

# Los *Production Sharing Agreements*: ¿Qué son, cómo funcionan, por qué son populares, y son tan diferentes del Contrato de Concesión?

Anthony Laub Benavides\* \*\*

*El Production Sharing Agreement (siglas en inglés "PSC") o contrato de producción conjunta, apareció en Indonesia a mediados de 1960 y significó un cambio importante en la industria petrolera, cambiando el enfoque de la manera clásica de hacer negocios en dicho sector y dio a luz a un nuevo sistema fiscal del petróleo: el sistema contractual. Antes del PSC, la industria del petróleo fue impulsada sólo por el sistema fiscal petrolero disponible en ese momento: el sistema de concesiones.*

*El objetivo de nuestro estudio es analizar la naturaleza y elementos de la PSC, y por qué este tipo de contratos se han hecho tan aceptados y populares en la industria petrolera.*

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato de producción conjunta (en adelante PSC), apareció por primera vez en 1966 en Indonesia, y fue firmado por la compañía petrolera estatal Pertamina (Permina en ese momento) y una relativamente pequeña empresa petrolera estadounidense llamado IAPCO, seguida por otras compañías petroleras de pequeño y mediano tamaño.<sup>1</sup> Este evento fue de gran importancia, ya que dio a luz a una nueva forma de contratación en la industria petrolera, que es hoy en día, junto con el sistema de concesión, una de las formas predominantes de hacer negocios en la industria.

En efecto, la aparición del PSC significó un cambio importante en la industria petrolera, no sólo porque marcó un nuevo enfoque de cómo los Estados y las compañías petroleras hacen negocios, sino también porque después de un malestar inicial de las principales empresas petroleras con este tipo de contratos pronto se hizo de una amplia aceptación, y hoy en día es una manera popular de embarcarse en nuevos proyectos petroleros, además es el modo más extendido a contrato en el negocio del petróleo de hoy, especialmente en los países en desarrollo.<sup>2</sup>

El título de propiedad de los recursos de petróleo corresponde a los Estados significa un hito para el desarrollo de la industria petrolera de

hoy, ya que las empresas petroleras (ya sean privados o estatales) tienen que entrar en un acuerdo o la aprobación del Estado para acceder a la extracción de petróleo y gas natural.

La propiedad del petróleo de los Estados funda su base en los conceptos de la soberanía de los Estados y el derecho del pueblo a poseer, explotar y beneficiarse de sus recursos naturales. En la década de 1950, un régimen económico, político y social había surgido: el nuevo orden económico, impulsado por los llamados países no alineados, y basado-entre otros-en las ideas nacionalistas, trajo un nuevo enfoque para la explotación de los recursos naturales, y cambió el único sistema fiscal petrolero eficaz en ese momento.

De hecho, antes de la década de 1960 la industria del petróleo fue impulsado por un único sistema fiscal petrolero: el sistema de concesiones. Este sistema se basa en el concepto del pago de regalías al Gobierno o Estado anfitrión para la explotación y la transferencia de la propiedad de los recursos del petróleo a la Empresa Petrolera. Sin embargo, desde mediados de 1960 un nuevo enfoque a la forma en que se explota el petróleo apareció en la forma de un contrato de petróleo, conocido como el contrato de producción compartida (PSC) o acuerdo de reparto de producción.

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. in Energy Law and Policy, The University of Dundee – Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy – CEPMLP Escocia. Socio fundador de Laub & Quijandría Consultores y Abogados.

\*\* Traducción hecha por Enrique Moncada, miembro del Círculo de Derecho Administrativo.

1 BUNTER, Michael. *The Promotion and Licensing of Petroleum Prospective Acreage* p. 43 (Kluwer Law International, The Hague, 2002).

2 WALDE, T.W. Book Review: *The Indonesian Production Sharing Contract, an investor's perspective* – N. Machmud, in *Oil, Gas & Energy Law Intelligence* – OGEL. p. 2 (2003) in: [www.gasandoil/ogel/](http://www.gasandoil/ogel/) (last visited 15 February, 2007)

El modelo PSC ha sido adoptado por la mayoría de los países en desarrollo y producción de petróleo, como Egipto, Malasia y Libia. A los países productores de petróleo con una orientación nacionalista, les permite tener más control sobre sus recursos petroleros, mientras que las operaciones realizadas a explotar dichos recursos son asumidos por las empresas petroleras internacionales.

En las siguientes líneas vamos a analizar la estructura y la mecánica del PSC y por qué este tipo de sistema fiscal se ha ganado una gran popularidad entre muchos países del mundo desde que se introdujo por primera vez hace más de 40 años.

## II. PETRÓLEO SISTEMAS FISCALES: GENERALIDADES

Básicamente hay dos sistemas fiscales del petróleo en virtud de los cuales los contratos de petróleo y el gas se negocian y acuerdan en todo el mundo. Entre estos dos sistemas, la diferencia principal y más evidente es que con respecto a la propiedad del petróleo y el gas, como Gordon H. BARROWS, dice: "La diferencia básica entre las concesiones y todos los tipos de contratos se encuentra en la división de petróleo y gas de la producción"<sup>3</sup>.

No obstante la existencia de dos sistemas principales que agrupan a los contratos de petróleo, de acuerdo a Daniel JOHNSTON, hay más sistemas fiscales de petróleo que países en el mundo<sup>4</sup>, y esto obedece al hecho de que muchos países negocian sus contratos de forma individual con cada empresa petrolera, dando a luz a las variaciones en los contratos petroleros que surgen de un tipo principal.

A los efectos de nuestro trabajo, nosotros agrupamos los sistemas fiscales del petróleo en dos familias originarias distintas: Sistema de Concesiones y Sistema Contractual, y dentro de ésta los llamados PSC. La principal distinción entre estos dos sistemas es que en el primero el Gobierno (o Estado) anfitrión permite la transferencia de la propiedad de recursos de petróleo y gas en favor de las compañías petroleras, mientras que en el segundo, la propiedad de reservas de petróleo y gas seguirán correspondiendo al Gobierno (o Estado) anfitrión.

Algunos autores prefieren hablar de la existencia de cuatro tipos diferentes de contratos petroleros usados, que son: concesiones, contratos de reparto de producción, contratos de servicios y *Joint Ventures*.<sup>5</sup> Sin embargo, a efectos de que esta clasificación

pueda ser válida, creemos que ofrece una visión restringida y limita el nacimiento de otros tipos de contrato y / o variaciones. Por ejemplo, en los años noventa, Irán presenta el llamado *Buy Back Agreement* (o Acuerdo Iraní de Volver a Comprar), que clasifica en el marco del Sistema de Contrato, como veremos más adelante y, aunque pueden tener elementos comunes con un contrato de servicio que se encuentra en su propia categoría.

Aparte de las dos familias principales de los sistemas fiscales del petróleo, según JOHNSTON, hay algunos contratos que parecen ser un tipo de sistema fiscal, como: *Joint Ventures*, contratos de asistencia técnica (contratos de EOR), y la tasa de retorno de los contratos.<sup>6</sup> No haremos más comentarios sobre cualquiera de estas formas ya que como explica Johnston y estamos de acuerdo, los *Joint Ventures* no son un sistema fiscal, son un instrumento jurídico utilizado para muchos propósitos y podemos encontrarlos en las dos principales familias antes citadas, así como a las demás formas también las podemos encontrar en cualquiera de los contratos existentes en los sistemas fiscales petroleros.

Aunque, entre los dos sistemas, jurídicos y filosóficos, existen diferencias, la verdad es que es posible obtener resultados similares utilizando cualquier sistema económico, como veremos más adelante en las cuadros de cada sistema. Después de todo el negocio del petróleo es como cualquier otro negocio, se buscan beneficios. Por lo tanto, es la economía de un proyecto lo que realmente importa y no el instrumento jurídico utilizado para alcanzar el objetivo económico<sup>7</sup>.

Paso seguido haremos una breve explicación de ambos tipos de sistemas fiscales y una revisión resumida de cada uno de los principales tipos de contrato dentro de cada sistema, después nos vamos a sumergir en nuestro propósito que es explicar el PSC y la descripción de las ventajas que podría explicar su popularidad entre algunos países.

### 2.1. El Sistema de Concesiones

Tomando como punto de partida la diferencia que se ha indicado anteriormente, el sistema de concesión permite la transferencia de propiedad del petróleo y el gas del Gobierno (o Estado) anfitrión a la CPI. Ya BARROWS decía que a las compañías petroleras internacionales se les permite mantener por sí mismos una parte más grande-si no todo-

3 BARROWS H., Gordon. *Worldwide Concession Contracts and Petroleum Legislation*. p. 1 (Penn Well Publishing Company, Tulsa, Oklahoma, 1983)

4 JOHNSTON, Daniel. *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. p. 5 (Penn Well Publishing Company, Tulsa, Oklahoma, 1994).

5 BINDEMANN, Kirsten. *Production Sharing Agreements: An economic Analysis*. p. 18 (Oxford Institute for Energy Studies, Oxford, 1999).

6 JOHNSTON Daniel., *op.cit.* p. 29.

7 *Ibid.* p. 24.

de la producción de petróleo o gas a cambio de una mayor tasa de regalías e impuestos a pagar al gobierno anfitrión, que en el sistema contractual.

“Una concesión o licencia es un contrato por el cual el gobierno anfitrión otorga al Contratista (Concesionario / licenciatario) el derecho exclusivo a explorar y producir hidrocarburos en un área determinada de tierra por un período determinado, a cambio del pago por el Concesionario / Licenciatario de una regalía, por lo general apreciable en la producción”<sup>8</sup>.

Este sistema ha sido utilizado desde los inicios de la industria petrolera, y es responsable en gran medida por el impresionante crecimiento de la misma. El sistema de concesión supone la existencia de una legislación de hidrocarburos o petróleo, que rige todas las operaciones y el desarrollo de la industria de petróleo y gas en el Gobierno (o Estado) anfitrión.

Independientemente del hecho de que la pre-existencia de una legislación de petróleo se requiera generalmente para otorgar una concesión, en algunos países (la mayoría de Oriente Medio, que se rigen por la ley islámica) donde no existe esa legislación, las concesiones son otorgadas a través de un proceso de negociación directa entre el gobierno anfitrión y las compañías petroleras internacionales.

La principal ventaja de este sistema es que se ha utilizado y probado desde hace mucho tiempo y ha demostrado que funciona. Por otro lado, la principal desventaja es que se abstenga el gobierno anfitrión a tener una participación más directa en las operaciones relacionadas con la exploración y producción de petróleo y gas, lo que les impide el cumplimiento de los intereses nacionales, como: capacitación de personal, transferencia de tecnología, el suministro del mercado interno, entre otros<sup>9</sup>.

La participación del Estado en este sistema puede ser a través de una entidad jurídica u organismo (es decir, un Ministro de Energía) o Empresa Petrolero Estatal (EPE). En cualquier caso, el proceso de concesión o licencia se lleva a cabo a través de un representante del Estado.

Se otorgan concesiones a las compañías petroleras internacionales a fin de permitir la exploración y producción de petróleo y gas. Usamos el término “concesión”,

ya que en la naturaleza de la expresión está implícita la propiedad o un derecho de la libre posesión sobre el recurso otorgado en concesión, mientras que en *stricto sensu* la licencia o permiso denota un permiso para hacer algo, no siendo necesaria la transferencia de la propiedad o título similar<sup>10</sup>.

Contrariamente a lo que solía pasar con los contratos de concesión, cuando las compañías petroleras internacionales eran principalmente obligadas a pagar regalías y otras obligaciones no fueron contemplados. Los gobiernos (o Estados) anfitriones de hoy en los contratos de concesión imponen varias obligaciones a las compañías petroleras internacionales, como un programa mínimo de exploración de trabajo que se realiza en un período determinado durante la fase de exploración, las obligaciones de cesión, y si se hace un descubrimiento comercial, un plan de desarrollo deberá ser presentado al gobierno anfitrión, que debe ser cumplida<sup>11</sup>.

