

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Garantías de estabilidad en los Contratos para la Exploración y Explotación de
Hidrocarburos en el Perú: la necesidad de un nuevo enfoque**

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:

Diego Leiva Calderón

Asesor:

Mg. Pedro Fernando Gamio Aita

Lima, 2022



PUCP

Sistema
de Bibliotecas

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **PEDRO FERNANDO GAMIO AITA**, docente de la Facultad de DERECHO de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

GARANTÍAS DE ESTABILIDAD EN LOS CONTRATOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ: LA NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE.

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as):

DIEGO LEIVA CALDERÓN

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 02/02/2023
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 31 de enero de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: GAMIO AITA, PEDRO FERNANDO	
DNI: 07818376	Firma 
ORCID: 0000-0001-7280-3468	

RESUMEN EJECUTIVO

La industria de los hidrocarburos es una pieza fundamental para el desarrollo del país, principalmente por el impacto que tienen –o pueden llegar a tener– en la economía interna. Al ser proyectos de gran envergadura, para explorar y explotar estos recursos se requiere de grandes inversiones de capital; por lo que, las compañías petroleras antes de realizar inversiones de este tipo en un determinado Estado, evalúan si éste otorga garantías que doten de suficiente estabilidad al desarrollo de la actividad económica interesada. Es en dicho marco que los Estados otorgan “garantías de estabilidad”, las cuales –asimismo– se constituyen como un factor de incentivo para promover la inversión privada en país.

En el Perú, la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos [LOH], vigente desde 1993, regula las siguientes garantías de estabilidad: (i) garantía de inmodificabilidad de los Contratos de Licencia y de Servicios; y, (ii) garantías de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario. Al respecto, se advierte un doble problema en cuanto a estas garantías de estabilidad, a saber: en primer lugar, tras haber pasado poco más de 28 años –desde 1993–, estas garantías no responden a los actuales intereses de las empresas petroleras, las cuales ya no solo buscan asegurar la intangibilidad contractual, sino también la tutela de intereses patrimoniales, como la estabilidad económica del contrato. Y, en segundo lugar, la garantía de estabilidad tributaria genera excesiva rigidez en los Contratos, al evitar que a éstos se les puedan aplicar normas tributarias emitidas durante luego de su celebración, aún cuando tales cambios legislativos supongan mayores beneficios que el régimen estabilizado.

En atención a lo anterior es que formulamos una propuesta de garantía de estabilidad, la cual hemos denominado: “Cláusula de Estabilidad Dinámica”. Por su diseño, esta garantía de estabilidad es capaz de generar beneficios tanto para el Estado como para la empresa petrolera contratista. En cuanto al Estado, le permite desarrollar su industria hidrocarburífera, y fortalecer su economía. De otro lado, para la empresa petrolera contratista: le asegura que su situación patrimonial –respecto del Contrato– no empeorará ante la ocurrencia de cambios normativos; y, en tanto no “congela” ningún régimen jurídico, contempla la posibilidad de que el contratista pueda estar en una mejor situación económica que aquella que mantenía inicialmente. Asimismo, garantiza la intangibilidad del contenido del Contrato.

Dedicado a:

*A mis padres y hermano,
por su guía, cariño,
constante apoyo y motivación.*



AGRADECIMIENTO

Mi especial agradecimiento al profesor Pedro Gamio Aita, por su asesoría en la elaboración del presente trabajo de investigación; por su apoyo, crítica y retroalimentación en los temas abordados en esta tesis.



TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	8
II.	HIDROCARBUROS: SU NATURALEZA Y LA CADENA DE VALOR DE SUS ACTIVIDADES	16
III.	PRINCIPALES SISTEMAS DE CONTRATACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL MUNDO	21
1.	Sistema de concesiones o de regalías y/o impuestos	24
a.	Clásicas concesiones	24
b.	Modernas concesiones	26
2.	Sistemas contractuales	29
a.	Los Contratos de Producción Compartida	29
b.	Los Contratos de Servicios	32
IV.	LOS CONTRATOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ	36
1.	Una transformación progresiva: los principales antecedentes históricos normativos del sector hidrocarburos en el Perú durante el último siglo.....	36
2.	Un cambio necesario: el régimen establecido en la Ley Orgánica de Hidrocarburos	44
3.	El sistema de contratación para el desarrollo de Actividades de Exploración y Explotación de hidrocarburos establecido en la LOH	47
a.	Contrato de Licencia	51
b.	Contrato de Servicios.....	53
V.	LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIDAD O STABILIZATION CLAUSES....	58

