

Aspectos de la legislación petrolera

Juan M. Quevedo

Al sortear el difícil sendero de administrar los recursos petroleros de un país, hay que balancear la retórica cautivante con la realidad práctica.

1. RELACIÓN ESENCIAL ENTRE EL ESTADO, DUEÑO DE RECURSOS PETROLEROS Y LA EMPRESA PETROLERA INVERSIONISTA.

Para evidenciar la relación esencial entre el Estado y la empresa petrolera he utilizado el siguiente cuadro:



El punto arbitrario de partida representa el nivel de inversión petrolera en un momento dado, al amparo de las condiciones legales, tributarias y contractuales vigentes en ese momento.

Desde este punto de partida salen dos líneas. La una entrecortada y la otra continua. La línea entrecortada representa el total de beneficios y participaciones estatales ("total government take"). La línea continua representa las inversiones petroleras.

Este cuadro es crasamente simplista, puesto que la realidad es siempre mucho más compleja, pero hace resaltar lo esencial de la relación Estado - empresa petrolera. Esto es, que a medida que crece la participación estatal, disminuye la inversión petrolera.

Los legisladores y políticos se enfrentan así, a un dilema difícil de resolver:

- Si ceden a la tentación de incrementar en forma continua los beneficios y participaciones estatales, para mejor atender las necesidades siempre angustiosas de la nación, corren el riesgo de llegar a un punto donde la inversión petrolera irá cayendo y el resultado neto será la disminución real de las participaciones y beneficios estatales y el consiguiente deterioro de las condiciones políticas, sociales y económicas.
- Si por otro lado generan un ambiente legal, contractual y tributario demasiado favorable al inversionista, serán sin duda blanco de la oposición política y estarán fal-

tando a su deber de procurar el mejor rendimiento de los recursos petroleros en beneficio de la sociedad.

Escoger el punto óptimo es muy difícil. Lo es más todavía por el grado de politización que reviste la industria petrolera, en países donde dicha industria representa un porcentaje alto de la riqueza nacional.

Con frecuencia los países siguen una ruta similar a la descrita en el cuadro que antecede. Se aumenta progresivamente la participación estatal y se reduce consecuentemente la inversión, hasta que se llega a un punto donde se ha descuidado el mantenimiento de la infraestructura productiva y de transporte, se ha descuidado la condición de los yacimientos, no se hecho nueva exploración y los niveles de producción empiezan una alarmante curva de declinación.

En tales condiciones se da con frecuencia un golpe de timón. Comienza otra vez una política de incentivos y una gestión promocional en el exterior. Los Ministros de Estado y hasta los Presidentes viajan al exterior y se entrevistan con los representantes de la industria petrolera. Se flexibiliza las condiciones legales, contractuales y tributarias. La inversión petrolera vuelve a crecer.

Cuando nuevamente la inversión ha llegado a niveles adecuados, y especialmente si uno o más inversionistas petroleros han tenido éxitos significativos, se empieza a cuestionar los contratos y las condiciones fijadas en el período promocional y el ciclo comienza nuevamente.

A medida que los Estados adquieren más experiencia en el manejo del asunto petrolero, y a medida que se desarrolla en un país una clase profesional de técnicos y administradores petroleros, los ciclos antes descritos se hacen más espaciados y tienden a ser menos extremos. El cuadro siguiente sería representativo de los ciclos atenuados de un país más desarrollado en esta materia:



Para tratar de impedir o minimizar los ciclos que quedan descritos se han desarrollado algunos mecanismos, como por ejemplo los siguientes:

I- La tributación ocasional especial, cuando por razones ajenas a la industria petrolera hay utilidades exorbitantes e imprevistas. En inglés se le denomina a esta tributación ocasional y especial el "windfall profits tax", o sea, literalmente, la tributación sobre utilidades "traídas por el viento". Al pre-establecer mediante ley o contrato esta tributación especial en condiciones y situaciones especiales y ocasionales, se genera estabilidad para ambas partes. Hay una contrapartida a este mecanismo, más discutible, que es el pre-establecer correspondientemente un régimen de alivio tributario, cuando por razones ajenas a la industria sobrevengan condiciones críticas para el negocio petrolero.

II- El congelar las condiciones legales, tributarias y contractuales, al momento de la suscripción del respectivo contrato. Este concepto no es otra cosa que el "Pacta dant legem contractui" (los acuerdos constituyen la ley del contrato) del Derecho Romano y el "Pacta sunt servanda" (los pactos deben ser cumplidos, tienen fuerza de obligar) del Derecho Canónico.