Además, las CPI suelen estar obligados a cumplir con otras obligaciones económicas y sociales, tales como el pago de un bono por firmar (se paga una sola vez), los derechos de tierras en favor del Estado por el tiempo mientras dure el contrato, la transferencia de tecnología, el suministro al mercado local, entre otros.

Una vez que la producción está en funcionamiento, la propiedad del petróleo pasa del Gobierno (o Estado) anfitrión a las CPI en boca de pozo, ya a partir de este momento la CPI tiene derecho a disponer libremente de la producción de petróleo y comercialización.<sup>12</sup> Independientemente de que el petróleo que queda en el subsuelo pertenece al Gobierno (o Estado) anfitrión. Es la extracción física del petróleo lo que determina el momento en que la propiedad se transmite de un sujeto a otro, y las regalías se empezarán a cobrar a favor del Gobierno (o Estado) anfitrión.

Las principales características de los contratos firmados en virtud de este sistema son: las regalías, las deducciones y los impuestos. Los contratos en virtud de este sistema son realmente sencillos. Ellos pueden ser negociados de forma individual o después de un proceso de concesión de licencias concedidas al mejor postor, en cuyo caso el contrato sería una pre-aprobación de modelo. En caso de que el contrato sea negociado individualmente otras disposiciones también son comunes

8 KING & SPALDING LLP. *An Introduction to Upstream Government Petroleum Contracts: Their Evolutions and Current Use*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence – OGEL. Vol 3, p. 16 (2005), in: [www.gasandoil.com/ogel](http://www.gasandoil.com/ogel) (last visited 12 January 2007).

9 BARROWS H., Gordon. *Op. cit.* pp. 4-5.

10 There is some debate generated over the legal concepts of concession and licence to determine if such terms mean the same or not. In our case, having a legal background based on the Roman-Germanic Legal System, we are compelled to agree with the position that says that both terms are not the same. However, since our topic does not deal with this issue, and for practical matters we take the liberty to assimilate the concept of licence to the concession one.

11 KING & SPALDING LLP. *An Introduction to Upstream Government Petroleum Contracts: Their Evolution and Current Use*, in Oil, Gas & Energy Law Intelligence – OGEL., Vol. 3 – issue 1, p. 16 (2005). In: [www.gasandoil.com/ogel](http://www.gasandoil.com/ogel) (last visited 3 December, 2006).

12 BUNTER, Michael. *Op.cit.*, p. 46.

a otros tipos de contratos que pueden ser introducidos tales como: Participación del Gobierno, la transferencia de tecnología, la demanda local, entre otros. A continuación haremos una breve explicación de cada una de tales características.

### 2.1.1. Regalías

Como hemos visto, las regalías son las bases sobre las que el sistema de concesiones se levanta. En palabras simples y generales, la regalía es un pago por el uso de la propiedad, comúnmente para el uso de franquicias, patentes, marcas y los recursos naturales.

En el caso de un sistema de derechos *ad valorem*, se realiza el pago de regalías petroleras por la CPI al Gobierno (o Estado) anfitrión y se calculan directamente sobre la base del valor de un barril de petróleo. Por ejemplo, si el barril de petróleo está valorado en \$60.00 dólares y el pago de regalías acordadas en favor del Estado es del 30%, el pago será de \$ 18.00. Una vez que la sustracción se ha hecho, el resto se llama ingreso neto.

### 2.1.2. Deducciones

A las CPI se les permite deducir de los ingresos netos todos los costes directos implicados en el desarrollo del proyecto del petróleo tales como: costos de operación y depreciación, agotamiento y amortización, y los costos de perforación intangibles. También podríamos incluir en esta etapa, el pago de las bonificaciones en favor del Estado (si se permite), y, finalmente, intereses y otros gastos incurridos.

En algunos países se pueden poner un límite a algunos de los costos que puede deducirse, por ejemplo, un típico ejemplo es el tipo aplicable a las amortizaciones.

Una vez que los descuentos han sido sacados de los ingresos netos, llegamos a lo que se conoce como la renta imponible.

### 2.1.3. Fiscalidad

No vamos a explicar los impuestos, ya que es un concepto que no ofrece ningún problema de comprensión (o tal vez no para muchos). Sólo quisiera señalar que todos los impuestos aplicables en un país determinado en virtud de este sistema se aplican en esta etapa, y por lo general se refiere al impuesto sobre la renta.

En caso los impuestos sobre la producción se perciban, estos deben ser descontados antes de esta etapa, conjuntamente con las deducciones y fuera de los ingresos netos.

De hecho, hay otras características que podemos encontrar en virtud de un Contrato de Concesión típico (como el pago de primas cuando se firma

del acuerdo). Depende del Gobierno (o Estado) anfitrión incluir otros elementos que son naturales a los PSC u otros tipos de contratos, que pueden estar relacionados con los aspectos cooperativos en favor del país, la transferencia de tecnología, entre otros. Los límites originales entre un Contrato de Concesión y el PSC han cambiado dramáticamente, como veremos más adelante.

## 2.2. El Sistema Contractual

En el Sistema Contractual, el Estado conserva la propiedad del petróleo y el gas producido, y permite a las compañías petroleras internacionales compartir con él una parte de la producción. Las CPI son "contratados" por el Estado para prestar servicios técnicos y financieros, que pagará mediante el intercambio de parte de la producción, y no como un concesionario o socio.

Este sistema introdujo el término contratista para referirse a las compañías petroleras internacionales, que en realidad tienen esa calificación y realizan una serie de obras de acuerdo a un plan aprobado por el Estado. Se considera que el Estado no sólo tiene la propiedad del petróleo y el gas producido bajo este sistema, sino que también, tiene un mayor grado de participación en las operaciones llevadas a cabo por las compañías petroleras internacionales.

El Gobierno (o Estado) anfitrión, en virtud de este sistema, mantiene la propiedad del petróleo y el gas producido, y también se convertirá en el propietario de todos los equipos, instalaciones e infraestructura presentados por el contratista para llevar a cabo las actividades de exploración y producción de petróleo y gas. El contratista será reembolsado por esta infraestructura en base a la parte de la producción a la que tienen derecho en virtud del contrato firmado. La infraestructura prestada en virtud de un contrato de arrendamiento no se incluirá en este sistema.

Bajo este sistema, hay básicamente dos modelos de contratos ampliamente en uso en todo el mundo: El PSC, y el contrato de servicio (que tiene dos variedades: el Contrato de Riesgo y la no-Contrato de riesgo). Sin embargo, como hemos visto antes, durante los años noventa un nuevo modelo de contrato de petróleo surgió: el Acuerdo Iraní de Volver a Comprar.

### 2.2.1. Contrato de Producción Conjunta o Production Sharing Agreement

El PSC, ha reorientado la industria del petróleo desde su introducción en la década de 1960 por el Gobierno de Indonesia. La aparición del PSC en la industria es un hito, ya que dio a luz un nuevo sistema fiscal del petróleo: el sistema contractual, y también porque los países en desarrollo y productores de petróleo adquirieron una participa-

ción más directa y control sobre los recursos que se explotan en su territorio. También significó el punto de partida, donde las compañías petroleras internacionales comenzaron a ser conocidos como los contratistas que actúan en “asociación” con los gobiernos (o estados) anfitriones y en un entorno más controlado.

Es ampliamente reconocido que las tres características básicas de cualquier PSC son: recuperación de los costos del petróleo, la producción de petróleo dividido entre la empresa petrolera y el gobierno anfitrión y los impuestos.<sup>13</sup> Variaciones del PSC inicial ya están disponibles en todo el mundo, incluyendo la incorporación en tales contratos de derechos de autor<sup>14</sup>. Por ejemplo, el PSC del Perú no tenía ningún costo por petróleo, ya que todo el valor de la producción de petróleo fue tratado como ganancia, lo que incluye un mayor porcentaje de la participación en la producción en favor del contratista<sup>15</sup>.

## 2.2.2. Los Contratos de Servicios

Los contratos de servicios se diferencian del PSC en las compañías petroleras internacionales que son realmente contratistas del Estado, lo que significa que no hay asociación entre ellos y en que los servicios prestados por el contratista son pagados por el Estado en efectivo y no conforme el valor del petróleo. Esta es la mayor diferencia con los PSC, a pesar de que hay espacio para la introducción de una recompra lo que permitirá a la CPI a comprar del Estado (a través de su Empresa Estatal de Petróleo) una porción de petróleo crudo del Estado<sup>16</sup>.

Una vez que el bien se desarrolla, las operaciones se llevan a cabo por el Estado (a través de su EEP). Los contratos de servicios tienen dos tipos principales: los contratos de servicios con riesgo y los contratos de servicios sin riesgo o contratos de servicios puro.

### 2.2.2.1. El Contrato de Servicio con Riesgo

Las compañías petroleras internacionales cargan todos los riesgos involucrados en las operaciones de exploración y producción de petróleo, y proporcionan el dinero y los conocimientos necesarios para estas operaciones. En caso que no se haga descubrimiento, el contrato se rescinde sin reembolso alguno del Estado al contratista. Por otra parte, si se hace un descubrimiento, entonces el

contratista ha de ponerlo en producción, y él debe ser reembolsado por sus gastos con intereses, más una prima por riesgo de parte del Gobierno (o Estado) anfitrión.

El Estado puede decidir no dar a las compañías petroleras internacionales (contratista) la operación del pozo, una vez que un descubrimiento económico se ha hecho y entregárselo a un tercero o explotarlo por su propia cuenta y riesgo (a través de su Empresa Estatal del Petróleo)<sup>17</sup>.

### 2.2.2.2. El Contrato Sin Riesgo o Contrato de Servicios Puro

Este tipo de Contrato de Servicios es una forma simple de acuerdo y más fácil que el Contrato de Servicios con Riesgo, ya que las compañías petroleras son contratadas para un propósito especial y se les paga una tarifa plana, que incluye, por supuesto, un elemento de beneficio<sup>18</sup>.

Bajo este tipo de contrato y después de lo que dice BARROWS, también podemos distinguir la existencia de dos sub-categorías: (i) Contrato de servicio de compra de crudo, y (ii) Contrato de Servicio sin Compra de crudo.<sup>19</sup> La diferencia entre ambas subcategorías es el acceso que el Contratista tenga o no a los recursos del petróleo producido a causa de su participación en su desarrollo.

### 2.2.3. El Acuerdo Iraní Buy Back Agreement

Según BUNTER: “El Contrato Iraní Buy Back Agreement toma la forma de un Acuerdo de servicios con riesgo a corto plazo entre la National Iranian Oil Company, NIOC, y una CPI, o grupo de petroleras internacionales, que constituyen conjuntamente el Contratista. El Titular de la CPI proporciona la exploración y determinados servicios de producción a cambio de que sus costos, y una recompensa, se reembolsarán de un porcentaje de los ingresos del proyecto. Las petroleras internacionales suelen ser contratadas para ofrecer una tarifa plana para un número de años, limitado por algún tipo de garantía”<sup>20</sup>.

Bajo esta forma de contrato de la CPI (contratista) no obtiene iguales derechos de por el petróleo, ya que la *National Iranian Oil Company* ha contratado, y en cambio recibe un pago en efectivo una vez que la obra se ha terminado. En el caso fracase

13 BARROWS H., Gordon. *Op. cit.* p. 9.

14 Some authors like Daniel Johnston consider royalties in the PSCs as an element of this type of contracts.

15 In the mid 1980s, the so-called Peruvian PSC was dropped and now it only serves for historic matters.

16 CAMERON, Peter. *Petroleum Licensing A Comparative Study*, in *Financial Times Business Information Ltd.* p. 12.

17 CAMERON, Peter. *Op. cit.*, p. 13.

18 JOHNSTON, Daniel. *International Exploration Economics, Risk, and Contract Analysis* p. 47 (1<sup>st</sup>. Edition. Penn Well Corporation, Tulsa, Oklahoma, 2003).