1.	Clásicas Cláusulas de Estabilidad o Classic Stabilization Clauses.....	61
a.	Cláusulas de Congelamiento o Freezing-Out Clauses.....	61
b.	Cláusulas de Intangibilidad o Intangibility Clauses	64
c.	Clásicas Cláusulas Híbridas o Hybrid Clauses	66
2.	Modernas Cláusulas de Estabilidad o Modern Stabilization Clauses.....	67
a.	Cláusulas de Equilibrio Económico o Economic Equilibrium Clauses.....	68
b.	Cláusulas de Asignación de la Carga o Allocation of Burden Clauses	78
VI.	ALCANCES DE LA ESTABILIDAD CONTRACTUAL EN EL PERÚ	81
1.	Cuestión previa: algunos antecedentes relevantes sobre la relación entre el Estado y la empresa privada en el sector hidrocarburos.....	81
2.	Los Contratos-Ley: un garantía a la inversión privada.....	85
a.	Garantías de estabilidad normativa dispuestas en el Decreto Legislativo N° 662, Decreto Legislativo N° 757, y la Ley N° 27342	87
b.	Garantías de estabilidad normativa dispuestas en la Constitución Política de 1993 y en el Código Civil de 1984	90
3.	Garantías de estabilidad reguladas en la LOH.....	94
a.	Garantía de inmodificabilidad de los Contratos	95
b.	Garantía de estabilidad sobre regímenes normativos	97
4.	Garantías de estabilidad otorgadas en Contratos de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.....	104
VII.	NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE EN LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD APLICADA A LOS CONTRATOS PARA LA EXPLORACIÓN Y/O EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ: UNA NUEVA PROPUESTA.....	109

1.	Las garantías de estabilidad en el sector hidrocarburos (upstream) peruano y la necesidad de un cambio	109
2.	Formulación de un nuevo tipo de cláusula de estabilidad	114
VIII.	CONSULTA PREVIA Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL EN EL SECTOR HIDROCARBUROS	137
IX.	CONCLUSIONES FINALES Y RECOMENDACIONES	153
X.	REFERENCIAS.....	162

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1:	Clasificación de las Actividades de Hidrocarburos.....	18
Tabla 2:	Clasificación de las Actividades de Hidrocarburos.....	18
Tabla 3:	Diferencias entre Contratos de Licencia y Contratos de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la LOH (1993)	55
Tabla 4:	Comparativo entre Cláusulas de Estabilidad Económica-Financieras en Contratos de APP y PA, y los Convenios de Estabilidad Jurídica regulados en los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757.....	106
Tabla 5:	Diferencias entre Consulta Previa y Participación Ciudadana.....	142

I. INTRODUCCIÓN:

Es bien conocido que los hidrocarburos –petróleo y gas– son una de las principales fuentes de energía en el mundo, para cuya exploración y explotación se requieren de grandes inversiones de capital y de otros recursos, tales como: personal, maquinarias, equipos, tecnologías, entre otros. Así pues, estas actividades de exploración y explotación pueden ser realizadas directamente por el Estado; o, como sucede generalmente, por sujetos privados nacionales o extranjeros –denominadas comúnmente como, compañías petroleras– a quienes el Estado les haya autorizado realizar dichas actividades de hidrocarburos sobre su territorio, dada la soberanía¹ que tiene sobre el aprovechamiento de sus recursos naturales.

En ese marco, uno de los principales factores que las compañías petroleras –privadas– evalúan antes de realizar inversiones de este tipo en un determinado Estado, es si éste –el Estado– otorga suficientes garantías que provean de estabilidad al desarrollo de la actividad económica que pretenden realizar, sin riesgo de limitaciones arbitrarias o contrarias al derecho. Ante ello, y con el propósito de fomentar la inversión privada en este sector, los Estados suelen otorgar diversos tipos de garantías a quienes realicen actividades económicas en su territorio, tales como, entre otras, las denominadas “garantías de estabilidad”; las cuales usualmente son reguladas en la legislación interna de cada Estado, a efectos de dotarlas de mayor fuerza y exigibilidad. No obstante, algunos Estados han optado por concederlas en los contratos suscritos con

¹ La soberanía es un haz de competencias, capacidad y decisión última del Estado en su territorio. La soberanía se muestra en dos facetas: una interna, referida a las relaciones existentes entre el Estado y los sujetos; así como, una faceta externa, concerniente a la relación existente entre los diversos Estados (Kresalja, 2015, pp. 23-26). En lo que respecta al presente trabajo, nos ocupa la soberanía interna del Estado.

dichas compañías petroleras, sin perjuicio de no haber regulado previamente estas garantías en alguna norma jurídica de su ordenamiento interno.

