



Ley de Hidrocarburos 17.319: consideraciones jurídicas de las regalías

por Santiago Martinucci Yriart

Uno de los vacíos reglamentarios de la Ley de Hidrocarburos es el de la falta de una reglamentación clara de las tasas diferenciales para los yacimientos de baja productividad. Este aspecto está incluido en forma genérica en dicha ley marco, pero no reglamentado específicamente.

Este trabajo analiza, precisamente, las consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las regalías en los yacimientos de baja productividad e incluye un capítulo de legislación comparada sobre el tema.

Santiago Martinucci Yriart, es Abogado y Economista de larga experiencia en la industria petrolera. Fue asesor legal del Grupo Shell en Argentina. Luego Tesorero y Asesor Jurídico Adjunto del Banco Interamericano de Desarrollo en Washington, Estados Unidos, y posteriormente, representante del grupo de compañías del Instituto Francés del Petróleo en Argentina. Ha sido y es Consultor en organizaciones estatales y privadas y además, autor de numerosos trabajos y artículos sobre Derecho y Economía de Hidrocarburos.

Uno de los vacíos reglamentarios de la Ley de Hidrocarburos es el de la falta de una reglamentación clara de las tasas diferenciales para los yacimientos de baja productividad. Este aspecto está incluido en forma genérica en dicha ley marco, pero no reglamentado específicamente.

El sistema de tasas diferenciales reconoce como antecedente la primera legislación petrolera argentina, la ley 12.161 de 1935 incorporada al Código de Minería. Aún rige para las concesiones mineras de hidrocarburos en vigor a la fecha de su promulgación, por no afectarse los derechos adquiridos por los concesionarios antiguos, posteriormente protegidos por la hoy derogada ley 14.773, art. 3 que nacionalizó los yacimientos de hidrocarburos, actualmente amparados por la Ley de Hidrocarburos 17.319, art. 11. (Como se sabe, al "reprovincializarse" el dominio eminente de los yacimientos, esta ley marco está en proceso de modificación y adaptación.)

En consecuencia, existen en la actualidad concesiones antiguas no derogadas por el régimen de temporalidad de la ley 17.319, que pagan una tasa diferencial reducida del 8% en razón "de la clase y características del yacimiento, la distancia y el transporte" (Ley 12.161, Título XVII del Código de Minería, art. 401).

Esta tasa diferencial o degresiva en función de la productividad fue reglamentada para los antiguos yacimientos por el Decreto N° 112.785 del PEN de 1942 que estableció en su época un mecanismo de reducción por puntos, de aplicación sencilla, prácticamente automática y transparente.

El porcentaje gradual de reducción, en que los distintos factores de ponderación correspondían a centésimas de puntos, no podía exceder de 400, o sea un tope mínimo del 8% (1200 menos 400).

La Ley de Hidrocarburos 17.319, actualmente en vigor, fue aún más generosa en la promoción de los yacimientos pobres. En efecto, su art. 59 dispone que la tasa básica del 12% (similar a la legislación anterior) podría reducirse al 5% "teniendo en cuenta la productividad, condiciones y ubicación de los pozos".

Ahora bien, al reglamentarse la Ley de Hidrocarburos actual en lo referente a liquidación y percepción de regalías por el Decreto 1671/69 (B.O. 15.05.69), el tema fue tratado en forma más superficial que en la legislación precedente, ya que el art. 3, segundo párrafo, establecía un sistema de análisis caso por caso, por cada boca de pozo, a iniciativa del concesionario cuando la producción no fuera económicamente explotable, y facultando a la autoridad de aplicación para proponer al PEN el tratamiento a seguir. Curiosamente, el art. 98 de la L.H. no incluye la reducción de regalías entre los temas de jurisdicción privativa del PEN.

Para un mejor conocimiento del tema creemos interesante un análisis sobre la naturaleza jurídica de la regalía, esta institución peculiar del derecho de los hidrocarburos creada en 1935 en una época de dominio eminente dual (nación-provincias), y formando parte del Código de Minería pero no extensiva a otros yacimientos que no fueran los de petróleo.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGALÍA

a) La regalía de la ley 12.161

Como hemos visto más arriba, la regalía de la ley 12.161 y la de la Ley de Hidrocarburos actual son sustancialmente idénticas, excepto en lo referente al mínimo de la escala y en cuanto a la iniciativa del pago en especie.