19 BARROWS H., Gordon. *Op. cit.*, pp. 26-27.

20 BUNTER, Michael., *The Iranian Buy Back Agreement*, in: *Oil, Gas & Energy law Intelligence – OGEL*, Volume 1 – Issue 2, p.3 (2003). In: [www.gasandoil.com/ogel](http://www.gasandoil.com/ogel) (last visited December 13, 2006).

la empresa, por lo general la empresa nacional pagará por los gastos incurridos más un *uplift* en favor de la CPI.

El CPI es un contratista que provee de plantas, maquinaria, infraestructura de producción y la tecnología, utilizados para realizar una tarea, que puede ser el desarrollo de un proyecto (incluye la exploración y producción) o simplemente para el desarrollo del proyecto.

### 2.3. Las Regalías en ambos Sistemas Fiscales de Petróleo

Permítanos explayarnos sobre este asunto (las regalías), ya que desde el comienzo mismo de la industria petrolera, las regalías han estado presentes, y como veremos más adelante, a pesar de que fue la principal diferencia entre la concesión y el régimen del contrato, en la actualidad ambos sistemas incluyen el pago de regalías. La explicación ofrecida, nos ayudará a conseguir una mejor comprensión de algunos otros temas que son tratados.

La regalía es una de las formas más antiguas y extendidas de la fiscalización de minerales. Puede considerarse como un pago mínimo debido a un propietario del suelo (sea el Gobierno, Estado o particular) para la extracción de un recurso agotable.<sup>21</sup> En ese sentido, la regalía es comúnmente conocida como impuesto a la producción, impuesto a los productos o el impuesto a la explotación<sup>22</sup>.

Una de las razones más importantes que justifican la existencia de derechos reales es la cuestión del patrimonio. En la mayoría de las naciones, los recursos naturales pertenecen al Estado, lo que significa que los Estados tienen que recibir algo a cambio de los minerales extraídos, independientemente de si los beneficios se obtienen o no. Las empresas no siempre generan los beneficios imponibles y por lo tanto no hay garantía de que el Estado recibirá los ingresos basados en los impuestos por sus recursos perdidos.<sup>23</sup> Así, las regalías son tasas que dependen de los ingresos generales y no de los beneficios. En el mismo sentido, la Iglesia ha señalado:

“La justificación histórica y jurídica en que se basa en el argumento de que el Estado se reserva ciertos derechos de propiedad a los recursos extraídos de la tierra que pueden ser exportados y consumidos en otros lugares.”<sup>24</sup>

La literatura ha reconocido que los derechos tienen algunas características, tales como:

- (i) Compartir los riesgos: a través de las regalías, los riesgos quedan a los inversores y el gobierno o Estado anfitrión no tiene participación en la producción (o, se tendrá menos participación en él).<sup>25</sup> Esto es evidente por ser un impuesto sobre la renta base, a los Gobiernos o Estados no les importa si el negocio del petróleo va bien o mal. Si las empresas están operando con pérdidas, que tienen que pagar de todos modos. Como resultado, el inversor asume el riesgo de pagar impuestos antes de que sepa si va a ganar un mínimo, espera la Tasa Interna de Retorno o si va a obtener algún beneficio o incluso cubrir los costes totales.<sup>26</sup>
- (ii) Garantizar los ingresos: A diferencia de otro tipo de impuestos, las regalías son atractivos para los Gobiernos o Estados porque garantiza un flujo de ingresos tan pronto como se inicie la producción<sup>27</sup> y por lo general estos ingresos continúan hasta el final de la vida del proyecto.<sup>28</sup> Esta característica nos permite reconocer que los pagos de regalías pueden ser identificados como un factor de pago para la extracción de los recursos minerales (factor de producción), como factor de capital o de factor trabajo<sup>29</sup>.
- (iii) Facilitar la administración tributaria: Una de las ventajas de las regalías es su viabilidad en términos de cálculo y estimación del valor de los ingresos<sup>30</sup>.
- (iv) Tienden a no ser neutral con respecto a las decisiones de producción: las regalías tienden a aumentar los costos de producción y, por tanto, puede hacer que ocurra un mayor costo de

21 ANDREWS-SPEED, Philip. *Mineral and Petroleum Taxation*, CEPMLP, Class Notes, Unit 2: Instruments of Taxation, CEPMLP, p. 2.8 (without date).

22 *Ibid.*

23 OTTO, James. *Mining Taxation in Developing Countries*, UNCTAD, p.6 (2002).

24 CHURCH, Albert. *Taxation of Non renewable Resources*, Lexington Books, United States, p. 73 (1981).

25 Government still assumes risks because if production or the prices fall, revenues are reduced as a result. But the costs risk is borne entirely by the investor, and so development costs overruns should not directly affect government's revenues from this source.

26 MIKESSELL, R. *Profitability and Risk in Third World Petroleum: The Host Government Perspective*, in: *Petroleum Resources and Development. Economic, Legal and Policy Issues for Developing Countries*, Kameel I.F. Khan (ed.), Bellhaven Press, London and New York, p. 164 (1987).

27 BAUNSGAARD, T. *A Primer on Mineral Taxation*, IMF Working Paper WP/01/139, p. 10 (2001) in: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2001/wp01139.pdf> (last visited 2 July, 2006).

28 KEMP, Alexander. *Economic Consideration in the Exploitation of Petroleum Taxation*, in: *Petroleum Resources and Development. Economic, Legal and Policy Issues for Developing Countries*, Kameel I.F. Khan (ed.), Bellhaven Press, London and New York, p. 127 (1987).

29 BAUNSGAARD, T. *Op. cit.* p. 10.

30 KEMP, A., *op. cit.*, p. 127,

producción, no siendo rentable.<sup>31</sup> Por lo tanto, ser insensible a los aspectos económicos fundamentales de la toma de decisiones modernas en materia de petróleos, aumentando los riesgos comerciales y pudiendo animar a las decisiones de producción ineficientes<sup>32</sup> (que pueden distorsionar las decisiones que realicen inversiones en campos marginales, por ejemplo).

Existen básicamente dos sistemas de regalías<sup>33</sup>:

(i) Por Unidad de Sistemas

De acuerdo con este sistema, las regalías se calculan sobre la unidad de volumen o peso. Este es el tipo más antiguo de la regalía y la responsabilidad fiscal es algo relativamente sencillo que sólo depende de la cantidad física o el volumen del material producido. En el caso del petróleo, se calcula con base en una tasa prescrita por barril (\$ EE.UU. / barril).

Este sistema no tiene en cuenta los ingresos que la empresa puede hacer con el producto o si los precios suben o bajan. El importe a pagar es el mismo. Precisamente esta es una de las características de por qué se critica este sistema: Los ingresos no aumentan, si el precio real del producto sube y no le sigue el ritmo a la inflación.<sup>34</sup> Más bien, el sistema es insensible a las variaciones de precios. Cuando ocurre la disminución de los precios, el gobierno está beneficiado por la cantidad fija, sino que también se opone a un aumento de los ingresos en tiempos de alza de precios<sup>35</sup>.

(ii) *Ad-valorem* de Regalías

Regalías que se calculan sobre el valor de las materias primas minerales que se extraen o se vende. Este tipo es conocido como *ad valorem* (basado en el valor) de la realeza y se basa en un porcentaje del valor del recurso extraído o vendido.<sup>36</sup> Este modelo aporta una característica importante que no se encuentra en el canon específico régimen: es una fuente más volátil de los ingresos para los gobiernos o estados anfitriones.

Hay muchas maneras de definir el valor a efectos de pagos de regalías, pero en general, los tipos más importantes de derechos *ad valorem*, son los siguientes<sup>37</sup>:

a) Las regalías basadas en el valor de “mercado”, que se calculan sobre el valor o precio de los hidrocarburos en boca de pozo.

b) Los derechos sobre la base de los “ingresos brutos” o “ventas reales”, que son determinados por la cantidad que el productor reciba (importes totales)<sup>38</sup>. Aquí, el precio que se utiliza para efectos de cálculo es el precio del petróleo establecido en los contratos de venta<sup>39</sup>.

Las regalías pueden tener un efecto distorsionador en la economía de un proyecto, que podría causar, prematuramente, el abandono de los campos marginales. A fin de gestionar esta desventaja, los gobiernos han buscado formas más complejas para su aplicación. Así, las regalías pueden aplicarse teniendo en cuenta la escala de producción (hace tasas de regalías relacionado positivamente a la producción<sup>40</sup>). Para hacer frente a este efecto, un mecanismo de deslizamiento de derechos escala ha sido concebido. Por otra parte, a fin de evitar los efectos distorsionadores de las regalías sobre las decisiones de inversión como consecuencia de su incapacidad para ser aplicables a la renta económica, también es posible aplicar un sistema de recuperación de costos.

(i) Escala de Pagos

Según el Sistema *Sliding Scale*, implica la creación de umbrales en el nivel de producción por unidad de tiempo, de tal forma que cada nivel de la producción debe estar relacionada con la aplicación de cánones específicos. En la forma más simple, por ejemplo, si el umbral es impuesto en 1000 MM de BTU, por año, el primero de 1000 MM de BTU se verán afectados por una tasa de regalía determinada, digamos un 20%. La producción por encima de ese límite se verá afectada por una mayor tasa de regalías, por ejemplo 25%<sup>41</sup>.

31 MIKESSELL, R., *op. cit.*, p. 164.

32 OTTO, J., and CORDES, J., *Fiscal Policy and Mineral Taxation in The Regulation of Mineral Enterprises: a Global Perspective on Economics, Law and Policy*, J. Otto and J. Cordes (eds.) p. 7-25 (2002).

33 OTTO, J., *Legal Approaches to Assessing Mineral Royalties*, in: *The Taxation of Mineral Enterprises*, Otto, J., (ed.) p. 131. (1995). CHURCH, however, identifies the royalty as a tax on output saying that there are three types of taxes: those based on quantity, those based on quality and those based on value. CHURCH, A., *op. cit.*, p. 72.

34 ANDREWS-SPEED, Philip., *op. cit.*, p. 2.9. Indonesia has tried to deal with these weaknesses by defining a “reference price”. If the actual price fluctuates above or below this reference price, then the royalty rates changes accordingly (see *id*).

35 OTTO, James., *Legal Approaches...* *op. cit.*, p.133.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*, p.135.

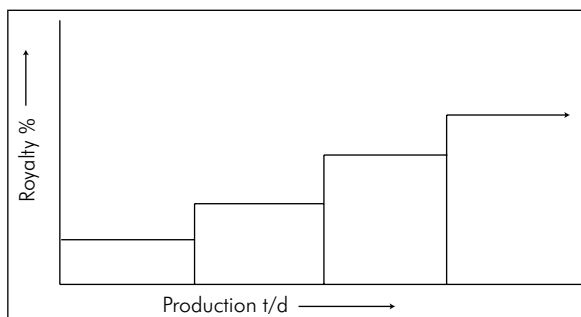
38 This kind of royalty is based on actual sales value as evidenced from sales receipts. It is easy to administer but must be used with adequate confirmation and verification procedures to insure that the product is sold at a “fair market” or “arm’s length” value. See: OTTO, James., *op. cit.*, p. 134.

39 MARKETTE, D., *op. cit.*, p. 154.

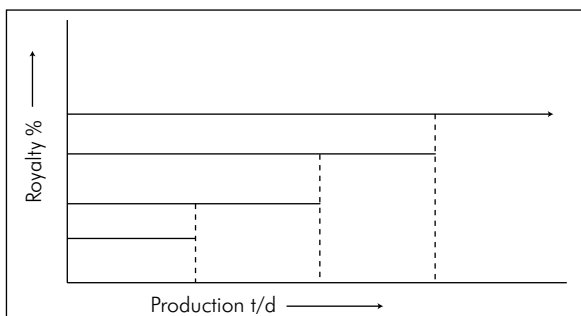
40 KEMP, Alexander., *op. cit.*, p.128. The author pointed out that these practices are applied in Norway, Denmark, The Netherlands, Ireland and Alberta.

