. Pero los dos tipos de obligaciones no se distinguen desde el punto de vista del deudor: en ambas, este debe jurídicamente el objeto pactado; no queda libre sino mediante el pago u otro medio de extinción equivalente, y cuando paga, paga lo que debe, sin poder recuperar lo que pagó. Ricardo Uribe Holguín, De las obligaciones y de los contratos en general, 1982, pág. 19.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección C. Sentencia de 17 de junio de 2024. C.P. William Barrera Muñoz. Expediente. 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807).

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 23 de 27

El artículo 29 regula el régimen de transición aplicable a las modificaciones realizadas a los acuerdos actualmente vigentes, en particular dispone que para efectos de las solicitudes en el marco del Acuerdo 10 de 2021 realizadas antes de la vigencia del Presente Acuerdo las actividades ofrecidas deberán ejecutarse en un plazo de seis (6) meses, prorrogable por una sola vez.

Finalmente, el artículo 30 regula la vigencia general y las derogatorias específicas del proyecto de acuerdo indicando que deroga el Título II, el literal c) del artículo 14, el inciso segundo del artículo 15 y las referencias que se hacen a áreas en evaluación en los artículos 1 y 12 del Acuerdo 6 de 2023, porque reñiría con el primer capítulo del Acuerdo propuesto y el parágrafo 1 del artículo 7 del Acuerdo 2 de 2017, como fue sustituido por el Acuerdo 9 de 2021, tal como se expuso en el Capítulo 3 del Título 2 para eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

4. Ámbito de aplicación y sujetos a quienes va dirigido

El presente Acuerdo podrá aplicarse a los Contratos o Convenios Misionales de Hidrocarburos entendiendo por estos los Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos (E&P), Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos (E&E), Contratos de Evaluación Técnica (TEA), Convenios de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, Convenios de Exploración y Producción de Hidrocarburos, Convenios de Explotación de Hidrocarburos, Contratos Especiales de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos y Contratos de Operación y Administración de Áreas con Activos Productivos suscritos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH, así como los demás contratos o convenios relacionados, directa o indirectamente con estos que adopte el Consejo Directivo.

En este sentido está dirigido principalmente a los contratistas actuales que podrán acogerse a las disposiciones del mismo integral o individualmente mediante comunicación que así lo solicite, en cuyo caso aceptarán realizar el ajuste de la tasa de intereses en dólares en los términos del Acuerdo 3 de 2023.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que en todo caso para el acogimiento de los artículos 2,3,4 y/o 5 del Capítulo 1 del Título Primero, se deberá acoger también el artículo 20 del proyecto de Acuerdo que incorpora el Plan Integral de Gestión del Cambio Climático Empresarial (PIGCC-e).

5. Fundamento Jurídico

5.1. Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 24 de 27

En lo que atañe a la competencia para la expedición del proyecto de Acuerdo es importante tener en cuenta el principio de jerarquía normativa, sobre ello, la Corte Constitucional ha dejado de presente lo siguiente mediante la sentencia C-037 de 2020 del magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa:

“La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fe validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento jurídico que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico (...)”

Así las cosas y de conformidad al análisis normativo realizado precedentemente, la distribución de competencias para regular, modificar y sustituir la reglamentación que se encuentra vigente actualmente, así como para incorporar nuevas reglas con fundamento en lo consagrado por el Decreto Ley 4137 de 2011 y Decreto 714 de 2012, corresponde al Consejo Directivo.

- **Competencia del Consejo Directivo**

El Consejo Directivo de la ANH tiene competencia para expedir el acuerdo conforme a lo establecido en los numerales 1, 4 y 7 del Artículo 8 del Decreto Ley 4137 de 2011 y 1, 4 y 7 del Artículo 7 del Decreto 714 de 2012, los cuales le otorgan la facultad de formular la política general de la Agencia, los planes y programas que deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y a través de estos al Plan Nacional de Desarrollo, definir los criterios de administración y asignación de las áreas hidrocarburiferas de la Nación para su exploración y explotación, así como de aprobar los manuales de contratación misional de la Agencia, los modelos de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, y establecer las reglas y criterios de administración y seguimiento de los mismos.

5.2. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas.

Teniendo en cuenta todo lo indicado hasta este punto, el proyecto de Acuerdo deroga el artículo 3 del Acuerdo 5 de 2022, el Título II, el literal c) del artículo 14, el inciso segundo del artículo 15 y las referencias que se hacen a las áreas en evaluación en los artículos 1 y 12 del Acuerdo 6 de 2023 y el parágrafo 1 del artículo 7 del Acuerdo 2 de 2017, tal como fue sustituido por el Acuerdo 9 de 2021.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 25 de 27

Adicionalmente, en su texto modifica el artículo 12 del Acuerdo 1 de 2021, el artículo 2 del Acuerdo 5 de 2022, los artículos 3, 4 y 5 del Acuerdo 10 de 2021, y los artículos 17, 18 y 19 del Acuerdo 6 de 2023

5.3. Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo.