Además, la ley 14.773 que nacionalizó la titularidad del dominio eminente de los hidrocarburos en 1958 mantuvo para las provincias la regalía del 12% del producto bruto, admitiendo teóricamente la posibilidad de una participación mayor a las provincias a determinarse por vía legislativa, lo que nunca llegó a cumplirse.

Con respecto al primer antecedente citado, el de la ley 12.161, hubo opiniones diversas sobre su naturaleza jurídica. El Dr. Eduardo Bidau entendía que no podía ser un impuesto, por cuanto ni en el Código de Minería ni en ninguno de los otros códigos pueden establecerse im-

puestos. En un artículo publicado en *La Ley*, tomo 44, pág. 213, titulado *Carácter jurídico de la contribución establecida por la Ley 12.161 de petróleo* decía el distinguido profesor:

"La regalía, **condición de la concesión**, emana del dominio originario sobre las minas que la Nación y las Provincias recibieron como sucesores de la Corona española, mientras que los impuestos, tasas y contribuciones resultan del poder impositivo que tiene el Estado."

Por ello se inclinó a considerarla un signo de la propiedad, un elemento del amparo como el canon minero. (El amparo es en el Código de Minería el mantenimiento de la propiedad minera por su explotación continua, o por el pago de un canon.)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Horacio Calderón c/Gobierno Nacional (*La Ley*, tomo 44, pág. 411), se inclinó por considerarla una condición de amparo como el Canon Minero al sostener:

"Con la misma facultad constitucional con que el Congreso dispuso en el artículo 269 del Código de Minería la obligación del **pueblo**, ha podido cambiarse la obligación por la del pago del canon anual por pertenencia mediante el artículo 2 de la ley 10.273, y luego modificar dicho canon por la ley 12.161 y establecer una contribución mayor en especie de un tanto por ciento del producto bruto siempre que con ella no se violen derechos del concesionario incorporados a su patrimonio."

Sin embargo, los autores del proyecto de ley recurrieron a la tesis de que era un impuesto para poder aplicar la regalía a las minas ya anteriormente concedidas. El miembro informante, senador Arancibia Rodríguez, respondiendo a un memorial presentado por las compañías impugnando el gravamen, dijo: "se trata de un impuesto fiscal con todos los caracteres de igualdad, generalidad y equidad que debe tener para que sea legal y constitucional. Se trata del ejercicio del poder político soberano que reclama una parte del patrimonio privado por razones de interés general con el objeto de atender las necesidades del Estado."

"De manera que no se trata de una participación en las ganancias ni de una confiscación, se trata simplemente del ejercicio de una facultad constitucional que pertenece por igual a la Nación y a las Provincias." (*Diario de Sesiones del Senado*: años 1930/32, tomo 11, págs. 222, 223, 225 y 226.)

El Ministro de Agricultura, presente mientras se discutía el artículo, explicó que para las concesiones vigentes en ese momento, funcionarían como impuesto, ya que no podrían establecerse regalías sobre minas concedidas bajo otras condiciones, pero que para las concesiones futuras sería algo más que un impuesto, sería una condición de la concesión.

Fue así cómo en la discusión en el Senado el Dr. de Tomaso, Ministro de Agricultura, propuso como fórmula conciliadora que se reemplazara la palabra "regalía" por "contribución", lo que fue aceptado por el miembro informante a nombre de la Comisión y luego aceptado por la Cámara de Diputados. (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 19/20 de septiembre de 1934, pág. 2751. Ver *El Régimen Legal del Petróleo* Antonio B. Toledo, Buenos Aires, 1939, pág. 243.)

Un prestigioso jurista, el Dr. Horacio Beccar Varela, analizó el problema de la regalía de la ley 12.161 en un libro que sirvió de tesis doctoral en 1945 y mereció el premio de honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El Dr. Beccar en su libro sobre la regalía de la ley 12.161, pág. 187, cita la opinión del senador Dr. Matienzo durante la discusión de la ley 12.161 en el sentido de la falta de poderes del Congreso para establecer impuestos en una ley reformativa del Código de Minería, concordando en ese sentido con la opinión citada más arriba vertida por el Dr. Bidau en el citado artículo de la revista *La Ley*, lógicamente muy posterior.