41 There are two models in the sliding scale system: The *incremental* and the *slab model*. The former implies that the higher rate is

### Incremental sliding scale royalty



### "Slab" sliding scale royalty



(Los dos gráficos son de Andrews Speed)

#### (ii) Sistema de Recuperación de Costos

Se ha reconocido que las regalías son inferiores en términos de eficiencia a los impuestos sobre los ingresos netos (impuestos sobre la renta económica). La razón es que las regalías no consideran los cambios en los costos del proyecto. Sin embargo, la experiencia en algunos países muestra que las regalías pueden ser bien combinadas con los sistemas de recuperación de costos. Los nuevos desarrollos aplicados, por ejemplo, en los Países Bajos en 1976 para nuevos campos de petróleo muestran que los costes de producción podrían ser deducibles para efectos de regalías<sup>42</sup>.

En cuanto a este tema, es posible encontrar dos modelos generales: (i) la deducción de los gastos directos, y (ii) el factor R. En el primero, ciertos gastos definidos se deducen de los ingresos para definir la base para el pago de regalías (por lo general los costos de operación). El "factor R", por el contrario, es un modelo más sofisticado que tiene en cuenta el total de los ingresos y los costes del proyecto a fin de aplicar la tasa de regalías.

Como hemos mencionado antes, las regalías son hoy un elemento común a ambos sistemas fiscales del petróleo, y su importancia es evidente por los efectos económicos importantes que tienen sobre los

sistemas fiscales, más precisamente en un contrato de concesión y PSC.

### III. EL PRODUCTION SHARING AGREEMENT (PSC)

Antes de mediados de 1960, la forma predominante de participar en los contratos para la exploración y producción de petróleo en el mundo era a través del otorgamiento de concesiones. Desde los inicios de la industria petrolera, concesiones en términos muy amplios se acordaron entre los gobiernos o estados anfitriones y las CPI: las áreas de exploración eran muy grande, con compromisos de inversión de las compañías petroleras internacionales muy reducidos, y casi sin control de las actividades de los países anfitriones<sup>43</sup>.

Sin embargo, durante la década de 1920 y en adelante, las nuevas tendencias económicas y sociales tomaron fuerza, y varios países adoptaron regímenes nacionalistas y socialistas, como la antigua Unión Soviética, países de Oriente Medio, los países de América Latina y algunos países asiáticos. Paralelamente a estos nuevos regímenes políticos y económicos, el crecimiento de la población y su concentración en zonas urbanas, la necesidad de los Estados para atender la demanda de sus ciudadanos y financiar tales exigencias, el desarrollo de grandes industrias que concentran grandes cantidades de poder de mercado y que "jugaron" con el mercado, la crisis económica de 1929, entre otros factores socio-económicos provocaron la revisión del Estado liberal y su papel en la economía de los países, generando un cambio drástico en los Estados, pasando de una abstención hacia una posición de intervención<sup>44</sup>.

Pronto, los Estados controlaron los recursos naturales y minerales y su explotación económica fue limitada o incluso prohibida a los inversores extranjeros o privados. Los Gobiernos tomaron el control de diferentes cadenas de producción y de industrias que participan en las actividades mineras. Las empresas nacionales se establecieron para explorar y explotar los recursos naturales de los países. A partir de ahora, muchos países adoptaron el concepto de que los recursos naturales pertenecen al Estado y su explotación iba a ser limitada y muy regulada. El petróleo se considera patrimonio nacional y fue visto como un elemento de la libertad por los Estados de los poderes económicos extranjeros.

Uno de los ejemplos más extremos es el caso de México, donde el gobierno llevó a cabo una nacionalización muy hostil de la industria petrolera bajo el concepto: "El petróleo es nuestro". Todas

applied only to the incremental production. In our example, the rate of 25% would be applied only to the production above 1000 MM BTU. The latter implies that the higher rate is applied for the overall production. See *Ibid*.

42 KEMP, Alexander., *op. cit.*, p. 129.

43 KING & SPALDING LLP, *op. cit.*, p. 4.

44 ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. p. 63 (1<sup>st</sup> Edition, ARA Editores, Lima, 2004).



las actividades de petróleo pronto se trasladaron a su Compañía Nacional de Petróleo: Petróleos Mexicanos - PEMEX. Incluso hasta la fecha, la actividad de las compañías petroleras extranjeras está prohibida en la industria petrolera aguas arriba de México, donde sólo a Pemex se le reconoce todos los derechos<sup>45</sup>.

La industria petrolera era realmente afectada e involucrada en este nuevo esquema. Sin embargo, la industria petrolera es un negocio muy arriesgado que requiere grandes inversiones y el desarrollo de nuevas tecnologías para hacer el negocio más eficiente. Estados dieron cuenta de que el fin de mantener la producción de petróleo en funcionamiento que necesita la participación de las compañías petroleras internacionales, sin comprometer los recursos económicos del Estado.

Hasta mediados de 1960, las compañías petroleras internacionales sólo conocían una manera de llevar a cabo y hacer negocios en la industria petrolera, a través de acuerdos de concesión. Las compañías petroleras internacionales se acomodaron y se han familiarizado con los contratos de concesión que se habían estado manejando durante años y, que muchos gobiernos o estados petroleros no estaban dispuestos a contratar. Es en este escenario que un nuevo tipo de contrato petrolero se presentó a la industria. El contrato de reparto de producción, que deriva de un tipo de contrato de agricultura, que fuera firmado primero entre el gobierno anfitrión a través de su Compañía Nacional de Petróleo y una pariente petrolera pequeña llamada IIAPCO. Era el año 1966, cuando la empresa nacional de Indonesia, Pertamina, firma en representación de su Gobierno el PSC por primera vez.

Al principio las grandes empresas petroleras no les gustó este nuevo tipo de contrato, ya que no sólo significó un cambio en cómo las empresas hacían su negocio, sino también porque por primera vez los Estados habían encontrado una manera de promover la exploración y producción de petróleo, sin dar la propiedad de sus recursos a las compañías petroleras extranjeras o privadas y sin comprometer sus recursos económicos. Los contratos petroleros fueron re-bautizados. Ya no sólo se les conoce como los concesionarios, pero ahora como contratistas.

Muy pronto en muchos países en el mundo adoptaron la PSC, y las variaciones en el PSC de Indonesia original también se hicieron. Las petroleras internacionales, que inicialmente vieron el PSC con precaución y no les gustaba, se adaptaron a

esta nueva forma y empezaron a firmar empresas privadas por todas partes. Un nuevo sistema fiscal del petróleo nació.

### 3.1. Definición

El contrato de reparto de la producción es un acuerdo entre el gobierno anfitrión o la Compañía Nacional de Petróleo, y una compañía petrolera internacional (contratista), por el cual el contratista acepta para explorar y explotar a su propio riesgo y costo del petróleo<sup>46</sup> en el área del contrato. Si se hace un descubrimiento comercial, el contratista tiene derecho a compartir con el Estado conforme un orden previamente establecido parte de la producción para pagar sus costes y obtener un beneficio. El Estado sigue teniendo derecho a la propiedad del petróleo, y la infraestructura utilizada para las actividades de exploración y explotación por el contratista, automáticamente pasa a la propiedad del Estado.

“El contrato de reparto de producción, como su nombre lo indica, requiere una distribución de los frutos de la empresa en una proporción determinada entre la empresa (el petróleo) y el Estado, generalmente a través de la empresa estatal de petróleo. La titularidad sobre el petróleo y el gas permanece en manos del Estado o su empresa estatal. Los contratos de empresa privada de petróleo con el estado de producción o la empresa estatal para proporcionar el capital de una experiencia y conocimientos requeridos para la exploración de recursos petroleros en un área del contrato se específica, pagando todos los costos. A cambio, obtiene el derecho a una parte de la producción, si se establece la producción comercial.”<sup>47</sup>

En el PSC original, firmado entre Pertamina y IIAPCO, el primero sigue siendo responsable de la gestión de las operaciones, realizadas por el Contratista (IIAPCO)<sup>48</sup>. A pesar de este concepto sigue siendo hoy en día, en la mayoría de los casos es el contratista el que ejerce el día a día la gestión, mientras que el Gobierno anfitrión juega un papel supervisor en lugar de dirección efectiva. Esta característica reduce la intervención pública en las actividades del contratista por proporcionar a este último cierta independencia en relación con la empresa.

El Titular no tiene derechos de propiedad sobre el petróleo, ya que su participación en un CEP es como un proveedor de servicios técnicos y financieros y no como un concesionario o pareja del Gobierno. En efecto, el contratista aporta el capital, la experiencia

45 BUNTER, Michael., *op.cit.*, p. 47.

46 When we refer to petroleum we include oil and natural gas.

47 CAMERON, Peter., *op. cit.* p. 10.

48 ZHIGUO, Gao. *International Petroleum Contracts Current Trends and New Directions*. p. 73 (Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London 1994).

y los servicios para la exploración y explotación de petróleo.<sup>49</sup> No obstante, el Contratista podrá reservar su porción de las reservas de encontrados, que es un elemento que hace que el PSC sea atractivo para las compañías petroleras internacionales-, y el obtener para su parte solamente a partir del punto de exportación<sup>50</sup>.

### 3.2. Partes

Las partes involucradas en un PSC son los mismos que en los acuerdos contractuales de otros derivados del petróleo, que son, el Gobierno anfitrión y las compañías petroleras internacionales. A continuación vamos a describir las partes y señalar algunos de sus derechos y obligaciones en virtud de un PSC.

#### 3.2.1. El gobierno anfitrión o su Empresa Estatal de Petróleo

Se trata de una entidad estatal, es decir, el Ministerio de Energía o de la EEP, que está investido con el título o la autorización para explotar los recursos de petróleo o de contrato con la CPI.

##### Derechos

- La propiedad del petróleo permanece en el Estado.
- Gestión de las operaciones reside en el EEP / Estado.<sup>51</sup>
- Los datos recogidos por el contratista ha de ser aprobada en la propiedad del Estado.
- Toda la infraestructura y los equipos utilizados durante la fases de exploración y explotación<sup>52</sup> interpuesto por el contratista pasa automáticamente en propiedad del Estado.

##### Obligaciones

- Compartir la parte de la producción de petróleo con el contratista en la proporción acordada.
- Asumir, en nombre del contratista todos los impuestos directamente relacionados con las operaciones de la materia del contrato.<sup>53</sup>
- Ayudar a la contratista en la ejecución del programa de trabajo.
- No interferir con el funcionamiento del contratista, cuando se utiliza la infraestructura y el equipamiento proporcionado por el primero.

### 3.2.2. El Contratista

Toda Compañía Petrolera Internacional (CPI), que pone el capital y la experiencia con la expectativa de hacer un descubrimiento comercial de la que pagará sus costos y obtener un beneficio.

##### Derechos

- Recuperar los costes más un beneficio del petróleo producido.
- Usar la información que el Estado tiene sobre el área de contrato.
- Deshacerse de sus derechos contractuales y de sus beneficios.
- El libre acceso a la zona del contrato para llevar a cabo las operaciones.
- Transporte de petróleo de la zona del contrato hasta el punto de ventas y las exportaciones.
- Las reservas Reserva de su participación en la producción.

##### Obligaciones

- En caso de no descubrimiento comercial, el CPI tiene que asumir el riesgo de perder y los costos involucrados.
- Proporcionar a todos los fondos necesarios y adquirir o arrendar todo el equipo necesario.
- Suministro a todas las ayudas técnicas, incluido el personal extranjero.
- Ejecutar el programa de trabajo aprobado por el Estado, en el tiempo y la forma estipulada.
- Presentar todos los datos adquiridos durante las operaciones.
- Pago de impuestos locales.
- Abastecer el mercado interno, si así lo acuerdan.
- Asistir a las necesidades de otros nacionales acordadas en el contrato.

