

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO EN LA LEGISLACIÓN DE HIDROCARBUROS BOLIVIANA

Por: *Martín Añez Rea*
Gerente de Asuntos Jurídicos
REPSOL YPF BOLIVIA S.A.

Hasta que en enero de 1990, cuando a través del Decreto Supremo N°22407 nace legalmente el contrato de riesgo compartido asimilando su tipología al contrato internacionalmente conocido como *Joint Venture*, nuestra legislación contenía una figura jurídica denominada “Asociación Accidental o de Cuentas en Participación” (Código de Comercio, Artículos 365 al 371), que si bien se encuentra vigente pero no es muy utilizada en la practica dada la presunción legal de responsabilidad solidaria e ilimitada, la misma contiene los caracteres principales que constituyen la esencia del Riesgo Compartido.

Aspectos como: la atribución de responsabilidades y tareas, ausencia de formalidades, inexistencia de personalidad jurídica, temporalidad, etc., son factores comunes que encontramos en ambos tipos contractuales. Sin embargo, los problemas de fondo que se presentan en el Decreto Supremo N°22407 le restan bastante valor a éste tipo contractual, ya que –por ejemplo- confunde socios con asociados, señala que no es una persona jurídica pero requiere que se le dé un nombre al contrato, tener domicilio y que se lo inscriba en el Registro de Comercio para tener efectos ante terceros, apoderamiento del operador, etc.

Consideramos que el Decreto Supremo citado tuvo como espíritu inicial su desarrollo dentro de la industria minera, lo cual se puede inferir de la lectura de los Artículo 46 y 51; los cuales disponen que este contrato sea registrado ante el Registro de Minería y ante la Notaria de Minas de la jurisdicción que corresponda (recordemos que hasta su extinción, ésta oficina publica también tenía competencia sobre las actividades de la industria hidrocarburífera y se denominaba “Notaria de Minas y Petróleo”).

En 17 de septiembre de 1990, bajo el N°1182, se publica la Ley de Inversiones, la misma que eleva a través de sus Artículos 16 al 19 la categoría jurídica del contrato de riesgo compartido, pero que no

aporta en nada el esclarecimiento de los antes mencionados problemas de fondo; es más, ni siquiera se menciona como referencia al Decreto Supremo N°22407.

Posteriormente, a través del Reglamento General de la Ley Forestal, vigente mediante el Decreto Supremo N°24453 del 21 de diciembre de 1996, también se reconoce la existencia legal de los contratos de riesgo compartido, pero en nada colabora a su comprensión jurídica al tenerlo en cuenta solamente para una posible relación entre el titular del derecho forestal con terceros; por otro lado, no hace mención alguna sobre cuál es su base jurídica, si el Decreto Supremo N°22407 o la Ley de Inversiones.

El Código de Minería (Ley N°1777 del 17 de marzo de 1997) señala en sus artículos 17 y 76 al 83 la aplicación del contrato de riesgo compartido para la realización de actividades conjuntas entre el titular de la concesión y cualesquier tercero; no obstante, es importante hacer notar que -bajo sanción de nulidad- el titular no puede transferir ni arrendar total o parcialmente la concesión minera a través del referido contrato, lo cual limita bastante la utilización de éste tipo de contratos en la industria minera. Por otro lado, lo interesante de éste dispositivo legal es que sin mencionar al Decreto Supremo N°22407, toma muchos de sus conceptos para configurar la base del contrato; asimismo, no se refiere a la Ley de Inversiones.

El problema se traslada a la actual Ley de Hidrocarburos N°1689, vigente desde el 30 de abril de 1996 (en adelante “LH”), ya que la misma establece que el relacionamiento entre los privados y el Estado para la exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos será mediante contratos de riesgo compartido celebrados con YPFB, y encontramos en el Artículo 8 de Definiciones que éste contrato tiene su base legal en la antes mencionada Ley de Inversiones, no haciendo mención alguna al Decreto Supremo N°22407.

Realizando un análisis de lo que en realidad representa el contrato de riesgo compartido en la industria hidrocarburífera boliviana, podemos decir que su naturaleza jurídica se encuentra afectada por como se encuentra legislado el mismo. Al respecto, a continuación revisamos la misma desde una perspectiva legal y practica.

✍ **Según los requisitos de formación.-** Está clasificación, que es una de las más importantes, se hace atendiendo al modo de formarse un contrato y a su perfeccionamiento.

El contrato de riesgo compartido es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el consentimiento o acuerdo de voluntades de las partes participantes, el Titular e YPFB. Asimismo, es un contrato que requiere la solemnidad del caso; ya que el Artículo 18 de la LH establece que este contrato deberá ser celebrado mediante escritura Publica, además que cada contrato señala que su Fecha Efectiva será computada desde la fecha de protocolización notarial del mismo, aunque el plazo sea diferente, pues el mismo podría comenzar con anterioridad ante la conversión de dicho contrato.

