

Introducción al Estudio de los Contratos para la Exploración de Hidrocarburos

Ricardo Silva Chueca *

I. Introducción

El petróleo y el gas son las principales fuentes de energía de nuestro país. Por esa razón, es importante que conozcamos algunos aspectos del régimen legal que nos permite contar con dichas sustancias tan importantes para nuestro desarrollo económico y bajo el cual -hace algunas semanas- Perupetro S.A. ("Perupetro") otorgó la buena pro para la adjudicación de 14 nuevos lotes para la exploración y explotación de hidrocarburos.¹

Antes de entrar en materia, empecemos por explicar que el petróleo y gas son sustancias formadas por carbono e hidrógeno (de allí que sean llamadas hidrocarburos) y tienen su origen en la transformación de materia orgánica de los antiguos lechos marinos o lacustres existentes a grandes profundidades, como resultado del calor y la presión a los cuales han estado sometidas durante decenas de millones de años. Por eso decimos que los hidrocarburos son recursos naturales no renovables.

Una vez formados, los hidrocarburos fluyen a través de la corteza terrestre hasta llegar a la superficie o el fondo marino. Sin embargo, con frecuencia se encuentran con rocas más densas o impermeables que impiden su ascenso y quedan atrapados en formaciones rocosas porosas, formando grandes depósitos de hidrocarburos. Para descubrir esos depósitos, primero se realizan estudios geológicos y geofísicos de la superficie que permiten identificar, por afloraciones de petróleo y otros indicios, los lugares donde podrían existir depósitos de hidrocarburos; luego, mediante técnicas de prospección sísmica, que utilizan la reflexión y refracción de ondas de sonido, es posible alcanzar cierto conocimiento de las distintas capas subterráneas y sobre la existencia de formaciones rocosas capaces de contener hidrocarburos.

Finalmente, hay que perforar pozos hacia las profundidades en busca de esas formaciones rocosas, pues esa es la única manera de determinar la existencia de hidrocarburos. En nuestro país, la posibilidad de que un pozo exploratorio no logre descubrir un depósito de hidrocarburos o que, en caso de descubrirlo, estos no puedan ser extraídos por razones geológicas, técnicas o económicas, es muy elevada. Por eso se dice que la inversión en exploración de hidrocarburos en el Perú es de alto riesgo.

II. La Propiedad de los Hidrocarburos

Nuestra Constitución señala que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y que corresponde al Estado de manera soberana su aprovechamiento, así como regular mediante ley orgánica su utilización y su otorgamiento a particulares.²

La Ley Orgánica de Hidrocarburos – Ley N° 26221 ("Ley 26221") por su parte, dictada para normar las actividades de hidrocarburos en cumplimiento del mandato constitucional, precisa que los hidrocarburos son de propiedad del Estado mientras se hallen "in situ", es decir, en el subsuelo, y que una vez extraídos, en el marco de un contrato de licencia para la exploración y explotación o explotación de hidrocarburos, serán de propiedad del licenciario correspondiente.³ Con este propósito, el Estado otorga a Perupetro el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos y dispone que este derecho sea transferido por Perupetro a los licenciarios al momento de celebrar los contratos de licencia. Es por ello que los contratos de licencia estipulan que el contratista tendrá el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos en el área del contrato.⁴

En suma, la propiedad sobre los hidrocarburos varía según la situación en que se encuentren: así, mientras

* Socio principal del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman y Olaya, especialista en derecho de hidrocarburos.

1 Perupetro es la empresa estatal de derecho privado del sector Energía y Minas, creada por la Ley 26221, cuyo objeto social incluye promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como negociar, celebrar y supervisar, en su calidad de contratante, los contratos que esa ley establece.

2 Artículo 66 de la Constitución.

3 Artículo 8 de la Ley 26221.

4 Acápites 2.2 del modelo de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos de Perupetro.

estén en el subsuelo, en las formaciones rocosas a las que nos hemos referido anteriormente, son de propiedad del Estado. Cuando Perupetro suscribe un contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, los hidrocarburos existentes en el subsuelo del área superficial que es materia de ese contrato, a la que llamamos lote, continúan siendo de propiedad del Estado y lo seguirán siendo a lo largo de la vida de ese contrato hasta que dichos hidrocarburos, en caso de ser descubiertos, sean extraídos a la superficie. Recién en este momento los hidrocarburos pasan a ser de propiedad del licenciario del contrato de licencia, conforme a lo pactado al momento de suscribirlo.