### 3.3. Elementos

Los elementos típicos de cualquier PSC son: recuperación de costos, las utilidades del petróleo y los impuestos<sup>54</sup>. Sin embargo, hoy en día muchas CPI incluyen un pago de regalías. Esto puede llevar a confusión, ya que la lógica para el pago de una regalía reside en el hecho de que haya una transferencia efectiva de la propiedad o título de la petrolera del Estado para el CPI<sup>55</sup>, que en este caso no sucede. Puesto que nuestra intención es reflejar

49 PONGSIRI, Nutavoot. *Partnership in Oil and Gas Production Sharing Contracts*, in *Oil, Gas & Energy Law Intelligence – OGEL*, Vol. 3 – issue 1, p. 431 (2005). [www.gasandoil.com/ogel](http://www.gasandoil.com/ogel) (last visited 11 December, 2006).

50 BUNTER, Michael. *Op. cit.*, p. 46.

51 The word management remains in most PSCs since under the Indonesian PSCs this word was used to denote contract supervision. In fact, management of the operations remains in the contractor, while the Host government or its NOC performs a supervising function.

52 In case the IOCs lease the equipment needed for the operations, it will not pass in property to the Host government.

53 This obligation has changed in the past years, and now many PSCs establish that the IOCs pay directly the taxes they are subject to.

54 CAMERON, Peter. *Op. cit.* p. 10.

55 Payment of a royalty implies ownership on the part of the royalty payer. Nevertheless, in a PSC, the contractor has no ownership at this stage. The primary reason that this terminology is used is because of the hierarchy of the arithmetic associated with royalties. JOHNSTON, Daniel. *Op. cit.*, p. 54.

las nuevas tendencias, vamos a tratar este concepto como un elemento del PSC.

### 3.3.1. Regalías

Funciona de la misma forma que en el sistema de concesión. Las regalías provienen de los ingresos brutos y no se considera como parte de los beneficios del Estado.<sup>56</sup> Las regalías pueden ser pagadas al gobierno anfitrión ya sea en efectivo o en especie.

El hecho de que las regalías de un PSC operan en la misma forma que en el sistema de concesión es de hecho un elemento que no causa sorpresa entre las compañías petroleras internacionales que ya están familiarizados con el concepto. Sin embargo, la introducción de regalías en PSC podría significar un problema, ya que si son lo suficientemente grandes pueden causar que la producción de petróleo a su vez no sea rentable con bastante rapidez. Sin embargo, los PSC son negociadas de manera individual, ambas partes deben tener en cuenta esta posibilidad con el fin de evitar consecuencias no deseadas, donde tanto las compañías petroleras internacionales y el Estado podrían perder.

Pero, ¿por qué los Estados incorporan este elemento extraño a PSC? Una explicación razonable es que, en PSC los ingresos para el Estado vienen junto con la producción, que podría extenderse durante muchos años, y algunos Estados están ansiosos de obtener ingresos adicionales desde el comienzo de la explotación comercial. Evidencia empírica ha demostrado que, aunque los Estados tengan mayores participaciones o aumentan su participación en la explotación petrolera, las compañías petroleras internacionales están todavía dispuestas a seguir haciendo negocios. Después de todo, el negocio del petróleo es rentable y lo suficientemente grande para ambos, Estados y compañías petroleras internacionales. Otra explicación se ha proporcionado anteriormente (punto 2.3).

### 3.3.2. La recuperación de costos / Costos Petroleros

Costo de recuperación de petróleo o el costo petrolero es el mecanismo concedido al Contratista que permite la recuperación de los gastos efectuados durante la exploración, desarrollo y fases de producción, desde la producción de petróleo.<sup>57</sup> Después

del pago de regalías-si corresponde-, la porción de petróleo de costo se toma antes que la producción se divida entre el Estado y el Contratista.

En la mayoría de PSC, hay un límite a la recuperación de costos, es decir, en el PSC, de Indonesia original, este límite se estableció en el 40% de la producción anual.<sup>58</sup> Dicho límite está establecido con anterioridad, por lo que el contratista puede saber de antemano que los costos pueden ser recuperados. La nivelación del petróleo para recuperación de costos no es una cosa poco común en PSC, y por lo general oscilan entre 25% -75%.

Sin embargo, en algunas PSC, como la segunda generación del modelo PSC de Indonesia no hay límite para la recuperación de costos, mientras que en otras PSC, como el modelo peruano no hay recuperación de costo alguno<sup>59</sup>.

La necesidad de "limitaciones de recuperación de costos" puede ser explicado en los incentivos que se pueden crear sobre el contratista para un uso eficiente del dinero. Si saben que todos los costos podrían recuperarse, no hay ningún incentivo para llevar a cabo las operaciones de la manera más eficiente, lo que podría llevar a recuperar los gastos que son innecesarios para una producción óptima o incluso más los costes para generar la única razón de obtener ingresos adicionales a través de manera indirecta. Por supuesto, la limitación del derecho de recuperación de costos en 30% o 40% implica que en la práctica, hay costos que no se reconocen y no necesariamente implica dar incentivos para ser eficiente.

La valoración del coste del petróleo es un tema importante, que debe fijarse en un nivel que se adapte a ambas partes. De acuerdo con TAVERNE tal es: "una definición aceptable del valor de mercado del petróleo o de gas que se va a producir"<sup>60</sup>.

Las PSC, en general, reconocen dos tipos de costes: uno de capital y otro de costos de capital. Los costos de capital se pueden recuperar directamente de la corriente de fondos del año en curso tomado de la producción, al mismo tiempo, los costos de capital suelen ser recuperados por el mecanismo de depreciación<sup>61</sup>.

De acuerdo con Daniel JOHNSTON, "el coste de petróleo normalmente incluye los siguientes elementos:

56 PONGSIRI, Nutavoot. *Op. cit.* p. 433.

57 BOSSLEY, L. *Production Sharing Contracts: What is Market Price?* Oil, Gas & Energy Law Intelligence – OGEL., Vol., 3 – Issue 1, p. 3 (2005). In: [www.gasandoil.com/ogel/](http://www.gasandoil.com/ogel/) (last visited 13 December, 2006).

58 ZHIGUO, Gao. *Op. cit.* p. 83.

59 JOHNSTON, Daniel. *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts.* p. 57-58 (Penn Well Publishing Company, Tulsa, Oklahoma, 1994).

60 TAVERNE, Bernard. *Production Sharing Agreements in Principle and in Practice*, in *Upstream Oil and Gas Agreements*, Edited by Martyn R. David. p. 81 (Sweet & Maxwell, London, 1996).

61 ZHIGUO, Gao. *Op. cit.* p. 84.

- (i) Costos recuperados de ejercicios anteriores
- (ii) los gastos de funcionamiento
- (iii) los costos de capital a gastos
- (iv) Este año DD & A (depreciación, agotamiento y amortización);
- (v) los intereses de financiación (por lo general con limitaciones)
- (vi) el crédito de inversión (levantamiento)
- (vii) la recuperación de costos de abandono de los fondos".<sup>62</sup>

### 3.3.2.1. Del reembolso y los gastos no recuperables

Según el programa de trabajo y el presupuesto aprobado por el Estado hay ciertos gastos que son objeto de ser recuperados. Con el fin de determinar qué costos se pueden recuperar y qué no se puede, un procedimiento de auditoría debe tener lugar<sup>63</sup>.

Este procedimiento es un tema importante, y tiene que ser lo suficientemente previsible como para las compañías petroleras internacionales a fin de que puedan conocer de antemano qué costos se pueden recuperar y cuáles no, ofreciendo certeza y previsibilidad a las compañías petroleras internacionales.

Los gastos no recuperables incidirán directamente sobre las compañías petroleras internacionales, ya que tendrán que asumir la carga económica de dichos costes y pagar por ellos de su cuota de petróleo sin fines de lucro.

### 3.3.2.2. La recuperación de costos de interés

Recuperación de los costos de interés no se le permitió en la primera generación de PSC, sin embargo, hoy en día muchas PSC permite que puedan recuperarse los intereses y que sean deducibles<sup>64</sup>.

Esta es sin duda otra de las características que resulta en favor de la utilización de este contrato. Las Compañías Petroleras internacionales están contentas con la posibilidad de utilizar el interés como un costo de capital y ser capaz de recuperarla.

### 3.3.2.3. Los costos no recuperados de un *Carried Forward*

En la mayoría de PSC, los costos no recuperados pueden ser recuperados en los años o períodos posteriores. Este es un incentivo muy atractivo para las compañías petroleras internacionales, porque

si los costes no recuperables no pudieran llevarse a cabo, estos costes se tornarían irre recuperables, serían costes hundidos, y los costos irre recuperables pueden tener un enorme impacto negativo sobre la economía del proyecto<sup>65</sup>.

### 3.3.2.4. Los costes de desmantelamiento

Como propietario del petróleo y las instalaciones, el Estado es responsable de los costes de desmantelamiento.<sup>66</sup> Sin embargo, no es un pago directo, ya que estos costos se incluyen en los costos del contratista y se pagan a través de costos petroleros. Este es realmente un fuerte incentivo para las compañías petroleras internacionales, ya que reduce cualquier posible responsabilidad en relación con este tema en el futuro una vez que las operaciones llevadas a cabo por el contratista, han llegado a su fin.

### 3.3.2.5. Anillo de esgrima

Es un mecanismo que no permite la transferencia de los costos de un proyecto a otro operado por la misma persona para consolidar sus operaciones. En nuestro caso, esto se aplica a un Contratista que tiene más de un bloque o área del contrato dentro del mismo país.

La mayoría de los sistemas no permiten a los contratistas la consolidación de los costos de los diferentes bloques o áreas de contrato, ya que es considerado como una subvención a favor del contratista. Sin embargo, para evitar una "política de delimitación" podría ser un poderoso incentivo para que las compañías petroleras internacionales entren en un PSC<sup>67</sup>.

No obstante, en algunos países permiten a los contratistas consolidar todos los costos involucrados en diferentes proyectos como una forma de incentivar las actividades de exploración<sup>68</sup>.

### 3.3.2.6. Gastos Generales

Los gastos generales son una incorporación reciente a los PSC en el mundo y aún no hay una definición amplia aceptada o una explicación completa de su naturaleza. PSC están en constante evolución y transformación, y mutan dependiendo una serie de condiciones (económicas, políticas, de promoción en función de una serie de condiciones, etc), incorporando en muchos casos, los conceptos, que no se encuentran en las PSC inicial, siendo el mejor ejemplo de esta aseveración la

62 JOHNSTON, Daniel. *Op. cit.*, p. 57.

63 TAVERNE, Bernard. *Production Sharing Agreements...* *op. cit.*, p. 79.

64 JOHNSTON, Daniel. *Op. cit.*, p. 60.

65 *Ibid.*, p. 61.

66 *Ibid.*, p. 63.

67 *Ibid.*, p. 64.

68 BOSSLEY L. *Op. cit.*, p. 4.

incorporación de los pagos de regalías en un PSC como un nuevo elemento.

La industria petrolera es, sin duda, plenamente globalizada y las compañías petroleras internacionales gestionan proyectos de petróleo en varios países al mismo tiempo. Esto exige la expansión de las compañías petroleras internacionales para tener una gestión centralizada y de operar en todo el mundo a través de filiales, en una forma pre-definida.

Como se puede entender de tal manera de hacer negocios: la existencia de ciertos costes (sobre todo administrativos, de gestión y los costes de infraestructura) efectuados por la CPI, que son comunes a todos sus proyectos, pero no es factible de ser individualizados y vinculados a un proyecto determinado (tal vez porque sería demasiado pequeño o vagos), pero con seguridad contribuyen al desarrollo de proyectos de petróleo.<sup>69</sup> Estos costes son realmente importantes para la economía de las compañías petroleras internacionales y, por lo tanto, tratará de recuperar dichos costos. Así, la cabeza es el costo adicional de hacer negocios<sup>70</sup>.

