

Extracción de hidrocarburos costa afuera en Colombia: panorama legal y retos a partir de las zonas francas costa afuera u *offshore*¹

Offshore Hydrocarbons Extraction In Colombia: Legal Overview And Challenges Regarding The New Offshore Free Trade Zones

CAROLINA ACOSTA RAMOS²

JAVIER FRANCO ZÁRATE³

"El mar que fue aprovechado únicamente como vía de comunicación entre los pueblos, ha cobrado gran importancia, a tal punto, que se le tiene hoy en día como fuente de riqueza incalculable (...)"⁴.

1 Fecha de recepción: 19 de mayo de 2015. Fecha de aceptación: 25 de junio de 2015. Para citar el artículo: Acosta, C. y Franco, J. "Extracción de hidrocarburos costa afuera en Colombia: panorama legal y retos a partir de las zonas francas costa afuera u offshore". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 14, n.º 1, enero-junio, 2015. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.03>

2 Abogada de la Universidad Externado de Colombia (2003), especialista en Derecho Aduanero de la misma Casa de Estudios, LL.M. en Estudios Legales Internacionales con énfasis en Derecho Comercial Internacional y Negocios Internacionales de American University, Washington College of Law, Estados Unidos (2012). Ex-negociadora del capítulo de procedimientos aduaneros y facilitación del comercio en las negociaciones de los Tratados de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, Canadá, Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio – (EFTA). Actualmente se desempeña como consultora del Banco Interamericano de Desarrollo (carolina.acosta.ramos@gmail.com).

3 Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2003), especialista en Derecho Marítimo de la misma Casa de Estudios (2006), LL.M. (distinción) en Derecho Comercial Internacional y Derecho Marítimo de University of Wales - Swansea, Reino Unido (2009). Docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (javier.franco@uexternado.edu.co) y socio de Franco & Abogados Asociados (jfranco@francoabog.com).

4 Rairán, Juan Pablo. "Usos y aprovechamientos del medio marino" en *El Nuevo Derecho*

RESUMEN

La extracción de hidrocarburos costa afuera cada vez toma mayor importancia en el contexto del negocio del petróleo. Colombia ha querido entonces incentivar el desarrollo de este tipo de operaciones, a pesar de lo cual el país no cuenta en la actualidad con un marco normativo armónico que regule la actividad, así como facilite la coordinación de las entidades gubernamentales que intervienen en el trámite de autorización de la operación. El presente artículo presenta un panorama general de la problemática asociada a las actividades costa afuera para la extracción de hidrocarburos en el mundo y analiza desde una perspectiva crítica el rol de las autoridades locales sobre el particular y el nuevo régimen de zonas francas costa afuera creado recientemente en el país para incentivar el desarrollo de dichas actividades.

Palabras clave: Hidrocarburos, costa afuera, actividades costa afuera, operaciones marítimas, zonas francas, tributos, recursos, recursos naturales, mar, lecho marino, CLC, FONDO, CONVEMAR.

ABSTRACT

Offshore extraction of hydrocarbons has increasingly become important in the context of the oil business. Thus, the Republic of Colombia has wanted to encourage the development of such operations in the country, despite the fact that it does not have at present time a harmonious legal framework to regulate the activity and/or to properly coordinate the governmental agencies involved in the approval of such operations. This article presents an overview of the problems associated with offshore activities in the world and analyzes - from a critical perspective - the role of local authorities in authorizing said operations as well as the new regime of customs-free zones created in the country.

Key words: Hydrocarbons, offshore, offshore activities, maritime operations, customs-free zones, customs, resources, natural resources, sea, sea bed, CLC, FUND, UNCLOS.

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez se escucha con mayor frecuencia la referencia al tema de la exploración y/o explotación de recursos costa afuera u offshore en Colombia. En efecto, en la medida en que los hidrocarburos son recursos esencialmente limitados, la industria se ha visto en la necesidad de cuestionarse sobre la posibilidad de

expandir las fronteras de su búsqueda para no circunscribirse únicamente a la extracción de estos en tierra; la respuesta justamente ha estado en el mar⁵.

Se trata entonces de actividades desplegadas en un medio en principio ajeno al hombre que han trazado enormes retos para la humanidad, particularmente en el ámbito tecnológico y de responsabilidad medioambiental. No obstante, en la medida en que estas actividades se han vuelto cada vez más frecuentes, han quedado a la vista del público también los grandes riesgos de diversa índole que tales operaciones llevan implícitas y, por tanto, ha sido necesario cuestionarse tanto a nivel local como internacional sobre la conveniencia o necesidad de regular este tipo de labores.

Al margen de lo anterior, en Colombia la regulación aplicable al tema aún es sumamente dispersa y no necesariamente coherente. Además las diferentes autoridades que intervienen para autorizar u avalar este tipo de operaciones en el país (fundamentalmente la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA, la Dirección General Marítima DIMAR) aún tienen pendiente el reto de trabajar de forma más armónica para permitir el verdadero –y equilibrado– desarrollo sostenible de la actividad que no ponga en riesgo las personas involucradas ni el medio ambiente marino.

El propósito del presente artículo entonces es el de hacer un examen general de los parámetros normativos aplicables a este tipo de actividades a nivel internacional, para luego descender al caso colombiano. Ya en particular en lo que atañe a la regulación colombiana el documento estudia el rol de las autoridades locales involucradas en su ejecución y analiza en detalle el nuevo beneficio creado para promover este tipo de actividades en el país, esto es, el establecimiento de las llamadas zonas francas (ZF) costa afuera u offshore.

5 *"Sin restarle valor a la riqueza vegetal y animal del lecho de dichas áreas submarinas, lo que realmente ha provocado el marcado y creciente interés en su exploración y explotación son los recursos del subsuelo, particularmente el petróleo. En su primera fase la industria petrolera se limitó a explorar y explotar el subsuelo terrestre, pero más tarde extendió sus actividades a los fondos de ciertos ríos y lagos y en menor escala a fondos de mares poco profundos y cercanos a la costa. Posteriormente se hicieron exploraciones a profundidades mayores y en lugares más distantes de la costa, y en la medida en que progresó la técnica se obtuvieron cada vez mejores resultados (...)".* García Amador, F.V., *La utilización y conservación de las riquezas del mar*, Lex Habana, La Habana, 1956, p. 101.

II. PANORAMA GENERAL DE LAS ACTIVIDADES COSTA AFUERA Y LA NORMATIVIDAD APLICABLE A DICHA ACTIVIDAD

A. OPERACIONES COSTA AFUERA Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Los temas relacionados con las actividades costa afuera –y particularmente la extracción de hidrocarburos en el mar– han venido tomando importancia cada vez más en la medida en que, como se dijo atrás, se ha hecho necesario buscar recursos en el mar que ahora son escasos en tierra y, particularmente, a raíz de los recientes –y no tan gratamente recordados– incidentes de contaminación relacionados con casos del Montara en Australia y del Deepwater Horizon en las costas del Golfo de México.

Los anteriormente mencionados incidentes han puesto de presente que no existe una convención internacional que brinde parámetros suficientes para dar respuesta a los daños causados por este tipo de eventos⁶, máxime si se tiene en cuenta que los esquemas tradicionales previstos en las convenciones internacionales para atender episodios de contaminación marina (comentados más adelante) suelen tener un alcance limitado y, por tanto, no ofrecen una solución adecuada para los casos de daños provenientes de la industria extractiva costa afuera.

No han faltado entonces las discusiones en torno a si se debería contar con una convención internacional expresamente diseñada para el efecto o si, por ejemplo, se deberían preferir esquemas regionales o acuerdos privados como el *Offshore Pollution Liability Agreement* (OPOL)⁷. En efecto, OPOL es un esquema privado⁸ y regional (originalmente aplicable a operaciones realizadas en aguas del Reino Unido⁹) diseñado específicamente para la industria costa afuera que prevé la responsabilidad “estricta” del operador¹⁰, así como un esquema de indemnización para cubrir medidas correctivas y/o para pagar daños que sufra cualquier persona derivados de polución como resultado de una descarga de petróleo de cualquier equipo costa afuera¹¹, previendo un límite máximo por incidente de U.S. \$250,000,000¹².

Al margen de esta primera perspectiva regional en ciertas jurisdicciones - como es el caso de los Estados Unidos de América - se ha optado desde hace ya

6 Shaw, Richard. “Regulation of Offshore Activity” en CMI Yearbook 2011 – 2012, p. 305.

7 Shaw, Richard. Op. Cit., p. 302.

8 Cláusula II.A, *Offshore Pollution Liability Agreement* (“OPOL”).

9 <http://www.opol.org.uk/about.htm>, consultado en junio de 2015

10 *Ibíd.*

11 Preamble, OPOL.

12 Cláusula IV.A.

algún tiempo por un esquema local que de alguna manera ha resultado también ahora cuestionado. En efecto, a raíz del incidente del Exxon Valdez hace unos años fue expedida en dicha jurisdicción la denominada Oil Pollution Act de 1990 (OPA)¹³, no obstante lo cual recientemente se han querido revisar los alcances de dicha normativa que impone "responsabilidad estricta"¹⁴ aplicable tanto en el caso de las naves propiamente dichas como de los denominados equipos costa afuera u "offshore facilities" de cualquier clase¹⁵, particularmente en lo que a topes indemnizatorios se refiere (para eliminarlos) en un movimiento que ha sido catalogado por algunos expertos como de casi 'reactivo' en medio de la crisis política y mediática generada en dicho país a raíz de lo ocurrido con el Deepwater Horizon¹⁶.

No puede decirse entonces que exista una sola tendencia sobre el particular ni a nivel internacional ni a nivel interno en las diferentes jurisdicciones interesadas en llevar a cabo este tipo de operaciones, aunque se reconoce por los expertos que la carencia de un régimen internacional con vocación armonizadora que cubra este tipo de incidentes es considerada en la actualidad una 'deficiencia' del derecho internacional¹⁷.

B. CONVENIOS CLC Y FONDO

Internacionalmente son ampliamente conocidos en el medio marítimo el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos (CLC/69) y el Convenio Internacional Sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FONDO/1971), ambos operando actualmente en buena medida sobre su versión revisada en 1992 (CLC/1992 y FONDO/1992)¹⁸. En efecto, es amplia la gama de países que

13 Schoenbaum, Thomas. "Liability for damages in oil spill accidents: Evaluating the USA and international law regimes in the light of Deepwater Horizon" en *Journal of Environmental Law*, 24:3 (2012), 397.

14 I.e. "strict liability".

15 Schoenbaum, Thomas. Op. Cit., p. 398.

16 Foley, Vincent. "Post-Deepwater Horizon: The changing landscape of liability for oil pollution in the United States" en *Albany Law Review*, Vol. 74.1, 2010 – 2011, p. 515. En palabras del autor: "This knee-jerk reaction to remove limits of liability is short-sighted and serves only to quench public thirst for punishment by showing that the politicians can act swiftly and forcefully".

17 Schoenbaum, Thomas. Op. Cit., p. 398.

18 Originalmente introducidos al ordenamiento jurídico colombiano mediante Ley 55 de 1989. Posteriormente Colombia acogió la versión de 1992 mediante la Ley 523 de 1999 "Por medio de la cual se aprueba el "Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969", y el "Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a

han acogido los referidos convenios – con la notable excepción de los Estados Unidos de América¹⁹ - para lidiar con las reclamaciones originadas en daños causados por contaminación marina con hidrocarburos.