✍ **Según los requisitos de fondo.-** El mismo Artículo 18 de la LH establece que el contrato de riesgo compartido debe tener como mínimo y bajo sanción de nulidad, una serie de cláusulas referidas principalmente a: (i) garantía de cumplimiento; (ii) área aportada por YPFB; (iii) la participación de YPFB y regalías; y, (iv) UTEs comprometidas.

En la practica, se trata de un contrato previamente redactado por YPFB, invariable en sus cláusulas y condiciones tanto en su cuerpo principal como en sus anexos y forma parte del pliego licitatorio, teniendo el Titular un escaso margen de negociación, por no decir inexistente; es decir, se trata de un contrato de adhesión.

✍ **Por el número de las partes que quedan obligadas.-** Para hacer esta clasificación no se atiende al número de obligaciones que crea el contrato, sino al número de personas que quedan obligadas en el momento de su formación. Es así que podemos decir que el contrato de riesgo compartido es un contrato bilateral donde los derechos y obligaciones de ambas partes, Titular e YPFB, están vinculadas entre sí.

Cabe señalar que el Titular se puede presentar como una pluralidad de partes, pero aun así la denominación legal es en singular (tanto en la LH como en la definición de los diferentes contratos suscritos), las cuales nombran un Operador para que las represente y comparten el riesgo de las actividades hidrocarburíferas de manera proporcional a su participación, lo cual es establecido, entre otras cosas, en otro contrato que las vincula denominado *Joint Operation Agreement* o JOA, el cual se nutre de la misma esencia de los contratos de *Joint Venture*, pero que será objeto de otro análisis.

✍ **Por la utilidad que reportan a los contratantes.-** Para calificar un contrato de oneroso, no se atiende a la reciprocidad de obligaciones que genere, sino a la reciprocidad de beneficios que comporte.

Basta que ambos contratantes obtengan utilidad del contrato, aunque en nuestro caso la practica engendre obligaciones de hacer y de dar a cargo solamente de uno de ellos, el Titular.

Así, en el caso del contrato de riesgo compartido, el Estado a través de YPFB aporta solamente el Area y recibe ingresos por concepto de Patentes, Regalías y Participaciones, además de los Fondos de Cooperación establecidos contractualmente. Por su parte y además de las Patentes, Regalías, Participaciones y Fondos de Cooperación antes mencionados, el Titular aporta la realización de las UTEs y recibe el derecho de explotar y comercializar los hidrocarburos que logre extraer luego de haber declarado un Descubrimiento Comercial.

✍ **Por la duración del cumplimiento de la obligación.** - Es un contrato de tracto sucesivo, ya que no se reduce a una operación llevada a cabo en un solo momento en el tiempo, si no que se lleva a cabo a través del cumplimiento de operaciones sucesivas que se desarrollan a lo largo del tiempo pactado en el contrato, el cual no puede superar los 40 años (Artículo 23 de la LH), salvo extensión de hasta 10 años adicionales en caso de retención de un área de explotación (Artículo 30 de la LH).

Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que se trata de un contrato caracterizado por el principio de continuidad y permanencia en las partes; excepto que una de las partes que componen el Titular subrogue total o parcialmente su participación en el contrato, previa aprobación de YPFB.

✍ **Por las reglas de la interpretación de los contratos.**- Ya que el contrato de riesgo compartido es relativamente nuevo y poco reglamentado en el ordenamiento jurídico boliviano, parte de sus términos y condiciones surge de la creatividad de las partes sobre la base de la autonomía de la voluntad con la que cuentan y la libertad contractual reconocidas por el Código Civil en su Artículo 454.

Sin embargo, consideramos que ello se ve afectado en gran medida ante la característica de adhesión que tiene este contrato, ya que es la única forma como una empresa puede adquirir los derechos de explorar, explotar y comercializar hidrocarburos en Bolivia (segundo párrafo del Artículo 1 de la LH); sin embargo, podemos afirmar que el consentimiento es la expresión de ésta libertad contractual mencionada.

Asimismo, cabe mencionar que cualesquier controversia entre YPFB y el Titular, incluyendo la interpretación del contrato, debe ser sometida a arbitraje (Artículo 16 de la LH).

✍ **Por su causalidad.-** Podemos afirmar que la causalidad del contrato de riesgo compartido no tiene como sustento la *affectio societatis* (Equity Joint Venture); es decir, las partes no buscan asociarse entre sí, ni formar una nueva persona jurídica diferente a ellas. Además que la legislación Boliviana requiere necesariamente la adaptación a una figura societaria establecida en el Código de Comercio para reconocer la existencia de la misma (Artículos 126 y 137).

No obstante y a efectos tributarios, se podría entender a éste contrato como una unidad económica diferente a la de sus partes, ya que actualmente los Titulares de los diferentes contratos han culminado la tramitación de los RUC-RC para cada Bloque Hidrocarburífero, en virtud de la Resolución Ministerial N°935 del Ministerio de Hacienda de fecha 19 de julio de 1999 y la Resolución Administrativa N°05-0025-00 del Servicio Nacional de Impuestos Internos de fecha 5 de julio de 2.000 (cuyo antecedente también lo encontramos en las Resoluciones Administrativas de la Dirección General de Impuestos Internos Nos. 05-506-97 y 05-1884-97, para los contratos de riesgo compartido en general).