El artículo 249 de la Constitución Política de la República del Ecuador, siguiendo los citados principios dispone, al hablar de servicios públicos prestados por empresas privadas, que "Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes y otras disposiciones." Igualmente el artículo 271 de la Constitución Política dispone que "El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas."

La realidad de la relación Estado- empresa petrolera es mucho más compleja de la que aparece de los cuadros que anteceden. Hay varios otros factores que tienden, en ocasiones, a estimular o a restringir la inversión petrolera. Así por ejemplo:

- A) Las condiciones del mercado petrolero en el mundo.
Cuando hay escasez de petróleo en el mercado, la industria tiende a ser más agresiva en su ritmo de inversión y tiende a tomar mayores riesgos. Inversamente, cuando hay un exceso de petróleo en el mercado, las inversiones petroleras tienden a disminuir. Solamente muy pocas empresas con mucha capacidad económica ignoran estos ciclos de oferta y demanda y siguen con sus planes a largo plazo sin variación.
- B) Inseguridad física.
En un ambiente extremo de inseguridad física, con secuestros, atentados terroristas y otras actividades similares, los incentivos que requerirá la industria para mantener o aumentar su nivel de inversiones serán mayores.
- C) Inseguridad jurídica.
En un ambiente donde el Estado tiene un historial de arbitrariedad y el poder judicial es débil e ineficiente y no están en vigor sistemas ágiles y confiables para resolver conflictos, el inversionista será más cauteloso.
- D) El potencial geológico.
En un área donde la posibilidad de encontrar y desarrollar grandes reservas de hidrocarburos sea muy alta, el

Estado podrá negociar mejores condiciones que en un área donde las expectativas son apenas marginales.

- E) La certeza de poder evacuar el petróleo al mercado.
Si el inversionista no tiene seguridad de poder evacuar oportunamente el petróleo que produzca, a los mercados mundiales, por insuficiencia de la capacidad volumétrica de los oleoductos existentes, o porque hay que cruzar territorios de otros países con los cuales no hay acuerdos vigentes, u otras causas similares, tendrá muchas dudas para embarcarse en inversiones significativas.
- F) Disponibilidad de financiamiento en los mercados de capitales y en la banca internacional.
Aún las empresas petroleras más grandes recurren con frecuencia a los mercados de capitales y a los consorcios de bancos para financiar sus mega-proyectos. Hay períodos como aquel que vino luego de la crisis financiera asiática, donde se cierran o restringen significativamente las fuentes externas de financiamiento. Durante tales períodos la inversión importante petrolera puede disminuir, independientemente de la política de cada Estado.

2. EL ESTADO "RENTISTA"

Este concepto del "Estado rentista" describe a un Estado que no participa en el negocio petrolero, sino que simplemente se limita a cobrar los impuestos y beneficios que le corresponden.

Comenzando principalmente en la década de los cincuenta, el concepto del Estado rentista fue muy desprestigiado. Políticamente hablando, se consideraba que el Estado rentista era una etapa anacrónica que había que superar y se arguyeron las siguientes razones:

- A) El negocio petrolero es de los mejores del mundo y siendo el Estado dueño de los recursos naturales, es lógico y justo que a más de sus participaciones fiscales y patrimoniales, el Estado participe comercialmente en el negocio petrolero, ya sea como dueño y operador, o como socio.
- B) Era preciso rescatar la soberanía nacional sobre el negocio petrolero. En el esquema del Estado rentista, las decisiones fundamentales sobre el negocio petrolero eran tomadas en algún directorio de una empresa foránea, a miles de kilómetros de distancia. Esto había que corregirlo.
- C) Había que romper la "dependencia económica" y alcanzar la verdadera independencia.

Todos estos argumentos fueron muy eficaces en desbaratar la imagen del Estado rentista y durante varias décadas tuvieron una vigencia política incuestionable. Aún ahora, la misma retórica sigue teniendo alguna fuerza.

En teoría, los argumentos de la retórica contraria al concepto del Estado rentista son en realidad muy atractivos. La experiencia, sin embargo, es frecuentemente contraria a la teoría.

El argumento del "rescate de la soberanía" tiene un especial atractivo político, si bien como dijo un ex-Presidente de Petróleos de Venezuela, "no hay peor violación de la soberanía que vivir sumidos en la indigencia, mientras estamos rodeados de increíbles riquezas naturales".