Es importante advertir, entonces, que los hidrocarburos en ningún momento llegan a ser propiedad de quién tenga el dominio del suelo. Lo dispuesto por la Constitución y normado por la Ley 26221 es desarrollado por La Ley Orgánica para el aprovechamiento de los Recursos Naturales – Ley N° 26821 (“Ley 26821”), indicando que los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales y que el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos, en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.⁵ Por la misma razón, el Código Civil señala que la propiedad del predio se extiende al subsuelo, hasta donde sea útil al propietario para el ejercicio de su derecho, pero que la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales.⁶

III. Los Contratos para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos

La Ley 26221 establece que el derecho a explorar y explotar hidrocarburos se concede mediante contratos celebrados con Perupetro.⁷ Dos son las modalidades contractuales normadas: el contrato de licencia, al que ya nos hemos referido brevemente, y el contrato de servicios.⁸

En ambos casos, el contrato obliga a la empresa petrolera contratista (“Contratista”) a realizar todas las actividades de exploración y explotación que considere apropiadas para lograr el descubrimiento de hidrocarburos y, en caso de tener éxito, para la extracción de los hidrocarburos descubiertos. Se diferencian entre sí en que el contrato de licencia otorga al Contratista la propiedad de los hidrocarburos extraídos y establece la obligación del Contratista de pagar una regalía a Perupetro,⁹ mientras que el contrato de servicios sólo concede al Contratista el derecho a

recibir una retribución por los hidrocarburos extraídos, conservando Perupetro la propiedad de los mismos.

El riesgo de la exploración de hidrocarburos recae íntegramente en el Contratista, pues le corresponde proporcionar todos los recursos técnicos y económico-financieros que sean necesarios para la ejecución de las actividades exploratorias que hubieran sido pactadas. Esto quiere decir que si el Contratista no logra un descubrimiento comercial de hidrocarburos, no podrá reclamar a Perupetro compensación alguna por las inversiones infructuosas realizadas; la pérdida sufrida tendrá que ser asumida exclusivamente por el Contratista.

Por la misma razón, corresponde al Contratista declarar si ha logrado un descubrimiento comercial de hidrocarburos; es decir, si va a extraer los hidrocarburos que hubiera descubiertos. Dicha declaración implica estimar el volumen de los hidrocarburos que podrán ser extraídos y el precio al cual podrán ser vendidos, en el caso de un contrato de licencia; y, determinar si esos ingresos serán suficientes para cubrir todas las inversiones y gastos que serán necesarias para poder extraer, procesar, transportar y vender los hidrocarburos descubiertos, pagar la regalía y los impuestos que correspondan y lograr la rentabilidad esperada. En el caso del contrato de servicios la evaluación será similar, excepto por el hecho de que los ingresos del Contratista consistirán en la retribución que recibirá de Perupetro por los hidrocarburos extraídos, ya que al no adquirir la propiedad de los mismos no podrá venderlos, y que no deberá pagar regalía alguna por los mismos.

Para suscribir un contrato de licencia o de servicios, la empresa petrolera debe pasar por un proceso de calificación que lleva a cabo Perupetro, con el propósito de establecer si tiene el personal gerencial y profesional especializado y la experiencia necesarios en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos; si además cuenta con los recursos financieros y económicos suficientes para ejecutar los programas de trabajo que serán necesarios para una cabal exploración del lote que le será asignado; y, finalmente, si tiene la estructura y la capacidad legal adecuada para asumir y cumplir íntegramente con el contrato que suscribirá y la legislación peruana, especialmente en materia ambiental.¹¹

Además, la empresa petrolera deberá establecer una sucursal en el Perú, o constituir una sociedad conforme a la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887, para que sea esta sucursal o sociedad quién asuma en rol

5 Artículo 19 de la Ley 26821.

6 Artículo 954 del Código Civil.

7 En línea con lo dispuesto por el Artículo 21 de la Ley 26821, según el cual las leyes especiales dictadas para el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural deben precisar las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento a los particulares

8 Artículo 10 de la Ley 26221, el Ministerio de Energía y Minas podrá aprobar otras modalidades contractuales. Todos los nuevos contratos suscritos desde que entró en vigencia la Ley 26221 en 1993 han sido contratos de licencia.

9 El Artículo 21 de la Ley 26821 señala que todo aprovechamiento de recursos naturales por particulares da lugar a una retribución económica.

10 Artículo 27 de la Ley 26221.

11 Artículo 10 de la Ley 26221.

de Contratista en el contrato. A la empresa petrolera le corresponderá intervenir en el contrato sólo como garante del Contratista. De esta manera, Perupetro tendrá una contraparte domiciliada en el país con quien interactuar en todo lo relativo al cumplimiento de las prestaciones contractuales; y, en caso que el Contratista incurriera en algún incumplimiento, tendrá la potestad de recurrir a la empresa petrolera garante para exigir el cumplimiento de la prestación no ejecutada.¹²

La suscripción de un contrato puede ser el resultado de la negociación directa llevada a cabo entre Perupetro y la empresa petrolera, o de una convocatoria llevada a cabo por el mismo Perupetro. En el primer caso, la empresa petrolera toma la iniciativa de solicitar a Perupetro el área de su interés. Si el área está disponible, no hay otras empresas interesadas en la misma área y la empresa petrolera obtiene la calificación de Perupetro, se lleva a cabo la negociación de los términos contractuales. La negociación se circunscribe, principalmente, a los períodos de la fase de exploración, al programa mínimo de trabajo que el Contratista deberá ejecutar durante cada período y a la regalía, pues Perupetro tratará de aplicar en lo posible el modelo de contrato que tenga vigente en ese momento, conforme vamos a explicar más adelante.