Reforzaba, además, el Dr. Beccar Varela su argumento de que la regalía no era un impuesto, basándose en que la ley 12.161 se había originado en el Senado de la Nación y no en la Cámara de Diputados a la cual "corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribución", conforme lo dispone el art. 44 de la Constitución (en la reforma se mantiene este texto pero cambiando la numeración por el art. 52). Por lo tanto no podía interpretarse que la regalía del art. 401 del Código de Minería fuera un impuesto, pues habría una nulidad formal que lo tornaría inconstitucional.

A pesar de esta objeción, un año más tarde la Cámara Federal de la Capital (in re Cía. Argentina de Comodoro Rivadavia S.A. y Cía. Ferrocarrilera de Petróleo S.A. c/Gobierno Nacional, diciembre 16 de 1946; *La Ley*, tomo 45, pág. 185), sostuvo que "el hecho de que en la iniciación de la ley 12.161 incluida en el Cód-

igo de Minería no se haya observado el precepto constitucional del artículo 44, no puede determinar la nulidad de la misma, pues dicha disposición de la Constitución crea un privilegio para la Cámara de Diputados que ese cuerpo es quien debe defender y cuidar, pero si la misma Cámara ha contribuido con su voto a la sanción, sin hacer cuestión sobre su facultad de iniciativa, al Poder Judicial no le corresponde pronunciarse sobre ello, pues la ley no deja de ser tal porque se haya invertido el orden en el que cada Cámara debió considerarla." (Citado en *Jurisprudencia Minera*, pág. 76, A. Silenzi di Stagni, Buenos Aires, 1950.)

Otra interesante observación del Dr. Beccar Varela era que conforme al art. 401, párrafo 5 del Código de Minería, el impuesto debía ser, en principio, pagado **en especie en los lugares de embarque** (era facultad del Estado recibir su equivalente en efectivo).

Para el Dr. Beccar Varela que se hacía eco de una observación del senador Sánchez Sorondo formulada durante la discusión en el Senado, esto era de muy dudosa validez constitucional y citaba en su apoyo un fallo de la SCN en tomo 173, pág. 348, relativo a un caso de una obligación de entregar partes de menor valor de animales faenados por el concesionario de un frigorífico estatal (ob. cit. pág. 177). Seguía la SCN la doctrina de los tratadistas Zeje y Freund en el sentido de que los impuestos y tasas deben ser pagados en dinero efectivo.

Como se sabe, el art. 60 de la ley 17.319 invierte el criterio del artículo 401 del Código de Minería en cuanto al pago en especie.

Por las razones precedentemente expuestas y por otras que sería excesivo enumerar dado el objeto de este artículo, el Dr. Beccar Varela llegaba a la conclusión de que la regalía de la ley 12.161 es una condición de la concesión minera, y ello a pesar de que consideraba que en la discusión parlamentaria se había llegado a un verdadero galimatías al sostener un criterio dual o bifronte según fueran propiedades mineras existentes o futuras (ob. cit. pág. 200). Cita además en refuerzo de su tesis las sucesivas leyes de presupuesto nacional en las que la referencia es a regalías y no a impuestos, leyes 12.344, 12.345, 12.630, 12.578, etc. (pág. 213).

Otros autores, por ejemplo el Dr. Antonio B. Toledo (ob. cit. pág. 239) sostuvieron la misma tesis del Dr. Beccar Varela, pero precisando el concepto de que se trataba de una participación del Estado como propietario originario.

b) La regalía petrolera en la ley 17.319

El art. 59 de la Ley de Hidrocarburos, que tiene una norma de reducción del porcentaje más generosa que la ley 12161 es asimismo un tanto más preciso que el art. 401 del Código de Minería.

En efecto se refiere concretamente a la productividad, terminología más precisa que "clase y características del yacimiento", según la descripción del citado artículo del Código de Minería.