En el ámbito del CLC la responsabilidad por incidentes de contaminación está localizada sobre el propietario del buque tanque respectivo –no obstante lo cual se prevé la posibilidad de instaurar una acción directa contra el asegurador–, siendo tal esquema uno que suele catalogarse como de responsabilidad objetiva (pues opera con independencia del examen de la conducta del implicado) aunque respetando la operatividad de ciertas causales eximentes expresamente previstas y limitando la indemnización a los valores señalados en el Convenio²⁰.

Más allá del CLC está el ámbito de operación propio del FONDO. Es decir, se trata de un Convenio complementario que busca prever cobertura para aquellos incidentes que superen la cobertura otorgada por el CLC²¹. También este Convenio prevé algunas excepciones (p.ej. que el daño sea consecuencia de hechos de guerra o si el demandante no puede demostrar que el daño fue causado por el siniestro de al menos un buque, entre otros) y en cualquier caso también prevé unos topes máximos para la indemnización.

Desde la perspectiva del presente artículo interesa resaltar que a pesar del éxito y gran acogida que tienen a nivel internacional tanto el CLC como el FONDO, se trata de instrumentos que fueron diseñados bajo una perspectiva tradicional para ser aplicados exclusivamente a los daños derivados de contaminación producidos únicamente por buque tanques que se encuentren transportando hidrocarburos persistentes y que, por lo tanto, no puede entenderse que puedan ser aplicados en eventos que impliquen situaciones de contaminación marítima que tengan su origen en plataformas flotantes o fijas, como las comúnmente utilizadas en las actividades costa afuera²².

contaminación por hidrocarburos, 1971", hechos en Londres, el veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y dos".

19 En este sentido Cfr. Pulido Beginés, Juan Luis. *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, p. 601.

20 *Ibíd.* pp. 654-655.

21 Arroyo Martínez, Ignacio. *Curso de Derecho Marítimo*, Thomson Civitas, 2005, p. 761.

22 Para ver una discusión sobre el concepto de nave sobre estos propósitos puede consultarse Franco-Zárate, Javier. "Alcance del concepto de "nave" en la normatividad mercantil colombiana: ¿incluye dicho concepto el equipo marino utilizado en las operaciones costa afuera (offshore)?" en *Revista E – Mercatoria*, Vol. 13 No. 1, 2014. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN13/pdf01/160.pdf> consultado en marzo de 2015. En cualquier caso debe tenerse en cuenta que otros instrumentos como el MARPOL/78 sí prevén una definición más amplia del concepto de buque o nave para efectos de la aplicación de las normas del Convenio en cuestión. En efecto, el artículo 2.4 del referido Convenio prevé lo siguiente: "Por "buque" se entiende todo tipo de embarcaciones que operen en el medio marino, incluidos los aliscafos, así como los aerodeslizantes, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas fijas o flotantes".

C. ZONAS MARÍTIMAS Y EL MARCO GENÉRICO PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES COSTA AFUERA

Conviene sin lugar a dudas mencionar también otro instrumento internacional que resulta de importancia para el desarrollo de las actividades costa afuera desde la perspectiva de las implicaciones legales que pueden llegar a establecerse a partir de las zonas marítimas en las que podrían llevarse a cabo este tipo de labores. En efecto, obligada resulta la mención de la Convención de Derecho del Mar (CONVEMAR o UNCLOS, por sus siglas en inglés). Si bien algunos Estados no han ratificado la Convención (como es el caso justamente de la República de Colombia), lo cierto es que dicho instrumento contempla una serie de pautas normativas que podrían eventualmente resultar aplicables en ciertos casos dependiendo de la jurisdicción respectiva a quienes deseen realizar este tipo de operaciones en ciertas zonas previstas en la Convención (zonas bajo jurisdicción nacional o más allá de estas).

Al respecto vale la pena hacer un comentario entonces sobre las zonas marítimas previstas por la Convención y de interés para los propósitos del presente estudio, aunque, valga la aclaración, se trata en realidad de zonas cuyos regímenes aplicables se habían venido delineando de tiempo atrás²³. En efecto, de importancia resulta destacar ahora la diferenciación que la Convención plantea en relación con el régimen aplicable al mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental y la llamada zona internacional o, simplemente, zona.

En efecto, en la Convención el mar territorial es una zona comprendida entre la línea de base respectiva y las doce millas náuticas mar adentro²⁴. Se trata de una zona en la que el Estado ribereño ejerce soberanía plena²⁵, pues se concibe como una prolongación del territorio, y respecto de la cual el Estado ejerce jurisdicción exclusiva y excluyente a efectos de autorizar o realizar la exploración o explotación de los recursos vivos o no vivos contenidos en

23 "El establecimiento de competencias especiales del Estado ribereño sobre zonas marítimas situadas más allá de su mar territorial, constituye hoy en día una realidad aceptada por el derecho internacional y confirmada por la práctica generalizada de los estados. La proyección de estas competencias por parte del Estado ribereño se ha traducido en la creación de zonas marítimas especiales en las cuales el Estado ejerce su jurisdicción para propósitos específicos, como pueden ser el velar por su seguridad, prevenir infracciones contra algunas de sus leyes o proteger los recursos naturales del mar situados en esas zonas". Vargas Carreño, Edmundo. *América latina y el derecho del mar*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1973, p. 65.

24 Artículo 3 CONVEMAR: "Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención".

25 Artículo 1 CONVEMAR.

dicha zona. De otro lado, "más allá del mar territorial y adyacente a este"²⁶ se prevé la existencia de la llamada zona económica exclusiva (ZEE), área de características bastante particulares²⁷; es una zona que puede ser de máximo 200 millas marinas contadas de donde se mide la anchura del mar territorial²⁸ y donde también el Estado ribereño tiene "derechos de soberanía"²⁹ sobre los recursos contenidos en tal área, con lo cual a él corresponde la competencia exclusiva para la autorización de actividades tendientes a lograr la extracción de los recursos naturales vivos o no vivos del mar en dicha zona. Por su parte, la plataforma continental se puede describir como una zona más allá del mar territorial y compuesta por el lecho y el subsuelo marino de un área a lo largo de la prolongación natural del territorio y hasta las doscientas millas náuticas mar adentro (a menos de que exista una plataforma continental extendida, en cuyo caso podrá ir más allá de las doscientas millas a que se ha hecho referencia hasta un máximo de 350 millas)³⁰. Se trata de un área respecto de la cual el Estado ribereño también tiene "derechos de soberanía"³¹ e implica que tal Estado goza de privilegio también exclusivo y excluyente³² para explorar o explotar los recursos³³ allí contenidos, y en particular, para "autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental"³⁴. Por último se encuentra la llamada "zona" propiamente dicha, esto es, un área que

26 Artículo 55 CONVEMAR.

27 "La especial naturaleza jurídica de la ZEE radica, precisamente, en la exclusividad de competencias del Estado ribereño a los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de la zona y en la concurrencia de esas competencias con otras reconocidas expresamente a los demás Estados de la Comunidad Internacional: el acceso a los recursos vivos en determinadas condiciones y las libertades de navegación, sobrevuelo y tendido de cables y tuberías submarinos y otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades". Meseguer Sánchez, José Luis. Los espacios marítimos en el nuevo derecho del mar, Macial Pons, Madrid, 1999, p. 288.

28 Artículo 57 CONVEMAR.

29 Artículo 55.1.a CONVEMAR.

30 Artículo 76 CONVEMAR.

31 Artículo 77.1 CONVEMAR.

32 Artículo 77.2 CONVEMAR.

33 "Por recursos naturales se entienden los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias (...) Aparte de hidrocarburos, hay también otros minerales en los fondos oceánicos: a) minerales que se obtienen en depósitos superficiales (materiales como arena, grava y conchas, y minerales como el titanio, circonio, estaño, uranio y hierro, fosforita y nódulos de manganeso); minerales de los yacimientos del subsuelo marino explotador como prolongación de los yacimientos terrestres contiguos, como hierro y carbón; y c) minerales que se explotan directamente en depósitos del subsuelo marino, como azufre, explotador a través de perforaciones en el fondo oceánico, pero a corta distancia de la costa". Camargo, Pedro Pablo. La Convención sobre el derecho del mar, Temis, Bogotá, 1984, p. 61.

34 Artículo 81 CONVEMAR.

comprende "los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional"³⁵, es decir, más allá de la plataforma continental y de la ZEE, respecto de la cual ningún estado puede pretender abrogarse la facultad de explotar en forma exclusiva y/o excluyente los recursos que dicha área contiene ya que son considerados patrimonio común de la humanidad³⁶, lo que sugiere que su explotación debe beneficiar a la generalidad y no exclusivamente a un país o países en particular.

Es evidente entonces que dado el impacto que en la práctica tienen los anteriores conceptos a nivel internacional resulta de la mayor trascendencia tener claridad sobre sus alcances ya que plantean un marco básico de estudio si se tiene en cuenta que las actividades costa afuera son frecuentemente desarrolladas en alguna de las ya referidas zonas marítimas con el objeto de extraer los recursos no vivos del mar (o no renovables, en los términos del artículo 360 de la Constitución Política). Precisamente por ello resulta consecuentemente relevante tener claridad sobre los alcances de las facultades genéricas concedidas al Estado ribereño respectivo de acuerdo con lo previsto por CONVEMAR³⁷ o por normas locales que puedan tener similar alcance y/o contenido, según el caso.

D. ACTIVIDADES COSTA AFUERA EN COLOMBIA: ENTIDADES INVOLUCRADAS Y SUS COMPETENCIAS

Como parte del examen del marco normativo - ya no internacional - sino local de la actividad conviene hacer claridad de entrada sobre las principales entidades del Estado que intervienen en el proceso de autorización gubernamental que en la práctica debe surtir para la realización de esta clase de actividades en el país.

i. Ministerio de Minas y Energía (MINMINAS) y Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)

Con el objetivo de lograr la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación³⁸ fue creada en el año 2003 la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) mediante el Decreto 1760 de 2003, modificado posteriormente por el Decreto 4137 de 2011). Originalmente fue concebida como una Unidad Administrativa Especial, pero posteriormente su naturaleza jurídica fue modificada para ser, como lo es actualmente, una "(...) Agencia Estatal del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Na-

35 Artículo 1 CONVEMAR.

36 Artículo 136 CONVEMAR.

37 Siempre que el Estado en cuestión haya ratificado CONVEMAR.

38 Decreto 1760 de 2003, artículo 4.

cional con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía³⁹. De acuerdo con el Decreto 714 de 2012, que modificó al Decreto 4137 atrás referido en lo pertinente, la ANH tiene actualmente, entre otras, las siguientes funciones:

- “Diseñar, evaluar y promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales” (artículo 3.2.)
- “Diseñar, promover, negociar, celebrar y administrar los contratos y convenios de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación” (artículo 3.3.)
- “Apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental en materia de hidrocarburos, en la elaboración de los planes sectoriales y en el cumplimiento de los respectivos objetivos” (artículo 3.5.)

Precisamente con fundamento en tales competencias la ANH expidió el Acuerdo 04 de 2012, “por el cual se establecen criterios de administración y asignación de áreas para exploración y explotación de los hidrocarburos propiedad de la Nación; se expide el Reglamento de Contratación correspondiente, y se fijan reglas para la gestión y el seguimiento de los respectivos contratos”. Dicho Acuerdo fue posteriormente modificado por el Acuerdo 3 de 2014, “por el cual se adiciona el Acuerdo 4 de 2012, con el objeto de incorporar al Reglamento de Contratación para Exploración y Explotación de Hidrocarburos parámetros y normas aplicables al desarrollo de Yacimientos No Convencionales, y se dictan disposiciones complementarias”.