En el segundo caso, Perupetro invita a las empresas petroleras a participar en un proceso de selección que tiene como propósito elegir a aquellas con las que suscribirá contratos de licencia para exploración y explotación de hidrocarburos en los lotes que haya puesto a disposición del mismo. En este caso, las empresas que desean participar deben acreditar que satisfacen los requisitos mínimos de antigüedad, tamaño, experiencia, volúmenes de producción y otros que pueda haber establecido Perupetro.

Los participantes deben aceptar suscribir el modelo de contrato común por adhesión que forme parte de las bases de proceso, con las aclaraciones que resulten de las consultas y sugerencias que sean formuladas, y ofrecer la ejecución de programas mínimos de trabajo exploratorio, en adición a los que puedan haber sido establecidos para cada lote, así como el pago de porcentajes de regalía adicionales a los señalados en las bases. Los lotes serán adjudicados a los participantes que obtengan el mayor puntaje acumulado en sus ofertas y su calificación empresarial. En los últimos años, Perupetro ha llevado a cabo tres procesos de selección. Finalizada la negociación directa de un contrato, o adjudicados los lotes a las empresas petroleras que alcancen el mayor puntaje en caso de una convocatoria, se inicia el proceso de aprobación gubernamental previo a la suscripción de los contratos. Dicho proceso, que pueden llegar a demorar más de cuatro meses, incluye la obtención de opiniones favorables del

Ministerio de Energía y Minas y del Ministerio de Economía y Finanzas, así como la publicación de un decreto supremo que apruebe el contrato y autorice a Perupetro a suscribirlo.¹³ El contrato se otorga mediante escritura pública y se inscribe en el Registro Público de Hidrocarburos.

IV. Las Fases y los Plazos del Contrato

El contrato contempla dos fases: la de exploración y la de explotación.¹⁴ La fase de exploración se inicia en la fecha efectiva¹⁵ que las partes acuerden y tiene una duración máxima de 7 años que excepcionalmente puede ser extendida hasta 3 años más. La fase de exploración se divide en períodos, cuyo número y duración es acordado por las partes.

Durante cada período, el Contratista estará obligado a realizar el programa mínimo de trabajo estipulado en el contrato, que puede consistir en actividades específicas, como perforar un pozo exploratorio, o estar expresado en unidades de trabajo exploratorio. En este último caso, el Contratista puede elegir la actividad a realizar cuidando de alcanzar las unidades de trabajo exploratorio pactadas, según la tabla de equivalencias que forma parte del contrato.

El Contratista debe garantizar el cumplimiento del programa mínimo de trabajo correspondiente a cada período con una fianza bancaria solidaria, sin beneficio de excusión, irrevocable, incondicional y de realización automática. En caso que el Contratista no cumpliera con ejecutar ese programa de trabajo, la fianza bancaria será ejecutada y el contrato quedará resuelto de pleno derecho al vencimiento del período en curso. Si bien Perupetro podría exigir al garante corporativo la ejecución del programa mínimo pendiente, no conocemos casos en que lo haya hecho; Perupetro prefiere optar por ejecutar la carta fianza y poner fin al contrato por incumplimiento. La ejecución de la carta fianza extingue la obligación del Contratista de llevar a cabo el programa mínimo de trabajo pactado.

Los programas mínimos de trabajo consisten en aquellas actividades que hagan posible el descubrimiento de hidrocarburos. Por ello, es usual que el programa correspondiente al primer período consista en la ejecución de estudios geológicos y geofísicos del lote otorgado mediante el contrato, así como en la reinterpretación de toda la información disponible, obtenida por las empresas petroleras que hubieran explorado el área con anterioridad. El programa del siguiente período podrá comprender la adquisición de líneas sísmicas en aquellas áreas del lote donde el Contratista estime, en función de los estudios previos, que podrían existir formaciones rocosas con características apropiadas para contener hidrocarburos.

¹² La garantía corporativa cubre el cumplimiento de los programas de exploración y de explotación.

¹³ Artículo 11 de la Ley 26221.

¹⁴ Artículo 22 de la Ley 26221.

¹⁵ Esta fecha es posterior a la fecha de suscripción, según el acápite 1.23 del modelo de contrato de Perupetro.

Cuanto mayor sea la extensión del lote mayor será el número de kilómetros lineales de sísmica que Perupetro exigirá al Contratista. Finalmente, a partir del programa para el tercer periodo, el Contratista deberá perforar pozos exploratorios hacia aquellas formaciones con potencial que haya podido identificar con la sísmica.