Es verdad que el art. 16 del decreto reglamentario 112.785 de 1942 ya citado, introdujo una normativa de mayor precisión y una escala de puntaje de reducción que implicaba una suerte de automatismo de calificación que significó un progreso, teniendo en cuenta la época, al introducir la noción de una especie de escala móvil (*sliding scale*) que permitía dar transparencia para resolver los requerimientos de los concesionarios.

La Ley de Hidrocarburos no ha sido reglamentada claramente en este aspecto, correspondiendo según el art. 59 al Poder Ejecutivo la resolución de este punto en forma individual. Es probable que ello se deba al escaso tiempo transcurrido desde la "revitalización" de las concesiones por el decreto 1055/89 (art. 5 y concordantes), ya que hasta el momento se había usado el mecanismo contractual de la propia ley básicamente mediante el PLAN HOUSTON. El decreto 1671/69 sobre procedimiento para liquidación de regalías no trató este tema tampoco con la nitidez de la legislación anterior.

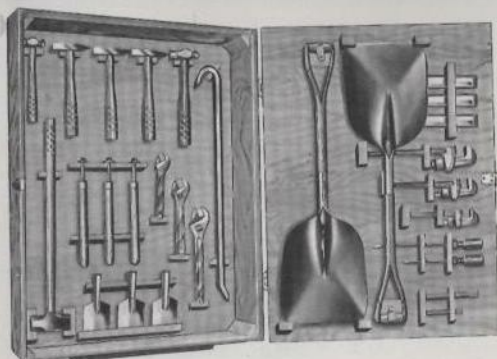
Es, sin embargo, incontestable que la mente legislativa ha sido la de tener un tratamiento diferencial para los yacimientos de baja productividad. En la exposición de motivos se expresa:

"Se legisla sobre las regalías ... **con un criterio que propende a estimular la explotación de los yacimientos de bajo rendimiento.**"

Y por ello la reducción del porcentaje hasta un mínimo del 5% es necesariamente aplicable a un yacimiento de los comprendidos en el régimen del decreto 1055/89, art. 20, o sea aquellos yacimientos de escasas reservas que fueron cedidos a las provincias.

De lo contrario, una tasa alta de regalía constituiría una pesada carga de explotación que desestimula la producción y al transcurrir el tiempo lleva a anticipar el abandono del yacimiento por falta de rentabilidad. Ello es tan así como que la Ley de Hidrocarburos no permite las deducciones especiales por agotamiento de reservorios (*depletion allowance*) que permiten, entre otras, las legislaciones estadounidense y francesa.

Ampco Safety Tools



DE LUCA E HIJOS S.A.

Solamente Herramientas
de primera calidad

Llaves de golpe y Herramientas según plano

HERRAMIENTAS
ANTICHISPAS



Neuquén 1694/98 - (1406) Buenos Aires
Tel.: 632-7474 - Fax: 632-7713

Cabe señalar que en el sistema de la Ley de Hidrocarburos, aunque se incluye a la regalía entre los tributos del Título II, Sección VI de la ley, tiene también las características de amparo minero al disponerse la caducidad de la concesión por el no pago en término, al igual que el canon anual respectivo (art. 80, inc. b). Curiosamente ésta es una diferencia con la regalía del art. 401 del Código de Minería que grava las antiguas concesiones mineras.

Como señala el Dr. E. F. Catalano en su "Código de Minería Comentado" (pág. 380, Bs. As., 1975) la hermenéutica de la ley permite deducir que la regalía de la ley 12.161 no constituye una condición de amparo, autorizando sólo al acreedor estatal a ejecutar el crédito, pero no a pronunciar la caducidad de la concesión. (Como se ha dicho más arriba, la condición de amparo es en derecho minero, el mantenimiento de la titularidad de una concesión minera antiguamente por la realización de trabajos de laboreo, el llamado "pueble", sustituido desde 1914 por el pago al Estado concedente de una suma de dinero prefijada denominada canon minero.)

Vale decir que la regalía de la Ley de Hidrocarburos tiene un carácter aún más híbrido que la regalía de la ley predecesora.