Utilizando el modelo venezolano, durante el período "rentista" se alcanzaron los siguientes logros:

- A) Se construyó una espectacular infraestructura de autopistas, carreteras, puertos aéreos y marítimos, ferrocarriles, edificaciones públicas, universidades, colegios y hospitales. Esta infraestructura está envejeciendo.
- B) Se consolidó una gran clase media, próspera y altamente profesionalizada que luego fue delibitándose en alto grado.
- C) El desempleo era casi desconocido y el país recibió además a millares de inmigrantes españoles, italianos y portugueses que venían a participar en la bonanza venezolana.
- D) El índice de criminalidad era muy inferior al que vino en los períodos posteriores.

¿Debe volverse entonces al Estado rentista? No lo sé.

Lo que sí creo es que al sortear el difícil sendero de administrar los recursos petroleros de un país, hay que balancear la retórica cautivante, con la realidad práctica.

Argentina, Francia, Italia, Rusia y España se han vuelto ya, o están en el proceso de volverse rentistas y han vendido, total o parcialmente, sus empresas petroleras estatales. Otros países han escogido caminos intermedios, limitando o minimizando el monopolio estatal y unos pocos como México se aferran al monopolio estatal, si bien es cierto que hay aperturas significativas para el capital privado en ciertas áreas como la del gas.

3. LOS PROBLEMAS BÁSICOS DE LA EMPRESA ESTATAL

La empresa estatal tiene problemas que no tiene la empresa privada.

Yo creo que en países como el nuestro, sí debe haber una Empresa Petrolera Estatal y este tema se discute en el numeral (4) que sigue, pero sí hay que estar conscientes de la problemática típica y peculiar de la empresa estatal:

A) La voracidad del Estado

En nuestra Ley de Compañías, (artículo 297) se dispone que solamente se puede distribuir dividendos, tomándolos de los beneficios líquidos anuales. Esto quiere decir que sólo se puede disponer de lo que queda, luego de deducir de los ingresos, los gastos operacionales e inversiones, los impuestos, las amortizaciones y depreciaciones y las reservas legales, estatutarias o especiales. Disposiciones equivalentes existen en todas las legislaciones.

El accionista privado generalmente tiene, pues, que esperar a que se apruebe el balance y solamente entonces ver lo que queda disponible para la distribución.

El accionista de la empresa de Estado, esto es el Estado, no tiene esa disciplina y esa paciencia. Cuando el Estado enfrenta una crisis de cualquier especie, o necesidades imprevistas o simplemente desea ganar favor político haciendo tal o cual desembolso, recurre a los fondos de la empresa petrolera estatal, dejando a ésta con frecuencia sin siquiera lo suficiente para cubrir sus gastos operacionales.

B) La inestabilidad política. Cada cambio de Gobierno generalmente implica una remoción de la cúpula administrativa

C) Nivel de remuneraciones. Los funcionarios y empleados de las empresas petroleras estatales, sobre todo en los países en desarrollo, tienen, con frecuen-

cia, niveles de remuneración muy inferiores a los niveles de sus equivalentes en la empresa petrolera privada

Este es un problema difícil de resolver, pero creo que es necesario considerar que mientras haya esta diferencia de niveles, los candidatos más capacitados posiblemente se irán, a la primera oportunidad, a trabajar en la empresa privada.

Los empleados y funcionarios que manejan negocios millonarios pero que ganan sueldos irrisorios, serán más vulnerables a las tentaciones de cometer irregularidades. Es un asunto básico de dignidad personal. El empleado o funcionario de la empresa petrolera estatal debe tener una remuneración adecuada para vivir con dignidad con su familia y debe tener la certeza de que no será removido sin causa legítima, cada vez que haya cambio de Gobierno o cambio a nivel gerencial.

El funcionario de la empresa petrolera estatal va a tratar con representantes de las empresas más grandes y va a enfrentar la normal agresividad de los vendedores de bienes y servicios. Hay que darle un nivel de dignidad e independencia que le permita representar a su empresa con altura.

Si nivelar las remuneraciones con aquellas de la empresa privada resultare políticamente imposible, por lo menos sería necesario reconocer la naturaleza especial del negocio petrolero, y crear condiciones adecuadas de trabajo en la empresa estatal.

4. ¿DEBE HABER UNA EMPRESA PETROLERA ESTATAL?

La respuesta apropiada a esta pregunta debe variar de país a país.

En el caso de países pequeños y pobres, pero con reservas de petróleo más o menos significativas, creo que sí debe haber una empresa petrolera estatal, por las siguientes razones:

A) La empresa petrolera estatal es generalmente un mejor interlocutor para tratar con la industria petrolera internacional, que los funcionarios ministeriales de nivel político.