Antes del vencimiento de cada período de la fase de exploración, siempre que hubiera cumplido con ejecutar el programa mínimo de trabajo de ese período, el Contratista deberá comunicar a Perupetro su intención del pasar al siguiente período en caso que deseara continuar con el contrato.¹⁶ Si no lo hiciera, el contrato terminará al finalizar el período en curso, pero sin responsabilidad alguna para el Contratista. Una vez alcanzado el último período de la fase de exploración, el Contratista sólo podrá continuar con el contrato siempre que haya cumplido los requisitos para pasar a la fase de explotación, o al período de retención.

Para pasar a la fase de explotación, el Contratista tiene que haber efectuado una declaración de descubrimiento comercial durante la fase de exploración. Si, además de la declaración de descubrimiento comercial, el Contratista hubiera iniciado la extracción comercial de los hidrocarburos descubiertos, entonces podrá optar por pasar a la fase de explotación en la fecha de inicio de la extracción comercial, sin necesidad de aguardar hasta el vencimiento del último período de la fase de exploración.¹⁷

Si el Contratista ha logrado un descubrimiento de hidrocarburos durante la fase de exploración, pero no puede declarar que se trata de un descubrimiento comercial, entonces puede solicitar un período de retención para evitar que el contrato termine al finalizar la fase de exploración. También puede solicitarlo si ha formulado una declaración de descubrimiento comercial para un hidrocarburo distinto a aquel cuyo descubrimiento no es comercial (entre gas natural y petróleo). El período de retención otorga al Contratista un lapso de tiempo para que pueda superar las circunstancias que impidieron la declaración de descubrimiento comercial¹⁸, sin que se inicie la fase de explotación.

Se puede solicitar el periodo de retención si el volumen de hidrocarburos descubierto no es suficiente para justificar económicamente la construcción de un ducto para su transporte desde el lote hasta un ducto propiedad de terceros, hasta un punto de venta o exportación o hasta un punto de fiscalización de la producción para su comercialización; si teniendo en cuenta los descubrimientos en áreas contiguas, además del descubrimiento propio, tampoco se justifica la construcción de ese ducto; si no es económicamente

factible transportar los hidrocarburos al lugar de su comercialización por otros medios de transporte; o, si el descubrimiento es de gas natural no asociado y es necesario desarrollar un mercado para poder comercializarlo. En los tres primeros casos, el periodo de retención puede tener una duración de hasta 5 años y en el cuarto caso de hasta 10 años.

El periodo de retención finaliza con la declaración de descubrimiento comercial formulada por el Contratista, en cuyo caso en ese momento se inicia la fase de explotación. Si el Contratista no llega a efectuar la declaración de descubrimiento comercial, por no haber podido superar las circunstancias que la impidieron, entonces al vencimiento del período de retención terminará también el contrato, a menos que ya se hubiera iniciado la fase de explotación de los hidrocarburos para los cuales no se solicitó el período de retención.

La fase de explotación tiene una duración máxima de 30 años para la explotación de petróleo crudo y de 40 años para la explotación de gas natural no asociado y condensados; en ambos casos, el plazo se cuenta desde la fecha efectiva.¹⁹ Esto quiere decir que el plazo real de la fase de explotación será el que reste luego de descontar de los 30 o 40 años, según corresponda, el plazo de la fase de exploración.

En caso que el Contratista estuviese extrayendo petróleo, así como gas natural no asociado y condensados, el contrato no finalizaría al vencimiento de la fase explotación de petróleo pero si el derecho del Contratista a continuar extrayendo petróleo. Ello quiere decir que Perupetro podría suscribir un contrato con otra empresa petrolera para la explotación de ese petróleo que ya no podrá ser extraído por el Contratista dentro del lote y éste tendría que transferir a Perupetro el uso y la propiedad de los bienes e instalaciones propios de la explotación de petróleo que no fueran necesarios para la explotación de gas natural no asociado y condensados.²⁰

La existencia de plazos máximos para la fase de explotación significa que el contrato irremediamente finalizará al vencimiento de esos plazos, y que las partes están impedidas de acordar la modificación de los mismos. Esta situación puede resultar perjudicial para el desarrollo óptimo y sostenido de las reservas de hidrocarburos, por cuanto dará lugar a que disminuyan las inversiones necesarias para conseguir ese objetivo. En efecto, al momento de decidir las inversiones que deberá efectuar, por ejemplo, para incrementar la extracción de hidrocarburos o, al menos, contrarrestar la disminución natural de la producción, el Contratista elegirá aquellas que pueda recuperar en el plazo que

16 Acápite 3.3 del modelo de contrato de Perupetro.

17 Acápite 5.1 del modelo de contrato de Perupetro.

18 Acápite 3.6 y ss. del modelo de contrato de Perupetro.

19 Artículo 22 de la Ley 26221.

20 Acápite 22.6 del modelo de contrato de Perupetro.

reste del contrato; por ende, cuanto más corto sea ese plazo, menores serán las inversiones que podrá realizar y mayor será la disminución de la producción.