El Minminas y la ANH son las entidades de base en torno a la cual giran tales actividades en el país pues, como quedó dicho, el Minminas es el encargado de fijar la política gubernamental para la explotación de hidrocarburos –con el apoyo de la ANH– y es precisamente esta última la encargada de adelantar los procesos de contratación con los particulares tendientes a lograr la suscripción de un contrato, bien de evaluación técnica (TEA), bien de exploración y producción (E&P)⁴⁰ o bien de naturaleza especial, con el objetivo

39 Decreto 4137 de 2011, artículo 1.

40 El Acuerdo 04 de 2012 define estas modalidades de contratos en los siguientes términos: “4.21 Contrato de Evaluación Técnica -TEA-: Tiene por objeto otorgar al Contratista derecho exclusivo para realizar estudios de evaluación técnica en un Área determinada, a sus únicos costo y riesgo y con arreglo a un programa específico, destinados a definir la prospectividad, a cambio del pago de unos derechos por concepto del uso del subsuelo y con el compromiso de entregar una participación en la producción y las demás retribuciones económicas aplicables, en el evento de que todo o parte del Área se someta a la celebración y ejecución posterior de un Contrato de Exploración y Producción -E&P-, en ejercicio del derecho que se establezca en el Contrato de Evaluación Técnica -TEA- correspondiente. La exclusividad que se otorga en razón de estos Contratos se circunscribe al Tipo de Yacimiento para cuya evaluación y exploración se hayan celebrado, de manera que

final de permitir, mediante procedimientos de selección que deben garantizar la objetividad de la evaluación, la exploración, evaluación y producción de los hidrocarburos que se encuentran en los diferentes bloques⁴¹ presentes en el territorio nacional. Deberá además la ANH servir de garante para vigilar el oportuno cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por quienes para el efecto finalmente celebren los contratos respectivos con el Estado colombiano⁴².

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que es el Ministerio de Minas y Energía el que otorga certificación de dedicación exclusiva a las empresas del sector hidrocarburos (tanto a las operadoras y prestadores de servicios petroleros) al amparo de lo previsto en particular en la Ley 9 de 1991, Decreto 2058 de 1991 y Decreto 70 de 2001.

ii. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)

De conformidad con el artículo segundo de la Ley 99 de 1993 el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (MMADS) es el "organismo rector de la gestión del medio ambiente" y, por tanto, es el encargado de definir la

no impide que la ANH desarrolle directamente labores destinadas a obtener información técnica adicional en el Área, o que la asigne a otro interesado, cuando las condiciones de Capacidad no permitan al Contratista extender sus actividades a Yacimientos de otro Tipo y para este preciso efecto. (...) 4.22 Contrato de Exploración y Producción -E&P-: Tiene por objeto otorgar al Contratista derecho exclusivo para acometer y desarrollar actividades exploratorias en un Área determinada y para producir los hidrocarburos propiedad del Estado que se descubran dentro de la misma, a sus únicos costo y riesgo y con arreglo a programas específicos, a cambio de retribuciones consistentes en el pago de Regalías, Derechos Económicos y Aportes a título de Formación, Fortalecimiento Institucional y Transferencia de Tecnología. La exclusividad que se otorga en razón de estos Contratos se circunscribe al Tipo de Yacimiento para cuya exploración y producción se hayan celebrado, de manera que no impide que la ANH desarrolle directamente labores destinadas a obtener información técnica adicional en el Área, o que la asigne a otro interesado, cuando las condiciones de Capacidad no permitan al Contratista extender sus actividades a Yacimientos de otro Tipo y para este preciso efecto".

41 El artículo 4.11 del Acuerdo 04 de 2012 define el concepto de "bloque" así: "Volumen del subsuelo delimitado verticalmente por la proyección de los límites del Área hacia el centro de la tierra, donde el Contratista está autorizado a desarrollar operaciones de exploración y evaluación, así como de producción de hidrocarburos, es decir, derecho a buscarlos, removerlos de su lecho natural, transportarlos a un punto definido de la superficie y adquirir la propiedad de aquella porción que constituye su participación, en los términos del ordenamiento superior y del respectivo Contrato".

42 El artículo 32 del Acuerdo 04 de 2012 señala al respecto que: "La ANH tendrá a su cargo la dirección general de la gestión contractual y será responsable de ejercer el control y la vigilancia sobre la ejecución oportuna, eficaz y eficiente de los correspondientes contratos y del cumplimiento de obligaciones, prestaciones y compromisos derivados del ordenamiento superior y de tales Contratos, sin perjuicio de que se apoye en terceros para desarrollar la correspondiente gestión".

política del Estado colombiano en la materia, así como el encargado de desarrollar las regulaciones del sector, teniendo siempre como objetivo final el "asegurar el desarrollo sostenible" del país.

Por su parte, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) fue creada mediante el Decreto 3573 de 2011 como una unidad administrativa especial, con autonomía administrativa y financiera y sin personería jurídica propia⁴³. Tal y como lo expresa el artículo segundo del Decreto en comento, la ANLA, "es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País".

Así las cosas, la ANLA o las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible⁴⁴, según el caso, serán las entidades autorizadas para, previo el análisis de los estudios ambientales respectivos, otorgar o negar licencias ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁴⁵, fundamentalmente de conformidad con el Decreto 2041 de 2014. Será necesario entonces tener en cuenta para la preparación de los estudios ambientales lo previsto en los términos de referencia que sean elaborados por la autoridad ambiental competente en los términos del artículo 14 del Decreto 2041 de 2014. Dichas licencias son necesarias en este tipo de proyectos, de conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, en la medida en que son requeridas en "el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente", como puede ser el caso de las actividades costa afuera⁴⁶.

43 Artículo 1 Decreto 3573 de 2011.

44 De conformidad con lo previsto en el artículo segundo del Decreto 2041 de 2014 las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible también son autoridades competentes para otorgar o negar la licencia ambiental que sea necesaria para el proyecto respectivo

45 La competencia general del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en la materia se encuentra contenida en el artículo 51 de la Ley 99 de 1993 que señala: "ARTÍCULO 51. COMPETENCIA. Las Licencias Ambientales serán otorgadas por el Ministerio del Medio Ambiente (hoy la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA), las Corporaciones Autónomas Regionales y algunos municipios y distritos, de conformidad con lo previsto en esta Ley, En la expedición de las licencias ambientales y para el otorgamiento de los permisos, concesiones y autorizaciones se acatarán las disposiciones relativas al medio ambiente y al control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico, expedidas por las entidades territoriales de la jurisdicción respectiva."

46 De conformidad con el artículo 8 del Decreto 2820 de 2010 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) es el competente para otorgar licencias en el sector hidrocarburos, entre otros, a los siguientes proyectos: "a) Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular y las actividades de exploración sísmica en las áreas marinas del territorio nacional cuando se realicen en profundidades inferiores a 200 metros; b) Los proyectos de perforación exploratoria por fuera de campos de producción

Así las cosas, en virtud de los llamados principios de prevención y de desarrollo sostenible que deben regir en este tipo de actividades, se debe, de un lado, realizar una evaluación de los potenciales impactos ambientales de la actividad a desarrollar a efectos de exigir el cumplimiento de las medidas que se hagan necesarias en el caso concreto para la preservación del medio ambiente⁴⁷ y, de otro, someter el desarrollo de la actividad económica a las limitaciones que sean necesarias para garantizar un medio ambiente sano⁴⁸.

ii. Dirección General Marítima (DIMAR)

La Dirección de Marina Mercante Colombiana fue creada mediante el Decreto 3183 de 1952, entidad que fue reestructurada mediante el Decreto 2349 de 1971 y acogiendo entonces el nombre de Dirección General Marítima y Portuaria. Posteriormente el Decreto Ley 2324 de 1984 reorganizó la entidad (hoy, Dirección General Marítima DIMAR) y delimitó sus competencias. Hoy en día DIMAR hace parte de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional de conformidad con lo previsto en el Decreto 049 de 2003 y el Decreto 5057 de 2009.

Dentro de sus funciones DIMAR es la entidad encargada de ejecutar la política diseñada por el Gobierno en materia marítima⁴⁹ y tiene a su cargo la "regulación, dirección, coordinación y control"⁵⁰ de las actividades marítimas. De particular importancia resulta ahora destacar que dentro del concepto de actividades marítimas se encuentran comprendidas, por supuesto, las actividades costa afuera u offshore. En efecto, al respecto es pertinente destacar en primer término que el Código de Comercio (C. de Co.) colombiano señala que:

"Se consideran actividades marítimas todas aquellas que se efectúan en el mar territorial, zonas adyacentes, suelo y subsuelo pertenecientes a la plataforma continental, y en las costas y puertos de la República, relacionadas con la navegación de altura, de cabotaje, de pesca y científica, con buques nacionales y extranjeros, o con la investigación y extracción de los recursos del mar y de la plataforma". (destacado fuera de texto).

de hidrocarburos existentes, de acuerdo con el área de interés que declare el peticionario;

c) La explotación de hidrocarburos que incluye, la perforación de los pozos de cualquier tipo, la construcción de instalaciones propias de la actividad, las obras complementarias incluidas el transporte interno de fluidos del campo por ductos, el almacenamiento interno, vías internas y demás infraestructura asociada y conexas; (...)"

47 ANLA Resolución 723 de 2012, p. 12.

48 ANLA Resolución 1020 de 2014, p.7.

49 Artículo 4 del Decreto 2324 de 1984.

50 *Ibíd.*

Lo anterior se ve complementado por lo previsto en el artículo 3 del Decreto 2324 de 1984 que desarrolla el concepto de actividad marítima en forma más detallada y expresamente prevé, entre otras, las siguientes:

"10. Los sistemas de exploración, explotación y prospección de los recursos naturales del medio marino (...)

"15. La colocación de cualquier tipo de estructuras, obras fijas o semifijas en el suelo o en el subsuelo marinos".

Así las cosas, en la medida en que se consideran actividades marítimas, el desarrollo de actividades costa afuera u offshore requiere la obtención del respectivo permiso de DIMAR el cual usualmente es otorgado al amparo de lo previsto en el Decreto 644 de 1990, por lo menos en cuanto a exploración sísmica se refiere. En efecto, el Decreto 644 de 1990, "[p]or el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 2324 de 1984, se establece el trámite de las solicitudes para realizar investigaciones científicas o tecnológicas marinas en los espacios marítimos jurisdiccionales colombianos y se dictan otras disposiciones", establece el procedimiento a seguir para la autorización de solicitudes para la realización de cualquier actividad de "investigación científica o tecnológica marina en espacios marítimos jurisdiccionales colombianos". De conformidad con lo previsto en el Decreto se realiza un estudio preliminar de la solicitud por parte de DIMAR y se procede a realizar una serie de consultas a otras entidades con el objetivo de verificar que no existe oposición a la realización de la actividad sugerida por el particular. En virtud del lo anterior DIMAR autoriza o niega la solicitud para realizar la operación y así mismo autoriza igualmente el empleo de las naves y artefactos navales involucrados en la operación respectiva.

E. ACTIVIDADES COSTA AFUERA EN COLOMBIA: DISPERSIÓN NORMATIVA Y MARCO REGULATORIO PARTICULAR DE LA ACTIVIDAD

De entrada es necesario destacar que Colombia no cuenta con un estatuto legal armónico y completo sobre la actividad. De hecho, esa es una de las principales críticas que se le hace en la materia actualmente al país⁵¹. No debe olvidarse que de conformidad con el artículo 360 de la Constitución Política de 1991 la explotación de los recursos naturales no renovables tiene reserva de ley, aunque a la fecha no existe una ley que recoja en forma integral la temática involucrada con dicha actividad. En efecto, se tienen algunos instrumentos legales que se ocupan de ciertos aspectos y que muchas veces no resultan com-

51 En este sentido cfr. Integración y gestión HSE en el sector oil & gas costa afuera: Noruega vs. Colombia estudio comparativo, Cámara de Comercio Colombo Nórdica, Bogotá, 2013 p. 114 – 115.

pletamente coherentes entre sí. Lo anterior se suma a la dificultad que supone de entrada la multiplicidad de entidades involucradas en la autorización de este tipo de operaciones, la cual, dicho sea de paso, se ve exacerbada por la falta de comunicación interinstitucional adecuada. Así las cosas, conviene hacer referencia a normativa existente para, de alguna manera, tratar de extraer los parámetros normativos más destacados en el ámbito regulatorio colombiano.