Además, hay que tener en cuenta que en el sistema de la ley 17.319 la regalía funcionaba como un anticipo del impuesto especial a la renta creado por el art. 56. En efecto el dicho art. 56, párrafo c) VII estipulaba la deducción del importe correspondiente a las regalías previstas en los arts. 59 y 62, o sea el sistema llamado internacionalmente *credited royalty* (ver *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreement* - Keith W. Blinn et al, Barrows, New York, 1987, pág. 231). Vale decir que el sistema fiscal de la ley 17.319 al crear el impuesto especial a la renta del 55% que englobaba el total de la participación gubernamental era fiscalmente más beneficioso para el concesionario al computar la regalía como pago a cuenta. Al abandonarse el sistema para las concesiones en 1989, entre otras razones por el cambio de la estructura impositiva, p. ej. supresión del impuesto a las ganancias eventuales etc., aumenta indirectamente la participación estatal, el llamado *government take*, en la terminología del derecho anglosajón de los hidrocarburos.

"Esta circunstancia, o sea la no integración de la regalía como parte de un paquete fiscal, al no considerarse como un anticipo, me induce a pensar que la naturaleza jurídica de este instituto es actualmente la de una coparticipación del titular del dominio eminente (Nación, Provincia) basada en la concesión de la explotación de un recurso propio no renovable."

Este cambio por el que la regalía entre otros elementos pasa a ser parte del costo del productor, y como tal deducible para el cálculo del monto imponible a las ganancias futuras constituye el sistema denominado internacionalmente como "*expensed royalty*" adoptado por todos los países industrializados y la propia OPEP. Esta basó su argumentación en el tratamiento dado en los Estados Unidos por el Internal Revenue Service a las regalías petroleras que no se consideran como formando parte del *Income Tax* (ver M. Al Otaiba *OPEC & the Petroleum Industry*, J. Wiley & Son, N. York, 1976, págs. 141/147).

LEGISLACIÓN COMPARADA

En general se puede decir que en los países

que usan el sistema de concesiones en el derecho de los hidrocarburos, se estimula la explotación de yacimientos marginales por medio de la reducción de las tasas de regalías, las que también varían de porcentaje en función de la variación de los precios del crudo en algunos casos. Gordon Barrows en un capítulo del libro *Petroleum Investment Policies*, compilación de N. Beredijk y T. Wäde, ed. Graham & Trotman, Londres, 1990, págs. 255 y ss. cita el caso de Dinamarca y Holanda en 1986.

En la obra anteriormente citada de K.W. Blinn y otros con prefacio del Dr. Shihata, vicepresidente y General Counsel (Asesor Legal) del Banco Mundial, al tratar el tema, (pág. 228) manifiesta:

"Muchos países han diseñado una diversidad de esquemas para evitar el efecto distorsivo de altas regalías de tasa fija. Un método es el de establecer tasas flotantes (*sliding scales*) para las regalías que se ajustan hacia arriba cuando sube la producción, y hacia abajo cuando decrece."

Y cita como ejemplo el Decreto Real Noruego de 1982 y el decreto N° 81-372 del 15 de abril de 1981 del gobierno francés.

En el Reino Unido donde la tasa básica es la generalizada internacionalmente del 12,5% (un octavo), ha habido un incentivo importante desde 1983 para los yacimientos nuevos, que fue dispuesto por el *Petroleum Royalties (Relief) Act* de 1983. Allí se suprimió el pago de la regalía tanto en especie como en efectivo para todo yacimiento que fuera autorizado a explotarse en forma comercial a partir del 1 de abril de 1983, con excepción de los yacimientos en tierra y los yacimientos *offshore* en la cuenca sur del Mar del Norte (ver Peter Cameron *Petroleum Licensing, a Comparative Study* ed. Financial Times, Londres, 1986, pág. 28.)

Y como ejemplos más recientes podemos citar, entre otros, el caso de China, para los yacimientos en tierra donde la regalía es 0 para las primeras 50.000 toneladas métricas, 1% entre 50 a 100.000 tism., 2% entre 100 a 150.000 tism., 3% entre 150 a 200.000 tism., 4% entre 200 a 300.000 tism., etc. Y ello siendo China el quinto productor mundial de petróleo (ver estudio de Brian Chi *Onshore Petroleum Exploration in China*, publicación del estudio jurídico de Allen & Overy, Hong Kong 1994, en *Petroleum Economist*, septiembre 1994, pág. 26 y ss.)