Para el cómputo de los plazos del contrato hay que tener presente que el lapso durante el cual una situación de caso fortuito o fuerza mayor afecte el cumplimiento de las obligaciones contractuales será agregado al plazo previsto para el cumplimiento de dichas obligaciones y, si fuera el caso, al de la fase correspondiente del contrato y al plazo de vigencia del mismo.²¹ Por otro lado, en aplicación de lo establecido por el D.S N° 003-2000-EM,²² el plazo de la fase de exploración se suspenderá (i) durante el período comprendido entre la solicitud del Contratista para el evento presencial hasta la realización del mismo; y, (ii) durante el período comprendido entre la solicitud del Contratista para el taller previo a la elaboración del Estudio Ambiental y la aprobación del mismo por la DGAAE.

Adicionalmente, el contrato prevé²³ que cualquier período de la fase de exploración podrá ser extendido hasta por 6 meses para que el Contratista concluya el respectivo programa mínimo de trabajo, siempre que no hubiera podido hacerlo por razones técnicas o económicas debidamente sustentadas; que el período en el cual el Contratista hubiera perforado un pozo exploratorio pueda ser extendido por un plazo extraordinario de hasta 6 meses, para que el Contratista tome la decisión de pasar al siguiente período; y, que las partes puedan acordar una extensión de la fase de exploración en caso que las extensiones otorgadas en aplicación del acápite 3.4 hubieran extinguido el plazo del último período de la fase de exploración, para que el Contratista ejecute los trabajos exploratorios correspondientes a dicho período.

Otro evento que suspende el cómputo del plazo de la fase de explotación es el inicio del período de retención, al que ya nos hemos referido.

V. Las Garantías y el Contrato Ley

Hasta aquí ya habremos podido percibir que la exploración y explotación de hidrocarburos es una actividad de muy alto riesgo, que requiere de grandes inversiones cuya recuperación puede tomar más de 10 años. Por esa razón, los Estados necesitan establecer condiciones que brinden a las empresas petroleras confianza y la seguridad de que las reglas vigentes al momento de la celebración de los contratos serán respetadas, y no serán unilateralmente cambiadas o desconocidas.

En ese aspecto, nuestro país cuenta con un régimen jurídico promotor de las inversiones, en el marco del cual se ha llevado a cabo el proceso de selección mencionado al inicio de este artículo. La Constitución establece que las partes pueden pactar válidamente según las normas que se encuentren vigentes al momento de la celebración del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Además, dispone que mediante contratos ley el Estado pueda establecer garantías y otorgar seguridades que no podrán ser modificadas legislativamente.²⁴ También garantiza la libre tenencia y disponibilidad de moneda extranjera.²⁵

En línea con lo anterior, la Ley 26221 establece que los contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes, y que las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas. También señala que los contratos de licencia, así como los contratos de servicios, se rigen por el derecho privado y estarán comprendidos en los alcances del Artículo 1357 del Código Civil,²⁶ según el cual por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

El Artículo 12 de la Ley 26221 se encuentra incorporado en los contratos²⁷ con el fin de no dar lugar a dudas sobre que éstos tienen la naturaleza de contratos-ley; y, por consiguiente, que su contenido no puede ser modificado de forma directa o indirecta a través de una norma jurídica sin que dicha norma incurra en el ámbito de la inconstitucionalidad. En efecto, la protección constitucional descrita no se limita a aquellas cláusulas del contrato donde están las garantías otorgadas al Contratista, sino a todas las estipulaciones del contrato por cuanto ellas obedecen y dan forma y contenido al objeto del contrato, cual es la exploración y explotación de hidrocarburos.

Tal es el caso del derecho que tiene el Contratista a realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el lote; a la propiedad de los hidrocarburos extraídos; a disponer libremente de los hidrocarburos que le correspondan; a utilizar en sus operaciones los hidrocarburos extraídos libres del pago de regalía, a ceder su posición en el contrato o a asociarse con terceros, al libre ingreso y salida del lote, a resolver sus controversias con Perupetro mediante arbitraje internacional de derecho.

21 Acápite 17.3 del modelo de contrato de Perupetro.

22 Artículo 1 del DS 003-2000-EM, modificado por el DS 012-2008-EM.

23 Acápite 3.4 del modelo de contrato de Perupetro.

24 Artículo 62 de la Constitución.

25 Artículo 64 de la Constitución.

26 Artículo 12 de la Ley 26221.

27 Numeral III de la cláusula preliminar del modelo de contrato de Perupetro.

Adicionalmente, y como resultado de momentos del pasado en los que el Impuesto a la Renta variaba todos años y los contratistas no tenían acceso a divisas, la Ley 26221 garantiza de manera expresa al Contratista que los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de celebración del contrato permanecerán inalterables durante la vigencia del mismo.²⁸ Esto no quiere decir que el Estado haya renunciado a su poder de legislar en materia tributaria, sino que las modificaciones tributarias que ocurran no serán aplicables al Contratista.