Aparte de lo dicho anteriormente en relación con que tales actividades sin duda son "actividades marítimas" desde el punto de vista del derecho marítimo local, es necesario partir de otro supuesto: en Colombia no hay una definición legal de lo que debe entenderse por actividad costa afuera u offshore. Existe sin embargo una definición relevante del concepto de "área costa afuera" en la que, se entiende, se llevarán a cabo tales actividades generalmente relacionadas con la exploración o extracción de hidrocarburos. Dicha norma es el Artículo 4.7 del Acuerdo 004 de 2012 de la ANH. La disposición contempla entonces la siguiente definición:

"Áreas costa afuera: Situadas en una superficie definida a partir de las líneas costeras continentales e insulares, que se extiende hasta las fronteras marítimas internacionales, sobre las que la Nación tiene soberanía. Comprenden el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, de conformidad con el derecho internacional o las leyes colombianas, a falta de normas internacionales" (destacado fuera de texto)⁵².

Sobre el punto es necesario precisar que si bien el país no ha ratificado la Convención de Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR, ya comentada) lo cierto es que existe un régimen interno que hasta cierto punto sigue algunos de sus lineamientos en lo que a espacios marítimos –y su aprovechamiento– se refiere. En efecto es pertinente recordar, de un lado, que la Constitución Política de 1991 (CP) en su artículo 101 establece expresamente lo siguiente:

"También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales" (destacado fuera de texto).

52 La anterior definición se ve en la práctica complementada por lo previsto en el Artículo 2 de la Resolución 674 de 2012 de la Dirección General Marítima DIMAR, mediante la cual se "determinan y establecen las condiciones, los procedimientos y medidas de seguridad para el desarrollo de las operaciones de unidades móviles, buques de apoyo y buques de suministro que se realicen costa afuera", y que fija su ámbito de operación de la siguiente forma: "La presente resolución es aplicable en las aguas interiores, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, hasta el límite exterior que el país ha definido para estos espacios marítimos jurisdiccionales, mediante los tratados limítrofes firmados con otros países para tal fin" (destacado fuera de texto).

Así, la CP de cierta manera recoge las tradicionales categorías diseñadas a nivel internacional para referirse a las diferentes zonas del mar y del lecho y subsuelo marino, así como al régimen para el aprovechamiento de los recursos allí contenidos. Lo anterior se ve además desarrollado en la Ley 10 de 1978, de la que es posible destacar para los efectos del presente escrito los siguientes puntos:

- Se establece el concepto de mar territorial y lo define como aquel comprendido dentro de las 12 millas náuticas más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores (artículo 1).
- Se adopta también el concepto de zona económica exclusiva (ZEE) la que se entiende comprendida entre las 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base⁵³ desde la que se mide la anchura del mar territorial (artículo 7).
- Se consagran derechos de soberanía por parte de Colombia en el ámbito de la ZEE para efectos de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo marino, así como de las aguas suprayacentes (artículo 8).

La soberanía colombiana se extiende también a la plataforma continental para los efectos de exploración y explotación de los recursos naturales (Artículo 10).

En adición a lo anterior, más recientemente y por ser considerada una actividad marítima DIMAR expidió la Resolución 674 de 2012 en la cual se pretende establecer una regulación del tema –que dicho sea de paso, no es integral–, sino que fundamentalmente abarca la perspectiva de la seguridad marítima de la operación. Se destacan de la norma en comento, entre otros, los siguientes puntos:

- Se determinan en general las condiciones, procedimientos y medidas de seguridad para operación de “unidades móviles” que desarrollen actividades de exploración y explotación de recursos no vivos en los espacios marítimos jurisdiccionales, así como buques de apoyo y buques de suministro involucrados (Artículo 1).
- Se deja por fuera del ámbito de aplicación de la norma las plataformas o instalaciones fijas (Artículo 1).
- Parte de la base de la necesidad de identificar los riesgos que afectan o pueden llegar a afectar la operación, en particular, de las personas a bordo, protección del ambiente y seguridad de la navegación (Artículo 11).
- Establece la necesidad de contar con planes de mitigación de riesgos y planes de protección relacionados con la operación en particular y la identificación de los riesgos que llevarla a cabo supone (Artículo 12 y 13).

53 El artículo 4 de la Ley 10 de 1978 señala: “La línea de base normal para medir la anchura del mar territorial será la línea de bajamar a lo largo de la costa. En los lugares en que la costa tenga profundas aberturas o escotaduras, o en las que haya una franja de islas a lo largo de la costa situadas en su proximidad inmediata, la medición se hará a partir de las líneas base rectas que unan los puntos apropiados. Las aguas situadas entre las líneas de base y la costa serán consideradas como aguas interiores”.

- Establece las figura del operador, asumiendo este último la obligación ejecutar en forma segura la operación para lo que se prevé un régimen detallado de sus obligaciones a cargo (Artículo 16).
- Se radica en cabeza del operador el deber de constituir un seguro de responsabilidad civil extracontractual que ampare eventuales daños derivados de contaminación causados por la operación, así como una póliza de cumplimiento de disposiciones legales (Artículo 28)
- Igualmente se establece que la violación al estatuto previsto en la Resolución implicaría una violación a normas que podrá ser sancionada en los términos del Artículo 80 del Decreto 2324 de 1984 (Artículo 35)⁵⁴.

Cabe aclarar sin embargo que ya en el Decreto 2324 de 1984 se previeron normas relacionadas con las actividades costa afuera. En efecto, además de la consagración de tales actividades como actividades marítimas⁵⁵, el artículo 181 del citado Decreto se refirió en particular a la exploración costera y submarina y a la exploración sísmica en los siguientes términos:

- "1. Exploración costera y submarina: es la que se hace en las playas marítimas, en aguas jurisdiccionales o en la plataforma continental, por métodos geológicos, geofísicos u otros, incluyendo el método sísmico para descubrir y localizar petróleo, gas u otros minerales en cuya técnica de operación sea necesario o no el uso de explosivos.
2. Exploración sísmica: es el método de exploración geofísica en la cual se usan explosivos o descargas eléctricas".

En dicho Decreto se previó además la necesidad de obtener permiso de DIMAR para autorizar trabajos de exploración y sísmica submarina en playas marítimas, mar jurisdiccional o en la plataforma continental (artículo 182).

Al margen de lo anterior, tal y como se refirió anteriormente, en la actualidad se utiliza como parámetro normativo para autorizar este tipo de ope-

54 El artículo 80 del Decreto 2324 de 1984 señala: "Las sanciones a que hubiere lugar por la violación o infracción a cualquiera de las normas citadas, pueden consistir en las medidas siguientes: a) Amonestación escrita o llamada de atención al infractor, en cuyo caso se dejará copia del informe de quien impuso la sanción o de la carta en su caso, en los archivos de la Dirección General Marítima y Portuaria y de las Capitanías de Puerto. b) Suspensión, que consiste en la pérdida temporal de los privilegios, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones o certificados que haya expedido la Dirección General Marítima y Portuaria. c) Cancelación, que consiste en la pérdida permanente de los anteriores privilegios, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones o certificados. d) Multas, las que podrán ser desde un salario mínimo hasta cien (100) salarios mínimos, si se trata de personas naturales y, de cinco (5) salarios mínimos hasta mil (1.000) salarios mínimos, si se trata de personas jurídicas. Por salario mínimo se entenderá el salario mínimo legal aplicable que rija el día en que se imponga la sanción o multa. La no cancelación de la multa una vez ejecutoriada la providencia mediante la cual se dispuso, dará lugar además a la acumulación de intereses legales y a que no se le expida o tramite solicitud alguna de renovación o prórroga de privilegios, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones o certificaciones a los titulares".

55 Ver artículo 3 Decreto 2324 de 1984.

raciones –desde el ángulo de la operación marítima– el ya vetusto Decreto 644 de 1990. Se trata de un Decreto que fue originalmente diseñado específicamente para “investigaciones científicas o tecnológicas marinas” a realizar en los “espacios marítimos jurisdiccionales” de Colombia, lo que equivale, al decir de la doctrina, al mar territorial y a la ZEE⁵⁶. A pesar de las múltiples interpretaciones que puede resistir la expresión⁵⁷ lo cierto es que a nuestro juicio no se trata de una norma que responda a las necesidades del contexto actual de las operaciones costa afuera. Esto, a pesar de que DIMAR trate de aplicarlo ajustándolo hasta donde es posible a la realidad actual (ej. en materia de consultas a otras entidades pues varias de las referidas expresamente en el Decreto ya han desaparecido o cambiado de nombre).

De otro lado es importante mencionar también como parte del marco normativo de la actividad el recientemente expedido Decreto 1616 de 2014, norma mediante la cual el Ministerio de Minas y Energía ha pretendido que la industria a nivel local cumpla los estándares que comúnmente exige la industria en el plano internacional⁵⁸. En dicho Decreto se asumió además por parte de la entidad la obligación de revisar dentro de los doce meses siguientes a la expedición de la citada norma, las “[n]ormas técnicas y procedimientos que en materia de exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos convencionales continentales y costa afuera (en aguas someras, . profundas y ultra-profundas), [se] deberán observar”⁵⁹ por quienes pretendan llevar a cabo este tipo de operaciones. Dicha obligación de revisar y de expedir un reglamento en tal sentido fue finalmente cumplida mediante la expedición de la Resolución 40048 de 2015, expedida por el Ministerio de Minas y Energía. En particular en lo que a las actividades costa afuera se refiere, entre otros criterios técnicos relativos a consideraciones de seguridad de la operación la norma estableció la necesidad de que un especialista en inspección de equipos certifique la “confiabilidad y seguridad operativa de los componentes de

56 Ver Gaviria Liévano, Enrique. *Derecho internacional público*, quinta edición, Temis, Bogotá, 1998, p. 131. Nosotros incluiríamos también la plataforma continental.

57 “The expression ‘marine scientific research’ refers to a variety of scientific disciplines, such as biology, biotechnology, geology, chemistry, physics, geophysics, hydrography, physical oceanography and ocean drilling and coring, which are dedicated to the study of the oceans, marine flora, fauna and physical boundaries with the solid earth and the atmosphere”. Pavliha, Marko; Martinez, Norman. “Marine Scientific Research and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea” en *Ocean and Coastal Law Journal*, Vol. 16, p. 115.

58 En efecto el Decreto en comento dispone: “Las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos convencionales continentales y *costa afuera* deberán observar los estándares y normas técnicas nacionales e internacionales y especialmente las recomendadas por el AGA, API, ASTM, NFPA, NTCICONTEC, RETIE o aquellas que las modifiquen o sustituyan” (destacado fuera de texto).

59 Artículo 2, Decreto 1616 de 2014.

equipos e instalaciones para perforación, terminación o reacondicionamiento de pozos (...)”⁶⁰.