Y en nuestro propio continente sudamericano, Venezuela, miembro fundador de la OPEP, sexto productor mundial con una producción diaria de 2.500.000 bbls/d. anuncia que PDVSA (Petróleos de Venezuela) fijará una escala de reducción del pago de regalías para hacer más atractiva la inversión en campos petroleros de baja rentabilidad (Wall Street Journal 17 de octubre de 1994 *What's News* en La Nación de la misma fecha).

Los antecedentes expuestos indican la conveniencia de hacer efectivas las facultades del PEN otorgadas por la L.H. para evitar que queden en letra muerta disposiciones que en su momento, tanto en la ley actual como en la anterior tendieron a estimular la producción. Hay circunstancias de carácter técnico que lo aconsejan.

En efecto, la explotación de yacimientos en áreas alejadas, no disponiendo de oleoductos para la evacuación del crudo, o de reducidas dimensiones, o con altos porcentajes de sedimentos puede resultar tan onerosa que a medida que se avance en la explotación, y sea nece-

sario inyectar agua o productos químicos para mejorar la extracción del petróleo *in situ* por recuperación secundaria o asistida, la explotación puede llegar a convertirse en antieconómica y forzar el abandono del yacimiento por el concesionario. Por ello es conveniente, y lo establece la ley, la posibilidad de reducción de las regalías para disminuir en casos especiales la incidencia de los costos fijos. Un caso típico será el de las áreas marginales cedidas a las provincias en virtud del art. 20 del Decreto 1055/89.

Creemos que la solución estaría en un decreto reglamentario que modernizara las disposiciones vagas del art. 2 del Decreto 1671/69 estableciendo para mayor simplicidad y transparencia un sistema de puntaje del tipo del Decreto N° 112.785 de 1942 que aún rige para las concesiones antiguas del Código de Minería que pagan la regalía en efectivo a la tasa del 8%. Es evidente que si hay yacimientos en producción bajo el viejo régimen a perpetuidad desde hace más de 70 años, ello debe hacer flexionar en la conveniencia de que el régimen que la sabia ley 17.319 estableció para estimular la producción de yacimientos marginales no debe quedar en letra muerta. Los ejemplos citados de legislación comparada mucho más moderna abonan este aserto. Quizás lo mejor sería ir a una escala proporcional a la producción neta (*sliding scale*). Ello permitirá cumplir con el criterio de productividad eficiente que prescribe el art. 31 de la L.H. que considera a las reservas como un concepto económico y no meramente minero - la llamada en la industria extractiva de los Estados Unidos *maximum efficient rate of production* (MER). Esto es necesario para, como dice la ley, "una conveniente conservación de las reservas".

Aún en el caso de que para dar mayor libertad a las provincias por la transferencia de yacimientos se eliminara en el proyecto de reformas a la L.H., la banda máxima y mínima de porcentajes de regalías para petróleo y gas, siempre ha de ser conveniente la modificación reglamentaria sugerida, teniendo en cuenta que por largos años la explotación va a estar regida en gran parte por la legislación actual en virtud del art. 1 de la ley 24.145. Ello es así ya que la gradualidad de la transferencia del dominio público del Estado Nacional a las provincias tiene lugar a medida del vencimiento de los plazos legales y/o contractuales para las áreas asignadas a YPF y a las empresas privadas en las condiciones citadas en los inc. a), b) y c) del citado art. 1.

Pensamos que el tema es muy importante ya que no es solamente de aplicación a los yacimientos marginales sino a cualquier yacimiento en declinación que pudiera necesitar inversiones importantes para su reactivación.

En última instancia, en algunos casos se podría negociar la rebaja a cambio de compromisos de inversión, por ejemplo recuperación secundaria, y si los precios lo permitieran, las costosas tecnologías de recuperación asistida.

Finalmente habría que tener en cuenta en cualquier reforma que las reducciones de regalías sean efectuadas habiendo pasado un lapso razonable de manera que si ha habido concursos para el otorgamiento de concesiones no se afecten derechos de terceros, oferentes en su momento. Normalmente, por lo largo de los períodos de exploración, parecería hipotético que surja el caso.