Doctrinariamente se señala que las garantías de estabilidad surgieron en respuesta a la posibilidad latente de que el Estado modifique unilateralmente los términos de los contratos, a su favor y en perjuicio del inversionista; razón por la cual, se buscó mediante este tipo de garantía asegurar –a los inversionistas– que los contratos no serían modificados y permanecerían “estabilizados” (Polkinghorne, s.f., p. 1). Posteriormente, en respuesta a las nuevas y distintas situaciones de aquellas que inspiraron su creación, se han diseñado diversos tipos de garantías de estabilidad, las cuales han sido –y son actualmente– plasmadas en los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos celebrados en diversos países del mundo.

Así pues, tales garantías de estabilidad son clasificadas en doctrina en dos grupos: por un lado, las clásicas cláusulas de estabilidad o *classic stabilization clauses*; y, por otro, las modernas cláusulas de estabilidad o *modern stabilization clauses*. En primer lugar, las clásicas cláusulas de estabilidad se conforman por: (i) las cláusulas de congelamiento o *freezing-out clauses*; (ii) las cláusulas de intangibilidad o *intangibility clauses*; y, (iii) las cláusulas híbridas clásicas o *hybrid clauses*. En segundo lugar, el grupo de las modernas cláusulas de estabilidad se integra principalmente por: (i) las cláusulas de equilibrio económico o *economic equilibrium clauses*; y, (ii) las cláusulas de asignación de la carga o *allocation of burden clauses*. Sin perjuicio de ser desarrolladas con mayor detalle en los capítulos siguientes, a modo de panorama introductorio conviene señalar en líneas generales las principales notas características de ambos grupos de cláusulas de estabilidad.

En primer lugar, las clásicas cláusulas de estabilidad se caracterizan principalmente por asegurar la inalterabilidad de los contratos en cuanto a sus términos y/o a la legislación que le es aplicable al momento de su celebración. Así, en el primer caso estaremos ante un tipo de garantía que asegura que los contratos solo podrán ser modificados por acuerdo entre las partes, quedando proscrita la posibilidad de ser modificados unilateralmente; mientras que, en el segundo caso, en las cláusulas de congelamiento la garantía se orienta a asegurar que determinados regímenes jurídicos aplicables al contrato al momento de su celebración permanecerán inalterables durante la vigencia de éste.

En esa línea, se le critica en doctrina a este grupo de clásicas cláusulas de estabilidad –concretamente, a las cláusulas de congelamiento– los efectos negativos que pueden generar en la situación de alguna o ambas partes del contrato. Dicha crítica radica en que la cláusula de congelamiento, al evitar que se le puedan aplicar al contrato los cambios legislativos producidos con posterioridad a su celebración, genera el riesgo de impedir que alguna o ambas partes se encuentren en una situación más beneficiosa producto de la aplicación de una norma (posterior) que les pueda ser favorable a sus intereses.

Por otro lado, las modernas cláusulas de estabilidad, a diferencia de las clásicas cláusulas, no tienen por objeto garantizar la inalterabilidad del contrato o de la legislación que le es aplicable, sino que, buscan garantizar la estabilidad o equilibrio de la situación económica entre las partes –principalmente la del privado– respecto del contrato. Así, por ejemplo, se dispone que en caso algún cambio en la legislación aplicable al contrato genere perjuicio económico a la empresa petrolera, las partes deberán compensar el daño o restituir el equilibrio económico a través de diversos

mecanismos establecidos en el contrato –tales como, la suscripción de una adenda o el pago de una indemnización–.

A este grupo de modernas cláusulas de estabilidad se les critica las dificultades que pueden generar durante el proceso de negociación para determinar la forma en cómo se compensará el daño o cómo se efectuará el restablecimiento del equilibrio económico; hecho que puede desencadenar el inicio de un conflicto entre las partes.