Para complementar la dispersión normativa en la materia recientemente también la Superintendencia de Puertos y Transportes recientemente expidió en el ámbito de su competencia la Circular Externa No. 22 de 2014. En dicha circular se exige “velar por la implementación de las medidas de protección adecuadas y eficaces al medio acuático, antes, durante y al finalizar operaciones de cargue, descargue, transbordo, aligeramiento, trasiego y deslastrado en puertos y terminales costa afuera”⁶¹. Se trata entonces de exigir que se tomen “las medidas a que haya lugar” –sin mucha claridad sobre el alcance de esta exigencia– tendientes a garantizar la seguridad de la operación y la reacción adecuada en caso de contingencias⁶², medidas que deberán estar reflejadas en los manuales y otros procedimientos operativos⁶³.

Por último es necesario destacar que los contratos que se celebran con la ANH para permitir bien la exploración o bien la explotación de los recursos contenidos en el lecho o subsuelo marinos contienen una serie de obligaciones adicionales que se radican en cabeza del contratista y que suponen una carga adicional para el interesado cuya inobservancia supondrá las sanciones contractuales del caso.

Como puede verse esta diversidad normativa ha supuesto dificultades prácticas para los actores del sector que tienen múltiples interlocutores y diversidad de parámetros normativos aplicables a su actividad. Tal situación entonces ha evidenciado la necesidad de contar con un cuerpo armónico, específicamente diseñado para el efecto y, además, actualizado⁶⁴, que de forma sistemática se ocupe de la problemática que implica la realización de actividades costa afuera en el país. Quizá teniendo en cuenta dicha necesidad se ha venido planteando la posibilidad de expedir un documento de política económica en la materia, esto es, un documento CONPES que aunque ha sido anunciado desde hace ya algún tiempo, y que a la fecha en que se escribe el presente documento aún no ha sido expedido.

60 Parágrafo 2, artículo 13, Resolución 40048 de 2015.

61 Numeral 1 Circular Externa No. 22 de 2014 de la Superintendencia de Puertos y Transportes.

62 Numerales 2 y 3 Circular Externa No. 22 de 2014 de la Superintendencia de Puertos y Transportes.

63 Numeral 4 Circular Externa No. 22 de 2014 de la Superintendencia de Puertos y Transportes.

64 En este sentido ver Cámara de Comercio Colombo-Nórdica, “HSE Oil and Gas Costa Afuera: Integración de HSE en el sector oil & gas cost afuera: Noruega vs. Colombia”, Bogotá, 2013, p.10.

III. EL RÉGIMEN DE ZONAS FRANCAS EN COLOMBIA

A. GENERALIDADES DEL RÉGIMEN COLOMBIANO DE ZONAS FRANCAS

El régimen de zona francas colombiano se modernizó con la Ley 1004 de 2005 y está reglamentado por los Decretos 383 y 4051 de 2007, los cuales modificaron a su vez el Decreto 2685 de 1999 conocido como el Estatuto Aduanero (E.A.) y más recientemente el Decreto 1289 de 2015, por medio del cual la Dirección de Productividad y Competitividad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo asumirá en lo sucesivo la gestión administrativa de las zonas francas, esto es, evaluar las solicitudes de declaratoria de existencia de zonas francas, así como la ampliación, extensión o reducción del área de las mismas y hará seguimiento a los compromisos de inversión y empleo derivados de la declaratoria de zona franca. Para tal efecto, se prevé un régimen de transición de 6 meses, de tal manera que a partir del 18 de diciembre de 2015, el Ministerio recibirá de la DIAN las competencias y atribuciones legales relacionadas con la administración y funcionamiento de las zonas francas, sin perjuicio de las labores de vigilancia y control que continuarán a cargo de la DIAN.

Por su parte, el Decreto 1300 de 2015, modifica el procedimiento de declaratoria de la zona franca y busca reducir a un término máximo de 18 meses el trámite de solicitud haciéndolo más expedito.

Las zonas francas son áreas geográficamente delimitadas dentro del territorio nacional, donde se pueden desarrollar actividades industriales de bienes y de servicios o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior.⁶⁵ Tienen como finalidad ser instrumento para la creación de empleo y para la captación de nuevas inversiones de capital; servir de polo de desarrollo que promueva la competitividad en las regiones donde se establezcan; permitir el desarrollo de procesos industriales altamente productivos y competitivos bajo los conceptos de seguridad, transparencia, tecnología, producción limpia, y buenas prácticas empresariales; promover la generación de economías de escala; y simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios para facilitar su venta.⁶⁶ Estos objetivos se logran esencialmente a través del otorgamiento de incentivos tributarios y aduaneros por parte del Estado a las empresas que se establezcan en las zonas francas, las cuales a cambio se comprometen a cumplir con requisitos de inversión y generación de empleo.

Dentro de los principales *beneficios tributarios* se pueden destacar:

65 Artículo 1, Ley 1004 de 2005.

66 Artículo 2, Ley 1004 de 2005.

- Tarifa única de impuesto de renta del 15% para usuarios operadores e industriales de bienes y servicios que se hayan establecido en una zona franca al 31 de diciembre de 2012.⁶⁷ Igualmente estos usuarios tampoco son responsables del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE).
- Para aquellos usuarios industriales de bienes y servicios y usuarios operadores de zona franca que se establezcan en nuevas zonas francas solicitadas o declaradas con posterioridad al 31 de diciembre de 2012, estarán sujetos a la tarifa única del impuesto sobre la renta del 15% más una tarifa del 9% del CREE.⁶⁸ No obstante, estos beneficios no se aplican para los usuarios comerciales de zona franca, quienes deberán pagar la tarifa vigente del impuesto de renta, actualmente equivalente al 33%.⁶⁹
- Estará exento de renta el traslado de los dividendos a los socios por parte de la empresa establecida en zona franca, dado que la empresa ya asumió el pago del impuesto de renta sobre las utilidades obtenidas.
- Están exentas de IVA, con derecho a devolución bimestral, la venta de materias primas, partes, insumos y bienes terminados desde el territorio aduanero nacional a usuarios industriales de bienes o de servicios de Zona Franca.⁷⁰

Por su parte, los principales beneficios aduaneros del régimen pueden resumirse de la siguiente manera:

- Se aplica el concepto de extraterritorialidad aduanera: las mercancías ingresadas en las zonas francas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y eventualmente a las exportaciones en caso de que éstos sean creados en Colombia. Actualmente no existen impuestos a las exportaciones ya que éste sería un factor relevante que contraería la competitividad de la oferta exportable.
- El ingreso a la zona franca de bienes de capital, equipos, insumos y repuestos provenientes del exterior no son calificados como una importación, por lo tanto están exentos del pago de tributos aduaneros (arancel más IVA).⁷¹
- Almacenamiento ilimitado en el tiempo de mercancías extranjeras sin pago de tributos aduaneros.
- La salida y venta a mercados externos de los bienes producidos, transformados, elaborados o almacenados en zona franca se considera una exportación, por lo tanto no causan IVA. Estos también se benefician de las condiciones de acceso preferencial establecidas en los Acuerdos comerciales internacionales vigentes en los que Colombia es parte.
- El Ingreso al territorio aduanero nacional de los bienes producidos en la zona franca se considera una importación con el pago de aranceles e IVA únicamente

67 Artículo 5, Ley 1004 de 2005.

68 Parágrafo 3, artículo 20, Ley 1607 de 2012.

69 Parágrafo, artículo 5, Ley 1004 de 2005.

70 Lliteral e), artículo 481, Estatuto Tributario.

71 Art. 394, Estatuto Aduanero.

sobre el componente extranjero. Sin embargo, para efectos de determinar el valor en aduana del bien final objeto de importación al territorio aduanero nacional, debe resaltarse que también se considerarán nacionales las materias primas, insumos y bienes intermedios, provenientes de terceros países, desgravados en desarrollo de acuerdos de libre comercio celebrados por Colombia, cuando dichos productos cumplan con los requisitos de origen exigidos.⁷²

– Posibilidad de llevar a cabo procesos industriales parciales fuera de la zona franca hasta por 6 meses.⁷³

– Agrupación de documentos de transporte en una sola declaración de importación. Procedimientos aduaneros simplificados a través del Formulario de Movimientos de Mercancías emitido por el usuario operador en el caso de las importaciones al territorio aduanero nacional; y únicamente es requerido el formulario de transporte ante el ingreso a zona franca de bienes provenientes del resto del mundo.

De otro lado, los requisitos de inversión y de generación de empleo para los usuarios permanentes de bienes y servicios en zona franca deben estar consagrados en el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca aprobado por la DIAN ante previo concepto de viabilidad favorable emitido por la Comisión Intersectorial de Zonas Franca (CIZF). Sin embargo, con ocasión del nuevo Decreto 1300 de 2015, a partir del 18 de diciembre de 2015 será el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo quien apruebe el plan maestro y ante previo concepto favorable de la CIZF, que estará integrada por los Ministros o Viceministros de Comercio, Industria y Turismo, Hacienda y Crédito Público, el director o subdirector del Departamento Nacional de Planeación, el director de la DIAN o su delegado.⁷⁴

LOS PRINCIPALES REQUISITOS DE INVERSIÓN Y EMPLEOS SE RESUMEN A CONTINUACIÓN⁷⁵:

Monto de activos totales Nueva Empresa smmlv*	Compromisos de Inversión	Compromiso Generación de Empleo
Inversión de 0 a 500 smmlv (\$0 a \$322.175.000)	No hay requisitos	No hay requisitos
De 500 smmlv a 5.000 smmlv (\$322.175.000 a \$3.221.750.000)	No hay requisitos	20 empleos directos y formales a la puesta en marcha del proyecto

72 Artículo 402, Estatuto Aduanero.

73 El termino de 6 meses puede ser prorrogado hasta por 3 meses más, previa justificación ante el usuario operador (artículo 407 E.A.)

74 Artículos 1 y 2 del Decreto 1300 de 2015.

75 Art. 394-24 adicionado por el artículo 19 del Decreto 4051 de 2007, Estatuto Aduanero.

De 5.000 smmlv a 30.000 smmlv (\$3.221.750.000 a \$19.330.500.000)	Nueva inversión de 5.000 smmlv (\$3.221.750.000) (Dentro de los 3 años siguientes a la calificación)	30 empleos directos y formales a la puesta en marcha del proyecto
Inversión superior a 30.000 smmlv (superior a \$19.330.500.000)	Nueva inversión de 11.500 smmlv (\$7.410.025.000) (Dentro de los 3 años siguientes a la calificación)	50 empleos directos y formales a la puesta en marcha del proyecto

* Salario Mínimo Mensual Legal Vigente para el año 2015: COP \$644.350

Adicionalmente, es necesario aclarar que el Decreto 1300 de 2015 establece nuevos requisitos de inversión y de empleos para las Zonas Francas Permanentes Especiales o Uniempresariales y Zonas Francas Transitorias, cuyos regímenes no se abordaran en este estudio dado que a las actividades costa afuera les fue asignada la categoría general de Zonas Francas Permanentes Costa Afuera.

El régimen dispone de tres tipos de *zonas francas*:

- Zona Franca Permanente (ZFP): Es aquella área continua y no inferior a veinte (20) hectáreas, en la cual varias empresas (usuarios) llevan a cabo sus actividades industriales de bienes, servicios o comerciales⁷⁶.
- Zona Franca Permanente Especial (ZFPE): También conocida como zona franca uniempresarial dado que otorga la posibilidad a una sola empresa (usuario) de gozar del beneficio del régimen de zona franca en el territorio que ya ha venido ocupando y que esté desarrollando actividades que generen un impacto positivo en reconversión industrial y tecnológica. Por ejemplo, proyectos agroindustriales o de prestación de servicios de salud.⁷⁷
- Zona Franca Transitoria (ZFT): Es aquella donde se celebren ferias, exposiciones, congresos y seminarios de carácter internacional, previa autorización de la DIAN.⁷⁸

En cuanto al tipo de usuarios que pueden verse beneficiados del régimen, la legislación prevé cuatro (4) tipos de usuarios de las Zonas Francas⁷⁹:

- Usuario operador: Es la persona jurídica autorizada por la DIAN para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias Zonas Francas, así como para calificar a los usuarios que se instalen en estas.
- Usuario Industrial de bienes: Es la persona jurídica instalada exclusivamente en una o varias Zonas Francas, autorizada para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas o de productos semielaborados.