Por otra parte, la causalidad de éste contrato podría estar enmarcada dentro del *animus contrahendi* (Non-equity Joint Venture), al ser eminentemente una relación contractual la que establecen las Partes; sin embargo, ante lo dispuesto por el Decreto Supremo N°22407 y la Ley de Inversiones, podría parecer como si las partes estuvieran relacionándose societariamente, para lo cual es necesario que la causalidad que vincula a las partes sea por el *affectio societatis* como lo mencionamos anteriormente.

En definitiva, consideramos que por la causalidad el contrato de riesgo compartido es un híbrido y, por lo tanto, podría entenderse como mixto ya que es esencialmente contractual, pero con algunos ingredientes extraídos del Derecho Societario, que se presentan con mayor evidencia en los JOAs (por ejemplo: cuenta conjunta, sistema de votación, reuniones técnicas y operativas, etc.).

Conclusión.- Si bien YPFB no tiene responsabilidad alguna, ni solidaria ni mancomunada con relación al objeto mismo del contrato (Artículo 3 de la LH), lo cual tampoco ocurría cuando existía el Contrato de Asociación bajo la Ley de Hidrocarburos N°1194 del 1° de noviembre de 1990, consideramos que su único aporte principal es el Área de Contrato y ello ya puede entenderse como consolidación de sus

obligaciones bajo el riesgo compartido, aunque el riesgo verdadero en cuanto a la inversión en la exploración, producción y búsqueda del mercado lo asume el Titular. Podría también ser posible el estudio del riesgo compartido desde una perspectiva de contrato administrativo como una simple concesión; sin embargo, al considerarse como aporte de YPFB el Area, lo anterior quedaría desvirtuado dentro del espíritu que persigue la utilización de la figura jurídica analizada.

Siguiendo lo anterior, se cumple el precepto constitucional que señala que los yacimientos de hidrocarburos son de dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado (Artículo 139 de la Constitución Política del Estado y 1 de la LH); otorgándose a YPFB la facultad de contratar con privados la exploración, explotación y comercialización.

Cabe señalar también que, durante la etapa de exploración, el Titular debe reembolsar anualmente a YPFB los depósitos que éste último realiza al Banco Central de Bolivia en calidad de Patentes por las hectáreas retenidas a efectos de realizar trabajos exploratorios, y también el Titular tiene la obligación de desembolsar un monto fijo anual bajo los denominados Fondos de Cooperación establecidos en cada Contrato de Riesgo Compartido, a efectos de satisfacer los gastos de capacitación, infraestructura y mejoramiento tecnológico-administrativo de YPFB.

Asimismo, cuando se realiza un descubrimiento comercial, el Titular tiene obligaciones de pago ante el Estado que ascienden al 18% de los ingresos por la producción de hidrocarburos nuevos y un 50% cuando los hidrocarburos son existentes. Es decir, el Estado participa de las ganancias generadas a través del Contrato de Riesgo Compartido, pudiéndose considerar que éste retorno tiene base contractual en el Riesgo Compartido que tiene con el Titular mediante YPFB.

Finalizando éste somero análisis, podría parecer como si ingresáramos a “arenas movedizas”, jurídicamente hablando, ya que no se presenta con absoluta claridad cuál es la naturaleza jurídica de los contratos de riesgo compartido. No obstante, no se trata de aplicar una solución análoga a la “cama de Procusto”, ya que jurídica y legalmente podemos utilizar la libertad contractual hasta donde nos sea permitido negociar con el Estado.

Si con la lectura del presente artículo logramos originar algunas dudas, ya sea en cuanto al tema central o sobre la temática conexa, consideraremos que nuestro objetivo ha sido alcanzado.

Bibliografía básica consultada:

1. Boggiano, Antonio; CONTRATOS INTERNACIONALES; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1990.
2. Colaiacovo, Juan Luis / Avaro, Rubén Daniel / Rosado de Sa Ribeiro, Marilda / Narbona Veliz, Hernán; JOINT VENTURES; Ediciones Macchi; Buenos Aires, 1992.
3. Fernández Rozas, Juan Carlos; DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL; Editorial EUROLEX S.L.; Madrid, 1996.
4. Le Pera, Sergio; JOINT VENTURE Y SOCIEDAD; Editorial Astrea; Buenos Aires, 1989.
5. Sierralta Ríos, Aníbal; JOINT VENTURE INTERNACIONAL; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1996.
6. Morales Guillén, Carlos; CÓDIGO DE COMERCIO, Concordado y Anotado; Editorial Gisbert & Cia.; La Paz, 1993.
7. Velásquez, Francisco Javier; EL CONTRATO DE JOINT VENTURE; Editorial Jurídica CONOSUR Ltda.; Santiago, 1997.