PSC que han aceptado la recuperación de este tipo de gastos permiten las compañías petroleras internacionales recuperar los costos a través de Costo de recuperación o de petróleo. El mecanismo para calcular los gastos generales que se reconocen de hecho dependerá de cada caso, siendo el más utilizado el mecanismo de escala móvil. Los plazos de recuperación también se definirán en el PSC.

### 3.3.3. Producción Dividida / Beneficio Petrolero

División de producción o el beneficio del petróleo es uno de los elementos más importantes en un PSC, y junto con el coste de petróleo, constituyen la base de este tipo de contrato.<sup>71</sup> Una vez que el costo del petróleo se ha deducido, la producción se divide entre el contratista y el Estado.<sup>72</sup> Los porcentajes que corresponden a cada parte, también se definen en cada PSC, es decir, bajo el modelo original de Indonesia, siendo que la proporción de beneficios del petróleo se divide 65/35 a favor de Pertamina.

Las utilidades del petróleo es de donde el contratista obtiene un beneficio, una vez que los costos han sido recuperados, y por otro lado es la producción de donde se pagan impuestos. Las proporciones a compartir pueden ser un porcentaje fijo o establecido sobre una base diaria, semanal o mensual, en

cuyo caso un sistema de tramos (escalas móviles) se utiliza para determinar el precio del petróleo aplicable para la determinación de las regalías, el costo del petróleo, y el beneficio de petróleo<sup>73</sup>.

Si la participación del Estado es muy grande, el contratista puede ser compensado con un canon y/o exención del impuesto sobre la renta. No existe una norma internacional para establecer una proporción regular, es al Estado (o las partes) quien corresponde determinarlo. La mayoría de las veces la parte del beneficio de petróleo que corresponde al gobierno anfitrión se da en especie (petróleo) en lugar de efectivo.

El objetivo principal del Estado es ganar tanto como puede, y por lo tanto, tratará de imponer una proporción más grande en su favor. Como hemos dicho, normalmente, si la participación del Estado es muy grande, el contratista puede ser compensada. Los riesgos que dependerá de los riesgos del país (geológicos y políticos) y la capacidad de negociación de ambas partes, lo que determina el escenario de la proporción que le corresponda.

Una vez hecha la división de las utilidades del petróleo, cada parte es libre de disponer de su propia cuota. Esta idea genera una pregunta obligada que prueba de las bases mismas del PSC. Vista la división de las utilidades del petróleo hechas y aceptando que la CPI es libre de disponer de su acción, ¿no significa esto que el contratista tiene un derecho de propiedad sobre las ganancias del petróleo? ¿La propiedad del petróleo no iba a ser sólo en favor del Estado según el PSC?

Algunos pueden argumentar que el título sobre el petróleo se pasa a la CPI, en un punto de exportación y, por lo tanto, lo fundamental del PSC permanece intacta, porque en el país productor mantiene en sus manos el petróleo. La verdad es que no importa donde el título de aceite se pasa o que el mercado va a ser servido con que la producción (el COI también puede vender su parte en el mercado local), en el título final al petróleo es efectivamente pasó del Estado anfitrión para la COI. Vamos a intentar dar una respuesta a este tema en el capítulo 5.

### 3.3.4. Impuestos

Ambas partes, el contratista y el Estado (a través de su NOC), están sujetas a pagar impuestos. El contratista suele tener impuestos con el impuesto sobre la renta (o algún tipo de impuesto especial

69 NURAKHMET, Gulzhan. *What is the Role of Overhead Cost Recovery in Production Sharing Contracts*. *Oil, Gas & Energy Law Intelligence – OGEL*, Vol. 4 – Issue 4, p. 2 (2006). In: [www.gasandoil.com/ogel/](http://www.gasandoil.com/ogel/) (last visited 15 December, 2006).

70 NURAKHMET, Gulzhan. *Op. cit.*, p. 23.

71 BARROWS H., Gordon. *Op. cit.*, p. 10.

72 The possibility to negotiate the percentages of the Production Split is another feature that not only improves the flexibility of the PSC but also makes it more attractive among the IOCs.

73 TAVERNE, Bernard. *Production Sharing Agreements*. *Op. cit.*, p. 82.

del petróleo de ingresos), que se aplica a su participación en los beneficios<sup>74</sup>.

Bajo el primer modelo del PSC de Indonesia, el uso Pertamina a pagar impuesto sobre la renta del contratista (que fue incluida en la porción del Estado de las utilidades del petróleo). Esto ha cambiado. Hoy en día, el contratista paga impuestos, que en algunos países puede ser en efectivo o en especie.

El pago de impuestos, en virtud de este tipo de contrato, no debería ser un problema para las compañías petroleras internacionales, ya que es práctica común que empresas de seguridad privada, por lo general contienen cláusulas de estabilidad jurídica y fiscal. Una vez más, bajo este esquema, las petroleras internacionales tienen la certeza de que las cosas van a mantener la calma durante la ejecución de los términos del contrato.

### 3.4. Los aspectos cooperativos (aspectos políticos)

Otros temas comunes a las empresas privadas de seguridad son los que se refieren a los aspectos cooperativos entre el contratista y el Estado. En este caso, nos encontramos con un enfoque diferente a los acuerdos de concesión, ya que estos últimos no suelen incorporar estos aspectos. Estos aspectos, si no está bien ponderada podría convertirse en un elemento perturbador de las compañías petroleras internacionales. No obstante, si se mantienen contenidas, que no debe poner en peligro las operaciones.

#### 3.4.1. Compromiso de trabajo / Programa de

El contratista deberá presentar un programa de trabajo para la aprobación del gobierno anfitrión, que contiene los compromisos técnicos (medido en kilómetros de datos sísmicos y el número de pozos que se perforen) y los compromisos financieros que deben cumplir durante un período determinado, y antes de comience la producción<sup>75</sup>. Las obligaciones laborales pueden variar de un lugar a otro.

Estas obligaciones no son diferentes de las contenidas en un acuerdo de concesión, por lo que no contribuyen a crear un escenario de mejor o peor para las compañías petroleras internacionales, salvo, claro, que el compromiso de trabajo planteadas por el gobierno anfitrión no es realista.

#### 3.4.2. Gobierno de Participación

Bajo este título hay dos situaciones: i) cuando el Contratista considera que no es un descubrimiento comercial, debe existir una disposición que dé al Estado la posibilidad de desarrollar tal descubrimiento a su propio riesgo. En este caso, los costes soportados por el contratista serán (o deberían ser) recuperados por las compañías petroleras internacionales<sup>76</sup>, y ii) cuando el Contratista hace un descubrimiento, el Gobierno podría querer participar con un porcentaje de la operación. Las Petroleras internacionales no se sienten cómodas con esta posibilidad, no sólo porque existe el riesgo de que el Gobierno no asumirá el porcentaje de la exploración de gastos efectuados por la CPI, pero también porque esta participación puede tener un impacto negativo sobre las operaciones, debido a muchos factores que van desde las diferencias culturales a la falta de tecnología (en el lado del gobierno o Estado anfitrión)<sup>77</sup>.

Naturalmente, cuando hablamos de la participación del Gobierno en un PSC nos referimos a los aspectos económicos de dicha participación y la participación / gestión en la operación. (i) Los aspectos económicos serían: el porcentaje de participación del Estado o Gobierno en un PSC (normalmente oscila entre el 10% - 51%), lo que el Gobierno o Estado asume los costos y de dónde se aplican (de su cuota de los costes de desarrollo), desde donde se parte el Gobierno, los costes están cubiertos (de producción); y, (ii) los aspectos de gestión serían: el momento en que el Gobierno decide entrar en la operación, que suele estar vinculada al momento en que se hizo un descubrimiento, y con el grado de participación en la operación, que también es muy variado.

#### 3.4.3. Las necesidades estatales de petróleo

Los PSC pueden incluir una disposición que obliga al contratista a comprometer el petróleo al Estado para cubrir sus necesidades locales. Esta es una restricción impuesta sobre el derecho del contratista a disponer libremente de su cuota de producción y no proviene de su participación en los beneficios o regalías. La valoración de los derivados del petróleo que se consume localmente debe garantizar al contratista con un precio justo de mercado o uno cercana a este. De lo contrario, tendrá un impacto negativo en la economía del Contratista<sup>78</sup>.

74 TAVERNE, Bernard. *Co-operative Agreements in the Extractive Petroleum Industry*. p. 203 (Kluwer Law International, London - The Hague - Boston, 1996).

75 STEIN W., Stephen. *Non-fiscal Elements in Petroleum Production Sharing Agreements in Developing Countries*, in *Oil, Gas & Energy Law Intelligence - OGEL*. Vol. 3 - Issue 1, p. 11 (2005). In: [www.gasandoil.com/ogel/](http://www.gasandoil.com/ogel/) (last visited 3 December, 2006).

76 ZHIGUO, Gao. *Op. cit.*, p. 91.

77 JOHNSTON, Daniel. *Op. cit.*, p. 66.

78 STEIN W., Stephen. *Op. cit.*, p. 22.

Esta obligación, por supuesto, también podrían ser incluidos en la ley. En este caso, sin embargo, no sería una característica de un PSC, sino una característica del régimen jurídico en vigor, siendo aplicable a cualquier mecanismo de contrato a través del cual los Gobiernos o Estados anfitriones conceden derechos sobre sus recursos naturales.

#### 3.4.4. Disposiciones Internas de Desarrollo Económico

Los PSC contienen disposiciones que obligan al contratista a dar preferencia a la utilización y compra de bienes, servicios, y sub-contratistas, así como la transferencia de tecnología, programas de capacitación para el personal, y la preferencia en la contratación de la gente local. De esta manera, el Gobierno anfitrión "se aprovecha" de la presencia de las compañías petroleras internacionales para impulsar su economía y adquirir el "know-how" y la tecnología<sup>79</sup>.

El cumplimiento de estos requisitos puedan significar un riesgo para el contratista, ya que existe la posibilidad de que los productos locales, y servicios no cumplen las normas necesarias para llevar a cabo las operaciones, o las personas pueden carecer de la experiencia necesaria, o si se convierten en costosas.

#### 3.4.5. Participación local

En algunos países, como Indonesia, hay una obligación del contratista de ofrecer la participación (el capital) a una empresa privada local en Indonesia, participación que se ha fijado en 10%. Por supuesto, la empresa local no ha asumido ningún riesgo durante la fase de exploración, pero está obligado a participar en el reparto de los costes hacia delante con el contratista en proporción a su participación. Esta obligación no es del agrado de las compañías petroleras internacionales, y no paga a favor de la popularidad del PSC, pero como hemos dicho que no está presente en todos los PSC.

### 3.5. Aspectos legales y operativos, y las cláusulas de estabilización en empresas de seguridad privada

Los PSC contiene varias disposiciones que encontramos en casi todos los contratos comerciales, tales como garantías, responsabilidades, confidencialidad de la información y solución de controversias, las modificaciones del contrato, la rescisión del contrato, la Ley aplicable, entre otros. Estas disposiciones legales regulares no necesitan mayor explicación.

Siendo el caso que la mayoría de los países que utilizan este tipo de acuerdos de petróleo son los

países en desarrollo, que algunos de ellos están sujetos a la tensión e inestabilidad política, los gobiernos anfitriones suelen ofrecer a incluir en las cláusulas de estabilización de PSC en favor de las compañías petroleras internacionales para asegurar que eventuales cambios en el ánimo de los "políticos" del país que puede dar lugar a una situación de inestabilidad jurídica, que no afectará a las inversiones realizadas para desarrollar proyectos de petróleo o bien como una forma de atraer a los inversores.