En materia del Impuesto a la Renta, se establece que el Contratista sólo estará sujeto al régimen común de dicho impuesto²⁹ y a las normas tributarias contenidas en la Ley 26221. El Reglamento desarrolla extensamente la mencionada garantía y precisa, entre otros aspectos, que no son aplicables al Contratista los tributos que se establezcan con posterioridad a la fecha de suscripción del contrato, ni los cambios que se efectúen en el hecho generador de la obligación tributaria, la cuantía de los tributos, las exoneraciones, beneficios incentivos e inafectaciones; también aclara que la garantía de estabilidad tributaria alcanza al titular, socio o accionista, por las rentas por dividendos o cualquier otra forma de distribución de utilidades provenientes del contrato.³⁰

Respecto del Impuesto General a la Ventas, el Reglamento aclara que la garantía de estabilidad tributaria se refiere a la naturaleza trasladable del mismo,³¹ así como al régimen aplicable a las exportaciones y la exoneración a la importación de bienes e insumos requeridos para las actividades de exploración durante la fase de exploración del contrato.³² Posteriormente, ha sido incorporada a la garantía de estabilidad tributaria el régimen de la devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas, Impuesto de Promoción Municipal y de cualquier otro impuesto al consumo que le sea trasladado o que paguen para la ejecución de las actividades de exploración durante la fase de exploración de los contratos.³³

La importación de bienes e insumos requeridos en la fase de exploración de cada contrato para las actividades de exploración, se encuentra exonerada de todo tributo, incluyendo aquellos que requieren mención expresa, siempre que estén incluidos en la relación de bienes aprobada para tal efecto.³⁴ La exportación de

hidrocarburos, por su parte, está exenta de todo tributo, incluyendo aquellos que requieren mención expresa.³⁵

Finalmente, es importante advertir que el régimen tributario aplicable en virtud de la garantía de estabilidad tributaria alcanza a todas las empresas que conformen el Contratista, así como a quienes con posterioridad a la celebración del contrato adquieran una participación en el mismo.³⁶ Esto quiere decir que un Contratista estará sujeto a tantos regímenes tributarios como contratos para la exploración y explotación tenga suscritos.

En aplicación de la garantía de estabilidad cambiaria otorgada por la Ley 26221,³⁷ el Banco Central de Reserva del Perú interviene en el contrato para garantizar al Contratista que gozará del régimen cambiario vigente en la fecha de suscripción del contrato y, en consecuencia, que el Contratista tendrá el derecho a la disponibilidad, libre tenencia, uso y disposición interna y externa de moneda extranjera, así como la libre convertibilidad de moneda nacional a moneda extranjera en el mercado cambiario de oferta y demanda.³⁸

En ese sentido, el Banco Central de Reserva del Perú garantiza al Contratista, la libre disposición de las divisas generadas por sus exportaciones de hidrocarburos, las que podrá disponer directamente en sus cuentas bancarias en el país o en el exterior; la libre disposición y derecho a convertir libremente a divisas la moneda nacional resultante de sus ventas de hidrocarburos al mercado nacional y el derecho a depositar directamente en sus cuentas bancarias en el país o en el exterior tanto las divisas como la moneda nacional; el derecho a mantener, controlar y operar cuentas bancarias en cualquier moneda, tanto en el país como en el exterior, tener el control y libre uso de tales cuentas y a mantener y disponer libremente en el exterior de tales fondos de dichas cuentas sin restricción alguna; y, el derecho a disponer libremente, distribuir, remesar o retener en el exterior, sin restricción alguna, sus utilidades netas anuales, después de impuestos.³⁹ Hoy en día la garantía de estabilidad cambiaria puede parecer intrascendente, porque las condiciones actuales del mercado cambiario son de plena libertad. Sin embargo, hace 25 años el gobierno de turno estableció un régimen totalmente opuesto que afectó seriamente las actividades petroleras que se desarrollaban en el país, que no queremos volver a repetir.

28 Artículo 63 de la Ley 26221.

29 Por excepción, mediante la Ley 27343 se dispuso que el Impuesto a la Renta se estabilizaría agregándole a la tasa vigente 2 puntos porcentuales.

30 Artículo 4 del Reglamento de la Garantía de Estabilidad Tributaria y de las Normas Tributarias de la Ley 26221, aprobado por el Decreto Supremo 32-95-EF.

31 Lo cual quiere decir que el Contratista estará expuesto a cualquier cambio en la tasa del impuesto, pero que siempre podrá trasladarlo.

32 Artículo 17 del Reglamento de la Garantía de Estabilidad Tributaria y de las Normas Tributarias de la Ley 26221.

33 Artículo 1 de la Ley 27624.

34 Artículo 56 de la Ley 26221.

35 Artículo 58 de la Ley 26221.

36 Primera disposición complementaria del Reglamento de la Garantía de Estabilidad Tributaria y de las Normas Tributarias de la Ley 26221.