Los funcionarios de la empresa petrolera estatal, siendo profesionales que han trabajado en el campo petrolero, tienen experiencias similares a las de sus contrapartes en la industria internacional. Hablan el mismo idioma, han sorteado los mismos problemas y el diálogo tiende a ser positivo y fácil. El diálogo con los políticos a nivel ministerial tiende a ser mucho más difícil, sobre todo en el período inicial de su gestión, a la que llegan con ideas preconcebidas que no siempre coinciden con la realidad. Una vez que han pasado su "curva de aprendizaje" son removidos y hay que empezar de nuevo con el turno siguiente. La frecuencia de estos cambios ha sido en muchos casos tan alta, que en ocasiones la duración de un nombramiento no ha pasado de unas pocas semanas o meses.

B) La empresa petrolera estatal es útil para formar cuadros de profesionales petroleros técnicos y administrativos que, a más de entender el negocio petrolero, puedan desempeñarse en el complejo campo de la administración pública.

- C) Un país débil no debe depender exclusivamente de los inversionistas internacionales en momentos de crisis, sin tener los recursos de negociación de países más ricos. En esas situaciones extremas, la empresa petrolera nacional puede dar el alivio necesario hasta que mejoren las circunstancias.

5. LOS PRECIOS DEL PETRÓLEO

No hay otra área del asunto petrolero donde exista más confusión y menos entendimiento real, que en el área de los precios.

Creo que para entender mejor la realidad, hay que tomar en cuenta lo siguiente:

- A) Cuando los precios del petróleo son altos, hay beneficiarios y perjudicados.

Los beneficiarios son los países exportadores y las empresas petroleras ya sean estatales o privadas. Los perjudicados son los países consumidores.

Esta declaración bastante obvia, nos lleva a ciertos análisis:

- a) Los países consumidores, tanto en número como en población, son los más y los países exportadores son los menos.
- b) Para defender a los más, ¿debe dejarse que los precios floten libremente de acuerdo con la oferta y la demanda, o debe crearse mecanismos que influyan artificialmente para mantener altos los precios (como por ejemplo la Organización de Países Exportadores de Petróleo)?
- c) Entre los países exportadores hay algunos que realmente necesitan en forma crítica mayores ingresos y otros de gran producción y poca población, que descansan sobre grandes reservas monetarias acumuladas. Hay, pues, gran variedad en la condición de los países exportadores.
- d) Entre los países consumidores, hay las grandes potencias económicas de América, Asia y Europa, pero hay también países paupérrimos y sobrepoblados. Hay pues, así mismo gran variedad en la condición de los países consumidores.
- e) En los períodos de precios altos del petróleo, hay bonanza en los países exportadores, pero con frecuencia se debilita la economía a nivel mundial, y esto tarde o temprano afecta también a los países exportadores.

Salta a la vista la complejidad del problema y la necesidad de resolverlo mediante diálogo y consenso entre todos los actores, en un planeta cada vez más chico y más interdependiente.

- B) De los precios que paga el consumidor en la gasolinera, la parte que va a la empresa petrolera (sea privada o estatal) en la mayoría de los países no llega al 30%. El resto del precio se compone de impuestos de distinta índole. Dicho de otra forma, si no se usara la venta de gasolina, como sistema tributario, las empresas podrían rebajar los precios en alrededor de 70% sin afectar su negocio.
- Resulta pues, que hay que tener cuidado de no culpar a las empresas petroleras (privadas o estatales) por el nivel de precios.
- C) Durante la mayor parte del medio siglo que precedió a la intervención de los Estados exportadores en los mer-

cados internacionales de petróleo y antes de la constitución de la OPEP, los precios del petróleo muy rara vez pasaron de tres dólares por barril. En ese período la comercialización del petróleo era manejada casi exclusivamente por la industria petrolera internacional.

- D) Si se compara el precio de un galón de gasolina con el precio de un barril de cualquier producto que consumimos en nuestras casas día tras día, como bebidas gaseosas, cerveza, vino, cualquier líquido antiácido, agua de colonia, etc, va el lector a ver con gran sorpresa que la gasolina es más barata.