En lo que respecta a las cláusulas de estabilización, debemos afirmar que a pesar de que las compañías petroleras internacionales no son empresas de aversión al riesgo, no es desconocido encontrar cláusulas de estabilización en la PSC. La razón principal para buscar cláusulas de estabilización que se incorporarán a PSC están vinculadas a las grandes inversiones necesarias para desarrollar un yacimiento de petróleo, que generalmente son financiados por terceros, que buscan que estos créditos serán garantizados y protegidos de actos de gobierno no deseados que pueden poner en peligro la operación.

Incluso cuando el desarrollo del campo petrolero no está respaldado por terceros, los contratistas quieren tener alguna certeza sobre las reglas que se aplica durante el período del contrato en su conjunto, a fin de proteger la inversión realizada y evitar actos de gobierno que pueden reducir la tasa esperada de retorno sobre la inversión.

Tenemos que encontrar más a menudo la presencia de cláusulas de estabilización en PSC para el desarrollo de yacimientos de gas natural de los campos de petróleo. Como sabemos, los proyectos de gas natural requieren mayores inversiones que el petróleo, y la infraestructura necesaria está hundido en la tierra y no pueden ser removidos en caso de transgresiones de la Ley de Gobierno de las condiciones iniciales del PSC correspondiente, mientras que en los proyectos de petróleo es más fácil abandonar el país en caso de que se vuelve hostil, y como hemos visto la mayor parte de la infraestructura en el país se encuentra bajo una forma de arrendamiento, que impide que estas infraestructuras se aleguen en favor del gobierno o Estado anfitrión. Otra razón de esta diferencia con respecto a la presencia de cláusulas de estabilización es que los proyectos de gas natural son más dependientes de la existencia de demanda suficiente, y debido al hecho de que los proyectos de gas natural frente a la fuerte competencia por combustible, que hacen que el marco inicial para el proyecto sea de modo crítico.

Las cláusulas de estabilización son para proteger al inversor de todos los actos legislativos futuros que podrían afectar el PSC, con la única intención de

79 TAVERNE, Bernard. *Co-operative Agreements...op. cit.*, p.196.

mantener la relación comercial entre ambas partes en sus términos originales. La idea es congelar el régimen jurídico que estaba vigente cuando se firmó el contrato, impidiendo cualquier cambio futuro en la legislación<sup>80</sup>.

En esencia, algunos se atreven incluso a sostener que las cláusulas de estabilización no son únicamente diseñadas para proteger la CPI, pero aún más para proteger a todo el proyecto que se está desarrollando, que al final incluso podría significar que el propio Gobierno protegiera de sus propios actos futuros.

#### IV. PRECIO DE MERCADO EN UN PSC

Hasta ahora hemos visto todas las características principales que figuran en un PSC, y nos hemos centrado especialmente en conceptos como costos petroleros, las utilidades del petróleo y los impuestos. Ahora entendemos cómo funcionan estos conceptos, pero no es un tema que poca gente presta atención a la hora de estudiar el PSC, que es lo que debemos entender por precio de mercado y ¿cómo el concepto de precio de mercado puede afectar a los conceptos antes mencionados?

En este capítulo se explicará la importancia del Precio de Mercado en el PSC para el mercado local. Tenemos que recordar que las compañías petroleras internacionales son libres de disponer de su cuota de petróleo una vez que llegaron al punto de exportación, por lo que no debemos preocuparnos acerca de la definición del mercado, para las transacciones comerciales que puedan tener lugar en el extranjero, ya que las compañías petroleras internacionales saben mejor que nosotros cómo comercializar su petróleo y a cuáles los precios. La cuestión que mantiene nuestra atención esta relacionada con las ventas de petróleo realizadas en el Estado anfitrión y la tarifa aplicable.

Como sabemos, los precios del petróleo fluctúan con rapidez y esas fluctuaciones de hecho pueden constituir una amenaza para el desarrollo normal de un PSC en el caso que la cláusula de precios del mercado contenidas en el acuerdo no está bien diseñado. PSC contiene una cláusula que define qué precio de mercado deben ser considerados y, el problema reside en el hecho de que el precio de mercado puede no ser el mismo que el precio de mercado establecidos en los mercados internacionales al que puede llegar a pactar el contratista en sus ventas dentro del país anfitrión.<sup>81</sup> Recordemos, no hay nada más político sensible a un Gobierno que los precios de la energía.

Según Bossley: "El precio de mercado puede ser un precio de venta de Gobierno, o puede ser un marcador de precios publicados, ajustados a las particularidades de cada proyecto, o puede ser un precio justo que se acuerde en el momento y lugar de entrega - normalmente con un procedimiento de resolución de controversias, a menudo la determinación de la participación de expertos independientes".<sup>82</sup>

El precio de mercado del petróleo no sólo afecta a dichos conceptos, pero también podría interferir o afectar a otros conceptos contenidos en un PSC. Por ejemplo, si una obligación de suministro local pesa sobre el contratista, el Gobierno anfitrión lo desea, puede definir un "precio de mercado" aplicable al mercado local, que puede ser ciertamente diferente de los precios internacionales pagados en otros mercados. Naturalmente, si este es el caso, el Contratista se pondrá en una situación económica apretada, ya que no será capaz de vender petróleo para atender al mercado local en el precio real de mercado.

También tenemos que considerar que las actividades de exploración en la industria del petróleo pueden tardar varios años hasta que se realice un descubrimiento comercial, por lo tanto la cláusula de precio de mercado debe ser muy específico con el fin de adaptarlo a los cambios futuros en los precios del petróleo. Para ello, el uso de marcadores en los precios es más recomendable. Este problema podría ser aún más complicado para el caso de un proyecto de gas natural que se está desarrollando bajo un PSC. De hecho, el gas natural aún no se considera un tema internacional de productos básicos a los precios internacionales conocidos, y el precio del gas natural suele ser acordada entre la CPI y el Gobierno o Estado anfitrión en boca de pozo con algún tipo de mecanismo o la fórmula de ajuste, pero no necesariamente vinculados a los precios internacionales del petróleo.

De hecho, una situación distinta puede surgir cuando se trata de los precios de mercado para el gas natural, ya que no existe ningún marcador internacional que puede ayudar a definir lo que el precio de mercado de gas natural debería ser. En este momento hay algunos precios de referencia para el gas natural, como el Henry Hub de los Estados Unidos. Sin embargo, la existencia de algunos precios en el mercado regional no es necesario aplicarla a otros mercados, y si el Estado anfitrión lo desea, puede exponer el precio del gas natural que no refleje las tendencias regionales o locales, incluso los precios propios. Por ejemplo, en Perú, el

80 MANIRUZZAMAN A.F.M. *Understanding Stabilisation Techniques in Production Sharing Agreements: Some Remarks. Oil, Gas & Energy Law Intelligence – OGEL*, Vol. 3 – Issue 1, p. 3 (2005). In: [www.gasandoil.com/ogel/](http://www.gasandoil.com/ogel/) (last visited 13 December, 2006).

81 BOSSLEY L. *Op. cit.*, p. 4.

82 *Ibid.*



Gobierno y el consorcio liderado por Pluspetrol, que explota los yacimientos de gas natural de Camisea, había acordado un precio más bajo para el gas natural en boca de pozo aplicable a otras regiones distintas de Lima<sup>83</sup>.

El precio de mercado es de hecho una cuestión muy importante en PSC, y bien merece ser objeto de un examen antes de acordarlo en un PSC. Los efectos económicos de no tomar en consideración o incorporar una bien diseñada cláusula de precio de mercado pueden suponer una gran amenaza para la viabilidad de un proyecto de la CPI, el Estado anfitrión o ambos.

## V. ¿LOS PSC, MUY POPULAR ENTRE QUIÉNES: LAS COMPAÑÍAS PETROLERAS INTERNACIONALES O LOS ESTADOS?

Como hemos visto en la descripción de la mecánica del PSC se puede determinar que este tipo de acuerdo ofrece una gran flexibilidad y adaptabilidad para desarrollar un proyecto petrolero. El espacio para las negociaciones entre el gobierno o estado anfitrión y las compañías petroleras internacionales bajo este sistema es muy ancho. El resultado, por supuesto, está sujeto a las capacidades de cada parte y su habilidad de negociación.

Algunas personas dicen que la carga transportada por las compañías petroleras internacionales en un PSC es grande, pero la pregunta de si eso fuera cierto: ¿por qué mantener que las petroleras internacionales entren en este tipo de contratos? La única respuesta que podemos encontrar es que los PSC son un buen negocio para las compañías petroleras internacionales y para los gobiernos o estados anfitriones.

Hay que reconocer que los PSC son más populares entre los países con buenas condiciones geológicas y una política nacionalista predominante para la explotación de los recursos naturales (normalmente esos países son países en desarrollo). La sensación de control sobre dichos recursos y que la soberanía es ejercida por el Estado antes que por las compañías petroleras internacionales son muy fundamentales para el uso de este tipo de contratos. Sin embargo, si un país impulsado por el nacionalismo no ofrece buenas condiciones geológicas que pueden empujar al Gobierno o Estado a no ofrecer este tipo de contrato para el desarrollo de actividades petroleras y preferir promover contratos de concesión, que aún hoy son más atractivos para las compañías petroleras internacionales.

Por el contrario, en la mayoría de los países desarrollados que tienen buenas condiciones geológicas, el instrumento jurídico principal para participar

en una empresa de petróleo cae en la categoría de tipo de contrato de Concesión. El proceso de concesión de licencias para la concesión de Áreas de Contrato en virtud del presente contrato puede variar entre los contratos, pero al final tanto el Estado anfitrión y las compañías petroleras internacionales se sienten cómodas en su uso.

En las siguientes se resumirán las principales razones por las que creemos que ambas partes están dispuestos a firmar un PSC.

### 5.1. Estados

- Fomentar la exploración y la producción sin comprometer fondos públicos: En efecto, los Gobiernos tratan de mejorar, a través de PSC, la exploración y la producción de petróleo sin comprometer fondos públicos para ejecutar estas actividades (las de riesgo por definición). Esto permite al Estado a explotar sus recursos naturales sin poner en riesgo su presupuesto durante la actividad exploratoria. En efecto, el riesgo de exploración corre a cargo de las compañías petroleras internacionales y no del Gobierno.
- Proporcionar el Gobierno con la renta: En el caso de un descubrimiento comercial es realizada por las compañías petroleras internacionales, el gobierno anfitrión tendrá un importante rol al tomar de la producción y de los ingresos. Además, las regalías permiten que el Gobierno pueda tener un ingreso desde el comienzo de la producción hasta que se termine la explotación del pozo.
- Lograr y / o aumentar la seguridad del abastecimiento: Al alentar el desarrollo de nuevos proyectos de petróleo, los Gobiernos anfitriones pueden garantizar la seguridad a largo plazo de la oferta, uno de los principales fundamentos de la política energética de cada Estado.
- Sentido de control sobre los recursos naturales: los PSC otorgan a los Estados el sentido de que sus recursos naturales permanecen bajo su poder y bajo custodia. Esta es sin duda la razón principal por la que PSC surgió en el primer lugar. Ayuda a los Gobiernos a tener un sentido de no revelar su patrimonio en el ejercicio de su soberanía. Esta sensación de control sobre su patrimonio, incluso se puede considerar como un "arma política", especialmente en los países en desarrollo nacionalista, que se puede utilizar para evitar que se introduzcan en los procesos de nacionalización, y por otra parte permite a los inversionistas privados para que exploten esos recursos sin comprometer las operaciones involucradas.

83 Ministry of Energy and Mines, Official Web Page. [http://intranet.minem.gob.pe/AppWeb/AppIntranet/Notihoy/notihoy\\_3226.pdf](http://intranet.minem.gob.pe/AppWeb/AppIntranet/Notihoy/notihoy_3226.pdf)

- **Adquisición de Tecnología:** En el PSC habrá un intercambio de conocimientos técnicos de las compañías petroleras internacionales para con el Estado, que permite al Gobierno adquirir y crear tecnología nacional, así como desarrollar la experiencia local en las operaciones de petróleo.
- **Impulsar la Economía Local:** el PSC traerá nuevas inversiones, crear nuevos puestos de trabajo, y contratar los servicios locales y la compra de productos locales, que de hecho impulsará la Economía del Estado huésped.