76 Artículo 393-1, Estatuto Aduanero.

77 Artículo 393-3 y siguientes del Estatuto Aduanero.

78 Artículo 410 y siguientes del Estatuto Aduanero.

79 Artículos 393-14 al 139-26 del Estatuto Aduanero.

- Usuario industrial de servicios: Es la persona jurídica autorizada para desarrollar, exclusivamente, en una o varias zonas francas, entre otras, las siguientes actividades: logística, transporte, manipulación, distribución, empaque, reempaque, envase, etiquetado, telecomunicaciones, investigación científica y tecnológica, asistencia médica, odontológica y en general de salud, turismo, reparación, limpieza o pruebas de calidad de bienes, soporte técnico, mantenimiento y reparación de equipos, naves, aeronaves o maquinaria; consultoría, auditoría, administración o similares.
- Usuario Comercial: Es la persona jurídica autorizada para desarrollar actividades de mercadeo, comercialización, almacenamiento o conservación de bienes, en una o varias Zonas Francas. No puede ocupar más del 5% del área total de la Zona Franca.

Actualmente en Colombia están aprobadas 99 zonas francas, de las cuales 38 son ZFP y 61 son ZFPE.⁸⁰ La principal razón que explica ésta diferencia es que una empresa ya constituida y en funcionamiento puede beneficiarse del régimen de zonas francas uniempresariales sin necesidad de desplazar su operación física a un área determinada, mientras que el régimen ZFP o multiusuario obliga a que las empresas se instalen físicamente dentro del área designada para poder disfrutar de los beneficios de la ley.

Desde el punto de vista de la inversión realizada por tipo de zona franca, la mayor representatividad pertenece a las ZFPE con un 93.8%, lo que corresponde a 21.79 billones de pesos a fecha Junio de 2014, mientras que las ZFP representan el 6.2% de la inversión realizada a la misma fecha con 1.43 billones de pesos. En cuanto a generación de empleo, a Junio de 2014 las zonas francas generaron un total de 203.089 empleos, de los cuales 132.360 son empleos indirectos, es decir el 65.17% y el 34.83% son empleos directos con 70.729.⁸¹

Igualmente, son varios los sectores que se benefician del régimen de zonas francas como el automotriz, agroindustria, cosméticos, confecciones, logística y almacenamiento, servicios de salud y biotecnología, incluyendo el establecimiento de centros de investigación y desarrollo.

Sin duda, este régimen ofrece condiciones competitivas para atraer inversión extranjera y nacional, teniendo en cuenta que reduce los costos de instalación de las empresas y disminuye costos de operación, tales como la materia prima que ingresa sin pago de tributos aduaneros, el transporte y la tarifa de impuesto a la renta.

B. EL SECTOR HIDROCARBURÍFERO Y EL RÉGIMEN DE ZONAS FRANCAS COLOMBIANO

De acuerdo con la información considerada por el Comité de Asuntos Aduaneros y Arancelarios y de Comercio Exterior, el sector hidrocarburoso representó más del 28% de los ingresos corrientes de la nación, el 5,5% del PIB, 30%

80 Cámara de Zonas Francas de la ANDI. Informe Plan Maestro Junio 2014.

81 Cámara de Zonas Francas de la ANDI. Informe Plan Maestro Junio 2014.

de la inversión extranjera y el 55% de las exportaciones de Colombia en el 2013.⁸² Estas cifras ponen en evidencia la importancia que tiene el sector para el crecimiento y prosperidad de la economía Colombia y el desarrollo del país.

Sin embargo, ante tal dependencia y la eventual disminución de la producción y las reservas debido al agotamiento natural de los yacimientos, la ANH trazó como prioridad la exploración e identificación de nuevos potenciales hidrocarburiíferos, así como la generación de nuevas inversiones para su explotación en aras de garantizar la viabilidad y sostenibilidad de las operaciones petroleras⁸³. Posteriormente, el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior recomendó la expedición de una normatividad especial en materia de zonas francas para hidrocarburos teniendo como consideración los argumentos presentados por el Ministerio de Minas y Energía y la ANH. El argumento más relevante consistió en que la principal causa de la poca exploración petrolera en Colombia se debe a la alta carga fiscal aplicable a la exploración y producción de hidrocarburos costa afuera.⁸⁴ De allí que no debe sorprender que el sector de hidrocarburos sea el nuevo beneficiario de las ventajas del régimen de zonas francas aliviando la carga fiscal para la exploración y explotación petrolera. Precisamente a través del recientemente expedido Decreto 2682 del 24 de diciembre de 2014 se establecieron las condiciones especiales en materia de zonas francas para el desarrollo de proyectos de evaluación, exploración y explotación de hidrocarburos costa afuera u offshore y sus actividades conexas.

Ante el innovador uso y la extensión del régimen de zonas francas en este sector, a continuación se presentan las principales diferencias entre la reglamentación del régimen tradicional aplicable para ZFP "onshore" y el régimen de ZFP para exploraciones costa afuera "offshore"⁸⁵.

82 Acta de la Sesión No. 279 del Comité de Asuntos Aduaneros y Arancelarios y de Comercio Exterior llevada a cabo del 25 al 28 de noviembre de 2014.

83 Ministerio de Minas y Energía. Memorias al Congreso 2014.

84 Estudio contratado por la ANH titulado "Fiscal Systems for Deepwater exploration in Colombia" realizado por la firma Wood Mackenzie. Diciembre de 2013.

85 *Offshore u offshoring* es un término del idioma inglés que literalmente significa "en el mar, alejado de la costa", pero es comúnmente utilizado en diversos ámbitos para indicar la deslocalización de un recurso o proceso productivo. En contraposición, el término *onshore* significa "en tierra, no en el mar". Oxford English Dictionary.

	Régimen tradicional aplicable para ZFP "Onshore"	Nuevo régimen ZFP Costa Afuera "Offshore"
Viabilidad de la declaratoria de ZFP	<p>No puede declararse la existencia de ZFP en las áreas geográficas del territorio nacional aptas para la exploración, explotación o extracción de los recursos naturales no renovables definidos en el Código de Minas y Petróleos. (Art. 392-1, Parágrafo 1. E.A.)</p> <p>No obstante, dentro de los requisitos generales establecidos por el nuevo Decreto 1300 de 2015, el solicitante de la declaratoria de Zona Franca deberá acreditar que el proyecto se encuentra conforme a lo exigido por la autoridad ambiental, y deberá contar con los permisos que correspondan en caso de requerirse obras de infraestructura que involucren el aprovechamiento de recursos naturales (Art. 5, numeral 13).</p>	<p>El Decreto 2682 de 2014 modifica el actual régimen aduanero al habilitar la declaratoria de ZFP costa afuera exclusivamente para la evaluación técnica, exploración y producción de hidrocarburos y actividades como logística, compresión, transformación, licuefacción de gas, así como otras actividades relacionadas con el sector. (Art.1)</p> <p>Dado que se trata del aprovechamiento de recursos naturales, deberá darse también cumplimiento de los requisitos ambientales que correspondan como lo señala el Artículo 5, numeral 13 del Decreto 1300 de 2015.</p>
Término de la declaratoria de ZFP	Treinta (30) años, prorrogables hasta por el mismo término. El término de autorización del usuario operador y el de calificación de los usuarios industriales de bienes, servicios y comerciales, no podrá exceder al autorizado para la ZFP. (Art. 392-2)	Hasta por el plazo del contrato suscrito con la ANH. Podrá ser prorrogable de conformidad con la prórroga o modificación del contrato con la ANH. (Art.11)
Beneficiarios	Usuario operador, usuarios industriales de bienes, servicios y usuarios comerciales	El operador y las partes del contrato suscrito con la ANH. También son beneficiarios las personas jurídicas proveedores de bienes y servicios de logística, compresión, transformación, licuefacción de gas y actividades directamente relacionadas con el sector de hidrocarburos costa afuera.
Área	<p>El área de una ZFP deberá ser:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Continua y no inferior a veinte (20) hectáreas. 2. Tener las condiciones necesarias para ser dotada de infraestructura para las actividades industriales, comerciales o de servicios a desarrollar. 3. Que en esta no se estén realizando las actividades que el proyecto solicitado planea promover. <p>La Comisión Intersectorial de Zonas Francas –CIZF– podrá considerar de manera excepcional y previo concepto favorable de la DIAN, y en el futuro del MINCIT, un área como zona continua cuando el terreno se encuentre separado por una vía pública o un</p>	<p>El área de la zona franca debe coincidir con el área asignada costa afuera en el contrato suscrito con la ANH. No se exige el requisito de contar con un área mínima de 20 hectáreas, para el área costa adentro. (Art. 3)</p> <p>El área costa afuera declarada como zona franca permanente no requerirá de cerramiento.</p> <p>Las actividades que el proyecto solicitado planea promover ya pueden estarse ejecutando en el área respectiva.</p> <p>Las actividades que el proyecto solicitado planea promover ya pueden estarse ejecutando en el área respectiva.</p>

	accidente geográfico. En todo caso toda el área se debe poder comunicar por un puente o túnel de uso privado y se debe garantizar el cerramiento de la Zona Franca (Debe tenerse en cuenta que el Decreto 1300 de 2015 derogó expresamente los numerales 1 al 5 del artículo 393-1).	La declaratoria podrá comprender aquellas áreas costa adentro no colindantes en las cuales se desarrollaran actividades directamente relacionadas con el contrato costa afuera (logística, compresión, transformación, licuefacción de gas y otras actividades).
Ajuste del área declarada como ZF	La ampliación o reducción de la ZF podrá ser solicitada por el usuario operador ante la DIAN. Se requiere concepto previo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación y la entidad competente que regule, controle o vigile la actividad que se desarrolla en la ZF. (Art. 393-9 a 393-13 E.A.)	El usuario operador podrá solicitar a la DIAN el ajuste del área de la ZFP costa afuera conforme a las modificaciones del contrato suscrito con la ANH. (Art.9) Para los ajustes del área continental son aplicables los requisitos vigentes en el E.A
Requisitos	<p>Los requisitos de inversión y de empleo señalados en el artículo 394-24 del E.A. (Ver Cuadro No.1)</p> <p>Presentar estudios de factibilidad técnica, económica, financiera y de mercado que demuestren la viabilidad del objetivo de la ZFP.</p> <p>Presentar el Plan Maestro de Desarrollo General de la zona franca aprobado por la CIZF y el cronograma de compromiso de ejecución del proyecto.</p> <p>Adjuntar plano topográfico y fotográfico con la ubicación y delimitación precisa del área para la que se solicita la declaratoria y los linderos de la misma.</p> <p>Adjuntar proyección de la construcción del área destinada para las oficinas de las autoridades de control y vigilancia de las actividades propias de la ZFP y del área para la inspección aduanera. (Deberá ser mínimo de 1.500 M2).</p> <p>Realizar el cerramiento del 100% del área declarada como ZFP antes del inicio de las operaciones. La entrada o salida de personas, vehículos y bienes debe efectuarse únicamente por las puertas de control.</p>	<p>Tener un contrato costa afuera-offshore suscrito con la ANH.</p> <p>Realizar una inversión dentro de los seis (6) años siguientes a la declaratoria por un monto igual o superior a 150.000 smmlv (COP\$ 96.652.500.00.)</p> <p>La inversión se podrá acreditar con la inversión mínima comprometida en el contrato con la ANH que se encuentre pendiente por ejecutar al momento de la declaratoria como ZFP, y con la inversión que realicen los demás usuarios industriales de la ZF.</p> <p>Generar 30 nuevos empleos directos. El empleo se podrá acreditar conjuntamente por todos los usuarios industriales de la ZF.</p> <p>Presentar los programas y planes de evaluación técnica, de exploración, evaluación y/o desarrollo según lo establecido en el contrato suscrito con la ANH.</p> <p>Presentar las coordenadas del área costa afuera según el contrato suscrito con la ANH.</p> <p>Determinar las áreas destinadas dónde las autoridades ejercerán las actividades de vigilancia y control propias de la ZF.</p> <p>No se exige el cumplimiento del requisito mínimo de cinco (5) usuarios calificados al finalizar el quinto año de la declaratoria de ZF. (Art. 4, Parágrafo 1).</p>