Es más barata la gasolina, a pesar de ser un recurso no renovable, extraído de las profundidades de la tierra, luego de inversiones millonarias en exploración, producción, transporte, refinación, almacenaje y distribución. Sin embargo, por razones difíciles de explicar, pagamos tranquilamente por un galón de bebida gaseosa igual o más de lo que pagamos por un galón de gasolina. La típica botella de dos litros de gaseosa cuesta, en Quito, 75 centavos de dólar. El galón de esta combinación de agua, azúcar y algún sabor, costaría 1,425 dólares.

6. MODELOS CONTRACTUALES

Hay abundante literatura y apasionadas discusiones sobre las ventajas de tal o cual modelo contractual entre el Estado (o la empresa estatal) y el inversionista extranjero.

Además, las modas en esta materia van y vienen. Me causa algo de sorpresa ver como ahora se habla tranquilamente de "concesiones" y de "concesionar o delegar" mientras que hace dos décadas, esas eran malas palabras.

Creo que poco importa la nomenclatura que se use. Lo que realmente importa es lo siguiente:

- A) Los contratos deben ser sencillos y diáfanos. Los contratos oscuros y difíciles de administrar no ayudan a nadie.
 - B) Los contratos deben estar protegidos contra reformas unilaterales de una de las partes y la ecuación económica del contrato debe ser siempre mantenida; de tal manera que si en alguna forma se deteriora por acción del Estado uno de los elementos económicos del contrato, el contratista pueda efectivamente obtener compensación equivalente en algún otro rubro en forma real y oportuna.
 - C) Los contratos deben propender a que las dos partes contractuales cooperen en solucionar los problemas que se vayan presentando. Las metas deben ser conjuntas y no adversas.
 - D) Los métodos de solución de controversias deben ser claros y ágiles.
 - E) Debe darse la mayor latitud posible al plazo contractual. Históricamente los Estados trataban de limitar los plazos contractuales lo más posible. La idea era que el inversionista se vaya lo más pronto posible y que el monopolio estatal tenga cada día un mayor porcentaje del negocio petrolero en la nación.
- Esta concepción ya no tiene asidero, pues en la gran mayoría de los países o se está vendiendo la empresa estatal, o se está minimizando su carácter monopólico. ¿Para qué entonces limitamos los plazos contractuales?

Lo más beneficioso sería que los contratos tuviesen la misma duración de las reservas económicamente recuperables. De esa manera las empresas contratistas tendrían un incentivo, para seguir invirtiendo por un período mucho mayor.

7. ¿CUÁL ES MEJOR CONTRATISTA PARA EL ESTADO, LA EMPRESA GIGANTE, LA MEDIANA O LA PEQUEÑA?

En los últimos años hemos visto la formación de un número de super-empresas por medio de megafusiones de empresas petroleras. Así tenemos Exxon-Mobil, Shell, BP-Amoco-Arco, Total-Elf-Fina, Repsol-YPF, Chevron-Texaco y otras.

Cada una de las empresas resultantes de estas fusiones es un conglomerado con inmenso potencial técnico, administrativo y financiero.

¿Por qué estas super empresas?

Creo que la respuesta principal a esta pregunta es la de que las dificultades técnicas, financieras y administrativas para desarrollar nuevas reservas de gran volumen, son de tal magnitud, que solo empresas de este tamaño pueden hacerlo. Salvo uno que otro caso fortuito, que todavía puede ocurrir, todo lo fácil está ya descubierto y desarrollado. Lo que falta por descubrir y desarrollar es lo difícil, lo costoso

y lo técnicamente complejo. Muchísimos millones de dólares tendrán que invertir estas mega-empresas en exploración a gran profundidad, en ambientes marinos y terrestres difíciles, en nuevos sistemas de recuperación mejorada, en nuevos sistemas de refinación y transporte y en nuevos productos más eficientes y más benignos con el medio ambiente.

Las grandes tareas de exploración e industrialización, serán pues una área reservada a estas enormes empresas.

Hay, sin embargo, muchas otras tareas en el campo petrolero que no requieren la magnitud de inversión ni la capacidad de innovación técnica de las grandes empresas. Es más, es muy posible que a estas grandes empresas no les interese participar en cierto tipo de actividades de menos cuantía. En este campo, las empresas medianas son las que debe buscar el Estado.

Finalmente, las empresas pequeñas también tienen su nicho petrolero, actuando en campos marginales o haciendo labor promocional para interesar a las empresas medianas y grandes.

Las ideas que anteceden las he desarrollado en treinta y siete años de experiencia en la industria petrolera. Sin duda hay otras concepciones diferentes de la problemática petrolera, que tienen igual o mayor legitimidad. Cada lector llegará a sus propias conclusiones.