37 Vid. Supra nota 28.

38 Acápites 11.1 del modelo de contrato de Perupetro.

39 Acápites 11.2 del modelo de contrato de Perupetro.

VI. La Regalía

Mediante el contrato de licencia, el Contratista queda obligado a pagar una regalía a Perupetro desde que inicia la extracción comercial de hidrocarburos⁴⁰. La regalía debe ser pagada en efectivo, quincenalmente, y se determina en función del valor de los hidrocarburos que hayan sido extraídos del lote y medidos en un punto de fiscalización.⁴¹

El valor de cada uno de los hidrocarburos extraídos (petróleo, condensados, líquidos del gas natural y gas natural) será determinado por separado multiplicando el volumen fiscalizado durante cada quincena de mes por el valor de dicho hidrocarburo. Tratándose de gas natural su valor será el precio al cual haya sido vendido, pero el valor de los demás hidrocarburos será estimado utilizando el precio que tengan en el mercado internacional ciertos hidrocarburos que hubieran sido seleccionados por las partes para tal fin, que tengan características similares a aquellos extraídos por el Contratista. En todos los casos, para establecer el valor de los hidrocarburos se descontará el costo de transporte y almacenamiento desde el punto de fiscalización hasta el punto de venta o exportación.

Una vez obtenido el valor de cada uno de los hidrocarburos extraídos y medidos en un punto de fiscalización de la producción, la regalía a pagar se determinará aplicando a dichos valores los porcentajes que resulten de aplicar las metodologías que hubieran sido acordadas por las partes. Cuatro son las metodologías utilizadas para este fin:

Metodología del Factor "R": El Factor "R" es determinado por la siguiente relación: $R = X/Y$ donde X son los ingresos acumulados e Y los egresos acumulados. Tiene por objeto que la regalía se pueda adecuar a las variaciones que pueden experimentar los ingresos y egresos durante la vigencia del contrato; así, conforme los ingresos acumulados empiezan a igualar y a superar los egresos acumulados mayor es el Factor "R" y, por consiguiente, mayor será el porcentaje que se utilizará para determinar el monto de la regalía. Los porcentajes definitivos de regalía se negocian y fijan en cada contrato, siendo los porcentajes mínimos los siguientes: Si el Factor "R" va de 0 a menos de 1.0 el porcentaje será 15; si el Factor "R" va de 1.0 a menos de 1.5, entonces el porcentaje será 20; si el Factor "R" es de 1.5 a menos de 2.0, el porcentaje será 25; y, si el Factor "R" es 2.0 o más, el porcentaje de regalía será 35.

Metodología de la Producción Acumulada por Yacimiento con Ajuste de Precio: La regalía se fija para cada yacimiento en base a la producción acumulada de cada uno de ellos, y está sujeta a un ajuste por precio de acuerdo al precio promedio ponderado por barril, correspondiente a la producción de dicho yacimiento. Esto quiere decir que si el precio de los hidrocarburos

varía también variará la regalía. Fue establecida para replicar el resultado de la Metodología del Factor "R", pero sin necesidad de que los costos y gastos del Contratista tengan que ser constantemente verificados por Perupetro, como lo requiere la metodología del Factor "R". Por eso, se precisa que los porcentajes de regalía mínimos deben reflejar resultados económicos equivalentes a los que se obtendrían con la aplicación del Factor "R". Sin embargo, la Metodología de la Producción Acumulada por Yacimiento jamás ha sido utilizada.

Metodología por Escalas de Producción: Esta metodología, así como la Metodología por Resultado Económico que vamos a explicar a continuación, fueron establecidas mediante el D.S. N° 017-2003-EM con el propósito de hacer más competitivo al país para la captación de inversiones para la exploración de hidrocarburos. La principal característica de ambas metodologías es que parten de una regalía mínima del 5% sin necesidad de negociación alguna. Hasta ese momento la regalía mínima bajo la metodología del Factor "R" era 15% y sólo se lograba alcanzar luego de una ardua negociación que finalizaba con la suscripción del contrato. Según lo dispuesto por el D.S. N° 017-2003-EM, el Contratista sólo tiene que elegir entre una u otra metodología luego de efectuar la declaración de descubrimiento comercial de hidrocarburos, y dependiendo de sus estimados de inversión; para que ello sea posible, ambas metodologías son incluidas en el contrato de licencia al momento de su suscripción.

Según la Metodología por Escalas de Producción, el porcentaje de regalía resulta de la producción fiscalizada de hidrocarburos en una determinada área de contrato. Si la producción es inferior a 5,000 barriles por día entonces el porcentaje de regalía será 5; si la producción fiscalizada está entre los 5,000 y 100,000 barriles por día, el porcentaje estará entre 5 y 20 según corresponda, aplicando la interpolación; y, si la producción excede los 1000,000 barriles diarios, el porcentaje de regalía será 20.

No obstante estar en plena vigencia el D.S. N° 017-2003-EM, en los procesos de selección llevados a cabo por Perupetro el 2007 y el 2008 Perupetro dispuso que la oferta económica de las empresas participantes consistiera en puntos porcentuales por encima de aquellos establecidos por las metodologías aprobadas por la norma. En el proceso de selección llevado a cabo este año, Perupetro abandonó estas metodologías y regresó a la Metodología del Factor "R", disponiendo nuevamente que la oferta económica de las empresas participantes consistiera en puntos porcentuales por encima de los porcentajes mínimos establecidos por esta metodología.