	<p>Tener al finalizar el quinto año siguiente a la declaratoria de existencia de la ZFP, al menos cinco (5) Usuarios industriales de bienes y/o servicios vinculados; y una nueva inversión a cargo de cualquiera de los usuarios de ZFP, la cual sumada sea igual o superior a COP 46.000 smmlv (COP\$ 29.640.100) (Art.393-12). A partir del 18 de diciembre de 2015, también deberá acreditarse un patrimonio líquido de 23.000 SMLMV de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1300 de 2015.</p>	<p>Los demás requisitos del artículo 4 del Decreto 2682 de 2014.</p>
Trámite	<p>La persona jurídica que pretenda ser usuario operador de la ZFP deberá presentar la solicitud ante la DIAN, con la previa aprobación y concepto favorable de la CIFZ del Plan Maestro de Desarrollo General de zona franca.</p> <p>A partir del 18 de diciembre de 2015, la solicitud de declaratoria de una zona franca deberá hacerse ante el MINCIT, quien posteriormente deberá solicitar concepto técnico previo de la DIAN u otras entidades respecto a sus competencias (Art.10 del Decreto 1300 de 2015).</p>	<p>El Operador del contrato presentará la solicitud ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas –CIZF.</p> <p>Una vez se cuente con el concepto de viabilidad favorable de la CIZF se presentará la solicitud ante la DIAN para la declaratoria de la zona franca.</p> <p>En el sentido del nuevo procedimiento establecido en el Decreto 1300 de 2015, la solicitud de zona franca deberá realizarse ante el MINCIT, quien posteriormente deberá solicitar concepto técnico previo de la DIAN u otras entidades respecto a sus competencias (Art.10 del Decreto 1300 de 2015).</p>
Beneficios	<p>El usuario operador podrá gozar de los beneficios tributarios y aduaneros una vez sea autorizado como tal y sea declarada la ZFP.</p>	<p>Goza de los beneficios aduaneros y tributarios propios del régimen de zona franca a partir de la declaratoria de la misma.</p> <p>Adicionalmente, los usuarios calificados y autorizados para operar en las zonas francas costa afuera No serán sujetos pasivos de la sobretasa al impuesto sobre la renta para la actividad CREE (Ley 1739 de 2014, Art. 21, Parágrafo)</p>
Perdida de la declaratoria de ZFP	<p>Cuando no se efectúe y no se mantenga el cerramiento del ciento 100% del área declarada como ZFP.</p> <p>Cuando no se cumpla con el Plan Maestro de Desarrollo;</p> <p>Cuando al finalizar el quinto año siguiente a la declaratoria de existencia de la ZFP no se cuente con al menos cinco (5) usuarios calificados y no se haya realizado una nueva inversión igual o superior a 46.000 smmlv.</p>	<p>Las causales de pérdida establecidas en el artículo 393-8, con excepción del cumplimiento del requisito mínimo de cinco (5) usuarios calificados al finalizar el quinto año de la declaratoria de ZF. (Art. 4, Parágrafo 1)</p> <p>Adicionalmente, será causal de pérdida la terminación del contrato suscrito con la ANH. (Decreto 2682 de 2014, Art. 12)</p>

C. ALGUNOS DESAFÍOS EN LA REGLAMENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN DE ZFP COSTA AFUERA

Sin perjuicio de las particularidades propias de cada régimen, debe resaltarse el gran reto que tiene la autoridad aduanera –DIAN, en la reglamentación del movimiento de mercancías y/o productos entre las zonas francas offshore, zonas francas onshore y el resto del territorio aduanero nacional. Lo anterior en particular teniendo en cuenta que el área costa afuera declarada como zona franca permanente no requerirá de cerramiento, lo cual hará aún más difícil el ejercicio de las funciones de supervisión, control y vigilancia de las actividades propias de la ZFP por parte de las autoridades competentes.

En este sentido, la futura reglamentación del artículo séptimo del Decreto 2682 de 2014 a cargo de la DIAN, debe procurar un balance entre el ejercicio del control aduanero y el efectivo movimiento de mercancías. De igual manera, dadas las características particulares del territorio en donde operará la ZFP, esto es, dentro del mar, la reglamentación debería incluir y definir el alcance del apoyo que necesitará recibir la DIAN para el efectivo ejercicio del control en el movimiento de bienes desde y hacia la ZFP offshore, como es el soporte por parte de la autoridad marítima colombiana –DIMAR y/o la Armada Nacional, quienes tienen dentro de sus funciones la obligación de velar por la seguridad nacional y el control del tráfico marítimo, entre otras.⁸⁶

Así mismo, el operador del contrato suscrito con la ANH tiene la importante obligación de determinar las áreas donde las entidades de control ejercerán la vigilancia y control de las actividades de la ZFP offshore⁸⁷. Es una función sin duda relevante que deberá ser posteriormente revisada en detalle por la CIZF y la DIAN dado que dicho operador y sus contratistas podrán ser reconocidos más adelante como usuarios industriales en el acto de declaratoria de existencia de la zona franca. En este sentido, vale la pena destacar la aclaración que trae el parágrafo del artículo 4 del Decreto 1300 de 2015, según el cual el usuario operador de zona franca deberá ser una persona jurídica diferente al usuario industrial, y no contar con vinculación económica o societaria con éste en los términos señalados en los artículos 260-1, 450 y 452 del Estatuto Tributario y del 260 al 264 del Código de Comercio.

También el operador del contrato con la ANH deberá postular a la persona jurídica que ejercerá las funciones de usuario operador de zona franca, entre las cuales está la de calificar a los demás usuarios industriales de bienes y servicios para desarrollar las actividades de transporte, manipulación y logística del petróleo y gas extraídos de la ZFP offshore, los cuales, entre otros, podrán ser los contratistas del operador del contrato suscrito con la ANH.

86 Artículo 5, Decreto Ley 2324 de 1984.

87 Numeral 12, artículo 4, Decreto 2682 de 2014.

Igualmente es pertinente acotar que la nueva reglamentación deberá exigir al usuario operador la constitución de una garantía global en las condiciones y dentro del plazo que indique la DIAN. Dicha garantía tendrá como objetivo asegurar el pago de los derechos e impuestos a la importación y las sanciones a que haya lugar, por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en el ejercicio propio de la actividad. Además, la reglamentación deberá contemplar el régimen sancionatorio correspondiente aplicable a todos los usuarios en ZFP offshore.

Finalmente, en cuanto a la institucionalidad requerida para la viabilidad de la declaratoria de existencia de una ZFP offshore, se modifica la composición de la CIZF dado que el presidente de la ANH será un invitado de carácter permanente⁸⁸. Nuevamente destacamos la necesidad de fortalecer las instituciones involucradas así como la de mejorar en la cooperación y coordinación interinstitucional.

D. OPORTUNIDADES PARA EL SECTOR LOGÍSTICO EN EL ÁMBITO DE LAS ZONAS FRANCAS COSTA AFUERA

De especial relevancia también resulta mencionar que de acuerdo con lo previsto por el artículo quinto del Decreto 2682 de 2014 "(...) podrán ser clasificados como Usuarios Industriales de Bienes y/o Servicios los contratistas del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos y las personas jurídicas proveedoras de bienes y de servicios de logística, compresión, transformación, licuefacción de gas y actividades directamente relacionadas con el sector de hidrocarburos costa afuera (...)". Con independencia de los requisitos que la norma posteriormente exige para tal efecto, lo cierto es que en virtud de lo previsto en tal disposición los contratistas –aparentemente del quien haya celebrado el contrato con la ANH⁸⁹– que provean los bienes o se involucren en la prestación de los servicios descritos, podrán gozar de los beneficios previstos para el efecto.

Por otra parte y a propósito de la aplicación que en la práctica puede tener tal beneficio llama la atención el concepto de los "servicios de logística" a que se refiere la norma, dado el alcance que el concepto tiene hoy en general en el ámbito del comercio exterior y, en particular también, en la industria hidrocarburiífera. Sobre el particular debe destacarse además que la categoría en la práctica puede resultar bastante amplia si se tiene en cuenta que la expresión "servicios de logística" puede entenderse referida a una muy variada gama de

88 Artículo 10 el cual modifica el artículo 393-5 del Estatuto Aduanero, Decreto 2682 de 2014.

89 El pasaje de la norma parece tener una omisión al respecto pues se refiere a los "contratistas del contrato suscrito con la ANH".

servicios⁹⁰, no necesariamente relacionados con el transporte p.ej. de mercancías, dentro, desde, hacia o fuera de la zona de operaciones. En efecto, aunque usualmente se ha hecho referencia a los servicios logísticos como aquellos "conexos" o relacionados con las operaciones de transporte⁹¹, lo cierto es que dicha categoría puede ser mucho más comprensiva e incluir un panorama de servicios muy variado que no necesariamente esté ligado a las operaciones de transporte. Muestra de ello es precisamente el reconocimiento normativo que ha tenido recientemente el concepto de servicios logísticos a la carga en nuestro país –cuya evolución aún está en proceso– en la Resolución 164 de 2015 del Ministerio de Transporte que contempló expresamente una definición de "servicios logísticos a la carga" a efectos del desarrollo de los llamados corredores logísticos estratégicos, en la siguiente forma: "Los servicios a la carga corresponden a las actividades logísticas que se desarrollan en un corredor o en sus nodos activos referidas a la recepción, almacenaje y despacho, consolidación/desconsolidación, picking, packing, etiquetado, preparación de pedidos, armado de kits, conservación en condiciones de temperatura y humedad apropiadas, desaduanaje, inspecciones fronterizas, fitosanitarias y de seguridad"⁹². Si bien, como quedó dicho, la disposición tiene un enfoque restringido a su aplicación en el ámbito de los llamados "corredores logísticos estratégicos", lo cierto es que resulta útil a efectos del presente documento para poner de presente la gran cantidad de tareas que pueden entenderse incluidas dentro del concepto de servicios logísticos y que, por demás, van mucho más allá de las operaciones de transporte individualmente consideradas.

e. EXPERIENCIA DERECHO COMPARADO

Dada la innovadora situación que se está presentando en Colombia de extender el uso y aplicación de la figura de las zonas francas fuera del territorio continental, vale la pena preguntarse si existen otras experiencias similares de países destacados en la explotación petrolera que a su vez hayan flexibilizado sus legislaciones en dicho sentido.

Con tal fin, a continuación se hace referencia a las figuras jurídicas bajo las cuales se hacen las exploraciones y explotaciones petroleras en México, Esta-

90 Al respecto se ha dicho que "[e]l campo de lo que hoy en día se considera "logística" es tan grande que resulta imposible realizar una clasificación taxativa de los servicios que pueden ser ofrecidos bajo un contrato de prestación de servicios logísticos o "de logística". Franco-Zárate, Javier. Aspectos legales de la logística comercial y los contratos de servicios logísticos, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 160.