Frente a la competencia otorgada por el legislador a la ANH en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, concluyó la Corte Constitucional en su examen de constitucionalidad de la norma, lo siguiente:

“Tampoco se encuentra reparo alguno de constitucionalidad a la facultad de las entidades dedicadas a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales y demás actividades enunciadas en la norma bajo análisis, de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, puesto que simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la Ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada por la ley”.

(...)

Finalmente, resulta claro que la prohibición de aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos, lejos de contravenir el Ordenamiento Superior se ajusta a sus dictados, toda vez que persigue otorgarle mayor libertad y efectividad en materia contractual a las mencionadas entidades públicas dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales, lo cual está en consonancia con los principios que guían la actividad administrativa”⁶. (Subrayado ajeno al texto).

Sobre el régimen para la declaratoria de contratos de régimen especial o no sujeto a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (“EGCAP”) expuso el Consejo de Estado:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de cinco (5) de septiembre de dos mil uno (2001). M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

"Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa"

Pág. 26 de 27

"3.12.1. Lo primero que debe aclararse, en atención a los cargos de alzada, es que el contrato bajo análisis, al no estar sujeto a las disposiciones del EGCAP, no le es aplicable el procedimiento sancionatorio contenido en las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011"⁷. (...)"

En línea con lo anterior, ha expuesto también el alto Tribunal sobre la liquidación de contratos que no están sujetos al EGCAP:

"14. En la liquidación bilateral de los contratos regidos por el derecho privado, las partes suelen establecer si hay obligaciones pendientes, los saldos en favor y en contra y declarar que están a paz y salvo. La liquidación es un ajuste de cuentas para que las partes del negocio jurídico puedan finiquitar –definir quién debe a quien y cuanto-. Como negocio jurídico sujeto al derecho privado, las partes podrán suscribir este tipo de acuerdos incluso por fuera del término de caducidad de la acción respectiva, toda vez que nada se opone a que obligaciones naturales⁸, es decir, que carecen de la posibilidad de reclamación en sede judicial, sean reconocidas por las partes del contrato. Este tipo de acuerdos serán ley para las partes (art. 1602 del CC) y, cuando terminen extrajudicialmente un litigio pendiente o precavan un litigio eventual, tendrán una naturaleza de transacción (art. 2469 del CC), es decir, producirá efectos de cosa juzgada en última instancia (art. 2483 del CC)⁹.

6. Impacto Económico.

El presente proyecto de Acuerdo no tiene un impacto directo en el presupuesto general de la Nación, sin embargo, las medidas adoptadas buscan mejorar la gestión integral de los contratos y convenios misionales de hidrocarburos y promover en el corto plazo la ejecución de actividades exploratorias, de evaluación y naturalmente también la producción sostenible de hidrocarburos, además de promover la inversión en energías renovables.

7. Viabilidad o disponibilidad presupuestal

No es necesario la disposición de recursos presupuestales para la implementación del proyecto normativo.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección C. Sentencia de 23 de agosto de 2024. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Expediente. 25000-23-36-000-2017-01007-01 (61985)

⁸ En consonancia con las definiciones del artículo 1527 del CC, la diferencia específica entre las obligaciones meramente naturales y las civiles radica en que el acreedor de la primera no tiene derecho de exigir el pago, en tanto que el acreedor de la segunda sí tiene derecho. Pero los dos tipos de obligaciones no se distinguen desde el punto de vista del deudor: en ambas, este debe jurídicamente el objeto pactado; no queda libre sino mediante el pago u otro medio de extinción equivalente, y cuando paga, paga lo que debe, sin poder recuperar lo que pagó. Ricardo Uribe Holguín, De las obligaciones y de los contratos en general, 1982, pág. 19.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección C. Sentencia de 17 de junio de 2024. C.P. William Barrera Muñoz. Expediente. 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807).

Memoria Justificativa del proyecto de Acuerdo

“Por el cual se adoptan medidas para promover el cumplimiento y normalización de los actuales contratos y convenios misionales de hidrocarburos en el marco de la transición energética justa”

Pág. 27 de 27

8. Impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación

De acuerdo con lo estipulado en el Decreto 1081 de 2015 modificado por el Decreto 1609 de 2015, se determina que el presente proyecto de acuerdo no genera impacto ambiental, ni afecta el patrimonio cultural nacional.

9. Estudios Técnicos que sustentan el proyecto normativo

No fueron requeridos estudios técnicos adicionales para la expedición del presente acuerdo.

BORRADOR