⁴⁰ Vid. Supra nota 9.

⁴¹ Artículo 45 de la Ley 26221 y Cláusula Octava del modelo de contrato de Perupetro.

Metodología por Resultado Económico: Según esta metodología, el porcentaje de regalía tiene una parte fija de 5% y una parte variable que puede llegar a 20%, por lo que el porcentaje total de regalía total no puede exceder de 25%. La regalía variable se determina utilizando el Factor "R" y se aplica a partir que alcanza un valor de 1.15 y en el rango de: $0 < \text{regalía variable} < 20\%$. Se calcula con la información disponible sobre los ingresos y egresos del año anterior. El cálculo de la regalía se efectúa en dos momentos en el año; al finalizar el ejercicio fiscal anterior, con información de ingresos y egresos de enero a diciembre; y a mitad de año con información de julio del año anterior a junio del año corriente.

VII. El Canon

El canon es la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidas por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales, conforme al mandato Constitucional.⁴² Tal como ha sido puesto en evidencia desde que se inició la producción del Gas de Camisea, el canon generado por las actividades de hidrocarburos está contribuyendo de manera sustancial al desarrollo de los pueblos donde se encuentran esos recursos naturales.

El Canon Petrolero⁴³ es el 12.5% del valor de la producción de petróleo extraído en los departamentos de Loreto, Ucayali, Piura y Tumbes, y en la provincia de Puerto Inca, del departamento de Huánuco. Comprende los conceptos de canon, sobre-canon y participación en la renta, utilizados por sus normas de creación, y se obtiene de los ingresos que recibe Perupetro por las regalías que pagan los titulares de contratos de licencia y por la venta del petróleo que producen los titulares de contratos de servicios en dichas circunscripciones. Se distribuye de manera particular en cada departamento involucrado y beneficia a los gobiernos regionales, gobiernos locales, universidades nacionales, institutos tecnológicos nacionales, institutos superiores pedagógicos y tecnológicos y al Instituto de Investigación de la Amazonia Peruana.

El Canon Gasífero⁴⁴, por su parte, se compone del 50% del impuesto a la renta (1), 50% de las regalías provenientes de los contratos de licencia, y del 50% del valor de realización o venta provenientes de los contratos de servicios, de la explotación de gas natural y condensados. Se distribuye de la siguiente manera: 10% a los gobiernos locales, 25% a los gobiernos distritales y provinciales, 40% a los gobiernos departamentales, y 25% a los gobiernos regionales.

Los contratos precisan que el pago por concepto de canon, sobre-canon y participación en la renta será de cargo de Perupetro.⁴⁵

VIII. Consideraciones Finales

1. La legislación peruana en materia de hidrocarburos brinda distintas garantías al inversionista que decida realizar tal actividad, pues en coherencia con el riesgo al que se expone la capacidad de retorno y el despliegue de capital humano y financiero del inversionista, el estado peruano busca establecer condiciones que sean incentivos para que las empresas petroleras negocien e inviertan con confianza y seguridad.

2. En el tipo contractual de contrato de licencia, que permite la exploración y explotación de hidrocarburos, se advierte que la conclusión de la fase de exploración no necesariamente importa que el inversionista pueda iniciar la fase de explotación y, consecuentemente, su actividad extractiva, pues esta segunda fase se hace viable únicamente si el inversionista ha realizado una declaración de descubrimiento comercial respecto de los hidrocarburos que hubiese descubierto en la primera fase.

3. En la fase de explotación del contrato de licencia, la existencia de plazos máximos para la fase de explotación significa que el contrato irremediamente finalizará al vencimiento de tales plazos, y que no se pueda pactar plazos mayores a los establecidos en la Ley, lo que podría la máxima recuperación eficiente por el Contratista de las reservas de hidrocarburos que el país requiere para su desarrollo económico y social.

4. El canon generado por las actividades de hidrocarburos está contribuyendo de manera sustancial al desarrollo de los pueblos donde se encuentran esos recursos naturales.

5. Conforme hemos demostrado, la legislación en materia de hidrocarburos es compatible con lo señalado por nuestra Constitución respecto del aprovechamiento de recursos naturales, pues es la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley No. 26221 la norma habilitante que regula el modo y límites de la transferencia de propiedad de los hidrocarburos a particulares, y, consecuentemente, su aprovechamiento, tal como se logra a través del contrato de licencia y el contrato de servicios, tipos contractuales que permiten la exploración y explotación de hidrocarburos en nuestro país ■

42 Artículo 77 de la Constitución y artículo 1 de la Ley 27506 – Ley del Canon.

43 El Canon Petrolero tiene su origen en el D.L. 21678, en las Leyes 23350, 23630, 23871, 24977 y el Decreto de Urgencia 027-98.

44 El Canon Gasífero fue creado por la ley 27506.

45 Acápites 9.3 del modelo de contrato de Perupetro.