91 El artículo 27 de la Ley 336 de 1996 señala "[s]e consideran como servicios conexos al de transporte público los que se prestan en las terminales, puertos secos, aeropuertos, puertos o nodos y estaciones, según el modo de transporte correspondiente". El concepto además encuentra una definición más reciente en el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013.

92 Artículo 3, Resolución 164 de 2015 del Ministerio de Transporte.

dos Unidos y Noruega, países cuyas economías dependen significativamente del petróleo y sus derivados. Con la importante anotación de que ninguno de ellos ha traspasado el régimen de zonas francas a las actividades offshore.

i. México

Por disposición de la Constitución Nacional y de la Ley de Hidrocarburos de México, la exploración y extracción de hidrocarburos ubicados en el subsuelo del territorio nacional, incluyendo la plataforma continental y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, en mantos o yacimientos, únicamente se puede realizar a través de dos figuras legales: a) Asignaciones de exploración otorgadas por la Secretaría de Energía a las Empresas Productivas del Estado (Petróleos Mexicanos); o mediante b) contratos con el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.⁹³

La única excepción que se contempla para el no uso de las figuras mencionadas anteriormente, y en su lugar adjudicar directamente, es aquella que aplica para los titulares de concesiones mineras exclusivamente en las actividades de exploración y extracción de gas natural contenido en la veta de carbón mineral y producido por la misma (Artículo 27 Ley de Hidrocarburos).

Por lo anterior, bajo el sistema normativo mexicano vigente, no está contemplada la creación de zonas francas para la exploración y extracción de hidrocarburos.

ii. Estados Unidos

El Código Federal de los Estados Unidos prevé la posibilidad de establecer sub-zonas de libre comercio dedicadas exclusivamente a las actividades de refinación de petróleo, las cuales son autorizadas por la Junta de Zonas de Libre Comercio (Free Trade Zones Board)⁹⁴. Sin embargo, esta disposición normativa únicamente aplica para áreas dentro del territorio aduanero americano y no aplica para la exploración en costa afuera.

En general las disposiciones previstas en la legislación americana para las zonas francas o zonas de libre comercio, aplican a las sub-zonas destinadas a las actividades de refinación de petróleo. La autoridad permite el ingreso a las sub-zonas de insumos utilizados para las actividades de refinación y en la producción de productos derivados del petróleo, incluyendo los combustibles, los componentes de mezcla y las materias primas, los cuales pueden ser de origen extranjero o nacional.

93 Ley de Hidrocarburos y reformas a diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera, Ley Minera, y Ley de Asociaciones Público Privadas. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5355989&fecha=11/08/2014

94 19 Code of Federal Regulations, Part 146, Subpart H.

Para efectos del control de salida e ingreso de petróleo y productos derivados de la subzona, la ley define detalladamente un sistema de inventario basándose en los estándares de producción de la industria y en un sistema de registros de inventario que toma como referencia las medidas de peso o volumen por periodos específicos de tiempo, establecidos en un sistema de registro manejado exclusivamente por el operador de la zona conocido como primera entrada- primera salida (First In- First Out – FIFO).

Igualmente, se aplica un método de cálculo de valor relativo para valorar y registrar aquellos productos que ingresaron a la zona y que como consecuencia del proceso de refinamiento del petróleo son mezcladas o consumidas dentro de una sustancia principal. De la misma forma la autoridad aduanera puede establecer restricciones en el uso de ciertos productos o prohibir determinadas mezclas que puedan llevar a la eventual elusión del impuesto a la gasolina, salvo que se trate de operaciones destinadas a la exportación.

Las mezclas o los bienes consumidos que den lugar a un nuevo producto que sea clasificable bajo una nueva clasificación arancelaria, gozarán de un estatus privilegiado concedido por la autoridad aduanera. En todo caso, el operador está en la obligación de llevar un registro consistente de los bienes que ingresan, salen o sufren algún proceso de manufactura o transformación.⁹⁵

iii. Noruega

En primer lugar es necesario anotar que no existe la figura de las zonas francas como tal en el ordenamiento jurídico noruego y que las actividades de exploración y explotación petrolera se llevan a cabo fuera del territorio aduanero noruego.

Sin embargo, dichas actividades pueden tener lugar dentro de las denominadas Zonas Económicas Exclusivas, autorizadas por la autoridad aduanera para el depósito, división, empaclado y procesamiento de mercancías no permitidas en libre circulación. En este sentido los operadores de actividades offshore pueden gozar del estatus aduanero propio de los almacenes generales de depósito conferido por la autoridad aduanera para llevar a cabo actividades de depósito, reparación mecánica de los equipos y utilización de áreas de servicio en general. Este estatus les permite llevar a cabo las actividades necesarias de una manera más flexible como lo requieran las actividades de exploración y explotación.

Por último es pertinente destacar que bajo el esquema de depósitos en Zonas Económicas Exclusivas el usuario autorizado para operar en ella tiene

95 19 Code of Federal Regulations, Part 146.93

la responsabilidad de cercar y delimitar el área, monitorear el tráfico desde y hacia la zona de las personas, los medios de transporte y los bienes⁹⁶.

IV. CONCLUSIONES

El panorama que presentan las llamadas actividades costa afuera u offshore involucra una muy variada gama de aspectos que merecen recibir un análisis detallado desde la perspectiva legal, no sólo a nivel internacional sino también local.

En Colombia las actividades costa afuera u offshore requieren un marco jurídico claro, coherente y armónico, que permita la interacción de las diferentes autoridades involucradas en forma eficiente. En este sentido, como ya ha sido señalado por la Cámara Colombo-Noruega, se puede decir que el sector requiere una visión de política pública y de gestión integral que implique una verdadera coordinación y apoyo entre las instituciones involucradas⁹⁷.

Sería positivo para el sector, como ya lo han señalado otros estudios⁹⁸, contar con un único interlocutor y con un mecanismo de gestión que facilite la referida interacción y coordinación entre las diferentes entidades involucradas del Estado y a su vez, de estas con los particulares. A este respecto el caso noruego puede servir de modelo pues la Autoridad de Seguridad Petrolera (PSA) tiene la responsabilidad de supervisión y regulación de actividades petroleras y es también responsable por coordinar la interacción entre las demás entidades y las operadoras⁹⁹. En Colombia un esquema que refleja una experiencia similar a la ahora propuesta está en la Ventanilla Única de Comercio Exterior – VUCE, que permite la interconexión de 21 entidades gubernamentales involucradas en la administración y control de las operaciones de comercio exterior a nivel nacional, centralizando la información y facilitando a su vez la interacción con los usuarios.

La DIAN no es la única entidad responsable del control y vigilancia de la actividad costa afuera, pues para el cumplimiento de sus funciones se requerirá también de la participación activa, entre otras, de DIMAR, ANH y MINCIT. Está misma situación se replica desde la perspectiva de seguridad ambiental y

96 The Act on Customs Duties and Movement of Goods. Sec. 4-30 to 4-34. http://www.toll.no/PageFiles/6413/Customs_Duty_and_Movement_of_Goods_Act.pdf

97 En este sentido se ha dicho que “[n]o hay claridad sobre las actividades y responsabilidades de las distintas entidades en los proyectos costa afuera. Todo está segmentado y existe la posibilidad de que hayan vacíos en las responsabilidades, al haber puntos ciegos (...)” Integración y gestión HSE en el sector oil & gas costa afuera, Op. Cit., p. 114.

98 “(...) Hace falta una visión y una gestión integral de estos proyectos, en una sola cabeza, soportada (back office) en distintas entidades especializadas en los procesos intervinientes”. *Ibíd.*, p. 114.

99 *Ibíd.*, p. 52.

desde el punto de vista de administración, control y promoción en el ejercicio de la actividad petrolera. Se requiere entonces de un mayor fortalecimiento y verdaderos esfuerzos de coordinación entre todas las entidades competentes para desarrollar un régimen normativo comprensivo y único en oposición a esfuerzos normativos individuales y/o segmentados, los cuales corren el riesgo de resultar en duplicación de esfuerzos, contradicciones normativas y lagunas jurídicas como la ausencia de responsabilidades y responsables definidos.

Sin lugar a dudas la figura de las zonas francas ha demostrado ser un instrumento eficaz para el impulso de la actividad industrial en el país, incentivando la inversión extranjera directa y la creación de empleo. Sin embargo, no son pocos los retos que tiene el Estado colombiano en el desarrollo del sector de los hidrocarburos como nuevo beneficiario de las ventajas del régimen de zonas francas. El uso de la figura permitirá aliviar la carga fiscal para el incremento de la exploración y explotación petrolera en el país que se verá reflejado en la atracción de inversión privada en el sector y en consecuencia en mayor generación de empleos.

La ausencia de una reglamentación propia de las actividades costa afuera ha hecho necesaria la extensión de normas existentes aplicables a la exploración y explotación en tierra. Sin embargo, aunque pueden extrapolarse algunas regulaciones, las mismas pueden resultar no ser del todo aplicables o convenientes en un marco diferente como lo es el de las actividades costa afuera. Por ejemplo, no existe una regulación aduanera específica para el sector de hidrocarburos costa afuera y, como puede verse del análisis realizado, existen diferencias sustanciales para esta clase de actividades entre el régimen general y el planteado en el Decreto 2682, lo cual hace difícil la aplicación del régimen existente sin sufrir modificaciones.

Las actividades relativas a la logística tienen en el régimen de zonas francas costa afuera una nueva e importante oportunidad de desarrollo en el país. Conviene sin embargo entender dichos servicios en una forma no excluyente o restrictiva, pues, como se ha dicho, el concepto comprende múltiples tareas que van mucho más allá de la tradicional asociación que usualmente se hace de dicho concepto con el de transporte.

Parece un tanto equívoco el panorama de requisitos necesarios para tener la consideración de usuario industrial de la zona franca cuando se trata de proveedores de bienes o servicios del usuario industrial que ha suscrito un contrato con la ANH. Nótese al respecto que el artículo quinto del Decreto 2682 de 2014 no señaló expresamente que dichos contratistas deban estar ubicados (ni qué se requiere para entender surtido el requisito) dentro de la zona franca respectiva (aunque en el caso de las zonas francas tradicionales u onshore el presupuesto es justamente que quien pretenda gozar del régimen se establezca como tal dentro del territorio respectivo). Téngase en cuenta además que el área considerada como zona franca bien podría estar integrada solamente por un polígono de una determinada área dentro del mar, y no ne-

cesariamente tener un área complementaria en tierra. Así, queda la duda de qué podrá entenderse por estar "ubicado" para tales propósitos dentro del área de la zona franca. Además, la norma no expresa en qué lugar debe geográficamente estar ubicado el proveedor, con lo cual, como mínimo deberá entenderse que estarán comprendidos en la definición –y podrán consecuentemente gozar de los beneficios del caso– aquellos proveedores que presten sus servicios en el área de operación de conformidad con las coordenadas del área asignada por la ANH (ej. servicios de transporte marítimo de bienes, empleo de supplyboats o remolcadores, procesos de transformación, almacenamiento, producción o descargue por ejemplo en floating production storage and offloading units FPSO, crewboats, etc.) o bien en "(...) aquellas áreas continentales o insulares en las cuales se vayan a desarrollar (...) ¹⁰⁰" tales actividades, con la amplitud que los servicios logísticos de la industria puedan implicar.

100 Ello debería entenderse teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 3.2 del Decreto 2682 de 2013.