## 5.2. Compañías Petroleras Internacionales

- **Reservando Reservas:** A pesar de que la propiedad del petróleo sigue en manos del Estado, las compañías petroleras internacionales tienen la posibilidad de reservar la porción de las reservas que se encuentran en un campo determinado de acuerdo con las tarifas negociadas con el Estado.<sup>84</sup> La reserva de las reservas es una cuestión importante para las compañías petroleras internacionales. La reserva de las reservas en el marco del PSC viene de los costos del contratista (costos petroleros), el petróleo sin fines de lucro, y los impuestos pagados por la EEP. Además, cuando se llegó al punto de exportación, el Contratista obtendrá el título de propiedad sobre el petróleo.
- **Cláusulas Fiscales y de estabilidad jurídica:** el PSC ofrece a las compañías petroleras internacionales un régimen fiscal y jurídico, que están sujetas a las cláusulas de estabilización que ofreciendo seguridad y la previsibilidad.
- **Libertad para gestionar las operaciones:** Como hemos visto, las compañías petroleras internacionales son “libres” para gestionar las operaciones realizadas en el marco de un PSC moderno. Este concepto ha evolucionado desde el primer PSC que se firmó. La intervención del Gobierno es hoy en día relegado a un papel de supervisión de la gestión real.
- **Hacer Beneficios:** las petroleras internacionales están en condiciones de obtener beneficios. Esto es para asegurarse de que el aspecto más importante para las compañías petroleras internacionales a entrar en un PSC. Como hemos descrito antes, PSC están diseñados para permitir a las compañías petroleras internacionales obtener beneficios de las operaciones que se llevan a cabo.
- **Contrato a medida:** PSC son negociados y firmados sobre la base de una base individual.

Aunque existen modelos de PSC, los principales temas se negocian de acuerdo a las características específicas del proyecto de petróleo a ser desarrollado y teniendo en cuenta el entorno político, social y económico del Gobierno anfitrión. En ese sentido, el PSC ofrece una situación más manejable para las compañías petroleras internacionales para adaptar las condiciones contractuales a la situación específica de un proyecto de petróleo.

- **Sencillo Régimen de Tributación:** En virtud de un PSC, regularmente, el sistema fiscal es muy sencillo. No obstante, no es fácil de adaptar a los cambios repentinos y violentos en los precios del petróleo, pero esto juega a favor de las compañías petroleras internacionales ya que el sistema fiscal no va a reaccionar de forma automática a fin de que el gobierno anfitrión se beneficie con una mayor participación en caso de un inesperado incremento de la base. Además, también debemos decir que si las cláusulas de estabilización se han incorporado estas evitarán que el régimen fiscal sea modificado unilateralmente.

## 5.3. ¿Qué tan popular y qué países utilizan PSC?

La mayoría de los países en los que los PSC se utilizan como estándar, como medio para explorar y explotar petróleo están en desarrollo. No es sorprendente que este sistema, que permite al Estado a “mantener” sus recursos naturales, se utiliza ampliamente entre esos países. En contraste, la mayoría de los países desarrollados utilizan el sistema de concesiones. De acuerdo con Daniel JOHNSTON más de la mitad de los sistemas fiscales en el mundo corren bajo un régimen de PSC.

El siguiente diagrama ayuda a ilustrar qué tan popular es el PSC y qué países lo utilizan para la exploración y producción de petróleo.



\*Gráfico de la presentación de David Bishop para CEPMLP (*Production Sharing Agreements a Love and Hate Relationship*), Noviembre, 2005.

84 BISHOPP, David. *Production Sharing Agreements*. Presentation (PowerPoint) made for the CEPMLP in November 2005 Dundee, Scotland. Virtual Learning Environment – VLE in: [www.dundee.ac.uk](http://www.dundee.ac.uk) (last visited 15 July, 2006).

Después de revisar las características más relevantes, que hacen que un vehículo PSC sea popular para el desarrollo de un proyecto petrolero, quizá la característica más importante que podemos señalar es que este tipo de contrato se basa en una base cooperativa entre las partes, lo que ayuda a evitar una actitud de confrontación en la negociación de un régimen diferente. De hecho, el PSC es esencialmente un esfuerzo de cooperación para acordar los términos y condiciones aplicables para el desarrollo de un proyecto de petróleo que satisfaga a ambas partes.

## VI. PSC Y CONTRATOS DE CONCESIÓN: ¿SON REALMENTE TAN DIFERENTES?

Además de las diferencias filosóficas y nominales (conceptos) entre el PSC y el Acuerdo de concesión, no hay diferencia económica sustancial entre ambos sistemas fiscales cuando se contemplan o incorporan cuestiones económicas similares (impuestos, regalías, gastos tipo de deducciones, bonificaciones, entre otros). Al final, lo más probable es que ambos sistemas tienen los mismos efectos económicos sobre un determinado proyecto.

De hecho, podemos encontrar en un Acuerdo de Concesiones casi los mismos elementos que en un PSC, excepto para el límite de la recuperación de costos y participación en la producción. Esto debería darnos una idea de que básicamente no hay diferencias importantes entre ambos sistemas fiscales del petróleo, y en contrario, hay más similitudes.

A fin de demostrar que las similitudes son más proclamas que las diferencias entre el PSC y el Acuerdo de concesión, haremos una revisión rápida de los elementos más importantes de este último.

### Regalías.-

En el marco del sistema de concesiones y de la misma forma en el PSC en el que se han incorporado las regalías, las regalías provienen de la "parte superior" de las regalías. Las regalías son esenciales para los acuerdos de concesión y han sido el elemento presente desde que se instaló este tipo de sistema fiscal.

### Los costos de perforación

- **Deducciones.-** Una vez que las regalías se han conocido, es posible que las compañías petroleras internacionales apliquen a partir del ingreso neto una serie de deducciones tales como: costos de operación, depreciación, agotamiento y amortización e intangibles. Las deducciones son muy similares a los costos del petróleo en PSC y se utiliza para el mismo propósito, que para la recuperación de costos.
- **Imposición.-** Una vez que las regalías y las deducciones se han aplicado, los ingresos restantes están sujetos a impuestos (normalmente, el impuesto sobre la renta). Al igual que en el PSC, en virtud de los acuerdos de concesión,

petroleras internacionales están sujetas a pagar impuestos.

- **Otras cuestiones.-** A pesar de que los elementos antes mencionados son el estándar en todos los Acuerdos de concesión, en algunos casos, otros elementos (lo más común a empresas privadas de seguridad) también se pueden encontrar en este tipo de contratos, tales como: bonos, aspectos cooperativos, y otros.

Por último, debemos abordar una cuestión que nos mencionamos antes, que se relaciona con la propiedad del petróleo en virtud de un PSC y un Contrato de Concesión. Como hemos explicado antes en el marco del Contrato de Concesión, es muy fácil determinar cuándo y dónde la titularidad sobre el petróleo se pasa del Estado a la CPI. Esto sucede en la cabeza del pozo. El petróleo en el subsuelo pertenece al Estado, pero una vez que ha sido retirada de éste pasa automáticamente a la CPI y todo el sistema fiscal está activado. Esta identificación es un poco más complicada en el marco del PSC. JOHNSTON dice que la principal diferencia entre ambos sistemas se deriva de las diferentes actitudes hacia la propiedad de los recursos minerales.

En efecto, como hemos visto todo el sistema fiscal aplicable a los PSC se inicia en la producción de un campo determinado, pero el petróleo no es "transferido" hasta que la fase de producción tipo *Split* se ha alcanzado. Utilizamos la palabra desde la transferencia en el PSC, pues uno de sus principales características es que, supuestamente, el petróleo se mantiene en manos del Estado.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta afirmación, ya que es evidente que si el CPI una vez que la producción se ha dividido es libre para disponer de su parte, el ejercicio de por lo menos una de las principales características del derecho de propiedad. La capacidad de disponer libremente de algo que es inherente al derecho de propiedad. Si el Estado anfitrión reconoce que la CPI puede disponer de su parte (ya sea en un punto de exportación, o incluso dentro de la nación), es un reconocimiento abierto de que la propiedad privada sobre los recursos petroleros es en realidad un hecho que se incorpora en el PSC (tal vez no de divulgación abierta, por otras razones que nada tienen que ver con el negocio). Si el argumento antes mencionado no era cierto, entonces ¿cómo podemos explicar que CPI hacen dinero de la eliminación o del mercado que es su parte? Naturalmente, la única respuesta es que las compañías petroleras internacionales tienen su propia porción o al menos, están ejerciendo una característica o condición del derecho de propiedad. No hay otra alternativa. Para nosotros es claro que la propiedad sobre el petróleo es un hecho.

Al final, no es una cuestión sobre quién tiene la propiedad o no sobre el petróleo (se trata de un debate

conceptual o filosófico simple), o que el sistema ofrece un control más o menos al Estado anfitrión y la participación en una empresa de petróleo, lo que realmente importa es el resultado económico que se puede llegar en los dos sistemas fiscales y de si este resultado es similar en virtud de esos sistemas, y cómo se puede comprobar en el análisis realizado por Daniel JOHNSTON en las diferentes obras y libros, se puede afirmar que no existen diferencias económicas significativas.

Es más, como hemos visto en el presente trabajo, las diferencias originales y evidentes entre los PSC y los Contratos de Concesión son conceptuales, que inicialmente fueron evidentes cuando el PSC surgió, y no son tan evidentes ahora. Las características de un contrato se encuentran ahora en el otro y viceversa, aunque las diferencias filosóficas aun existentes entre ellos.

## VII. CONCLUSIONES

El PSC ha tenido un gran impacto en la industria petrolera, se ha reformado para dar a luz a un nuevo sistema fiscal del petróleo: el sistema contractual, al tiempo que los países que abrazaron con el PSC un papel más activo y el control de las operaciones llevadas a cabo en de sus territorios. Esto ha permitido a sus Gobiernos cumplir sus necesidades de explotación de sus recursos de petróleo, sin comprometer el presupuesto de los países, manteniendo la propiedad de dichos recursos.

Inicialmente, las compañías petroleras internacionales, vieron con desconfianza los PSC, ya que estaban

acostumbrados a operar bajo el régimen de concesión, que era familiar para ellos. Después de la firma de los PSC, pronto demostraron su versatilidad y capacidad para adaptarse a las exigencias de la industria petrolera y en la actualidad son utilizados por compañías petroleras internacionales en prácticamente más de la mitad de los países productores de petróleo del mundo. La flexibilidad de los PSC ha sido beneficiosa para las compañías petroleras internacionales y los Estados, al permitir encajar con la economía de un proyecto, si bien refleja las condiciones políticas, sociales y económicas del gobierno o estado anfitrión. También han demostrado ser una herramienta muy útil, basada en una base cooperativa y percibida como un "vehículo" de no-confrontación.

Los PSC no están libres de imperfecciones y de los elementos que pueden poner en peligro el desarrollo de un proyecto de petróleo. De hecho, cosas como la inexperiencia del Gobierno del país, la inestabilidad política y jurídica, expropiaciones, modificaciones unilaterales a los términos del contrato, la falta de cláusulas de estabilización, la falta de capacidad de la CPI y así sucesivamente, podría provocar la caída de un proyecto de petróleo y/o ponerla en espera.

Por último, en términos puramente económicos, no hay gran diferencia entre la adopción de un régimen de PSC o un contrato de concesión. Las diferencias que hemos encontrado entre ambos tipos de contratos son en su mayoría filosóficas, jurídicas y / o políticas, que si bien manejadas no deben afectar a la economía de un proyecto petrolero. CA