En lo que respecta al Perú, la Ley N° 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional (en adelante, indistintamente, “LOH” o “Ley Orgánica de Hidrocarburos”) dispone que las empresas petroleras que actúan como contratistas de los Contratos de Licencia o de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos (en adelante podrán denominarse de manera conjunta como los “Contratos”) se les reconoce las siguientes garantías de estabilidad: (i) garantía de inmodificabilidad del Contrato salvo previo acuerdo entre las partes; y, (ii) garantía de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario.

Así, en líneas generales, la garantía de inmodificabilidad de los Contratos regulada en el artículo 12 de la LOH (1993), dispone que los Contratos de Licencia o de Servicios únicamente podrán ser modificados de mutuo acuerdo entre ambas partes –Estado contratante y empresa petrolera contratista–; quedando, por tanto, proscrita cualquier posibilidad de modificación unilateral del Contrato por parte del Estado en ejercicio de su *ius imperium*. Por su parte, en segundo lugar, a través de las garantías de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario reguladas en los artículos 48 y 63 de la LOH (1993), así como en normas reglamentarias, el Estado asegura al contratista que la normativa tributaria y cambiaria vigente a la celebración del Contrato, le será válidamente aplicable –sin alteraciones– hasta la terminación del

mismo; en consecuencia, no le serán aplicables al Contrato aquellas normas jurídicas en dichas materias que se emitan con posterioridad a su celebración.

Estando a lo previamente señalado, es posible identificar que el actual diseño de las garantías de estabilidad reguladas en la LOH y normas reglamentarias, presentan un doble problema, a saber:

- En primer lugar, las actuales garantías de estabilidad fueron incorporadas con la LOH –norma que entró en vigencia en el año 1993–, bajo un contexto político-económico crítico que generaba inseguridad en las empresas para invertir en el país; motivo por el cual, estas garantías fueron establecidas en respuesta a dicho contexto, con el objetivo de recuperar la confianza de los inversionistas, y así promover una mayor participación en la industria hidrocarburífera nacional.

Tras haber transcurrido poco más de 28 años, la situación es distinta. Las compañías petroleras ya no solo buscan asegurar que el Estado no modifique unilateralmente los contratos; sino también, actualmente persiguen la tutela de intereses de carácter patrimonial, obtener garantía sobre la estabilidad económica del contrato.

En ese marco, se advierte que las actuales garantías de estabilidad reguladas en la LOH no responden a estos nuevos intereses de las empresas petroleras; hecho que motiva su revisión, para ser redefinidas introduciendo enfoques económicos que respondan a estos intereses de los inversionistas, y que –a su vez– sean más atractivos para el mercado.

- En segundo lugar, el diseño de la garantía de estabilidad tributaria puede configurarse como un factor de desincentivo para que las empresas petroleras

decidan invertir en la industria nacional, debido a la excesiva rigidez que generan en los Contratos de Licencia y de Servicios.

Pues, al disponer que el régimen jurídico tributario aplicable al Contrato al momento de su celebración permanecerá inalterable hasta la terminación del acuerdo, genera el riesgo de impedir que al Contrato se le puedan aplicar normas jurídicas posteriores (cambios legislativos) que representen mayores beneficios en comparación con el régimen estabilizado; impidiendo –de esta manera– que la empresa petrolera contratista pueda estar en una situación económica más ventajosa que aquella que mantenía inicialmente. Más aún, si se considera que los Contratos son de larga duración –30 y 40 años, según se trate de petróleo o gas, respectivamente–.

En atención a la problemática antes expuesta, el objetivo central del presente trabajo de investigación es plantear un nuevo modelo de cláusula de estabilidad, que recoja, por un lado, algunas de las características más relevantes de los diversos tipos de garantías de estabilidad –las reguladas actualmente en el Perú, así como las garantías que conforman el grupo de las modernas cláusulas de estabilidad–; y, por otro, que contenga nuevas fórmulas que permitan asegurar una adecuada protección para los contratistas de los Contratos de Licencia y de Servicios.

En consecuencia, este nuevo modelo de cláusula de estabilidad que formularemos, estará orientada a constituirse como un factor de incentivo para las empresas petroleras nacionales e internacionales para invertir en la industria hidrocarburífera nacional. De tal manera, se constituirá como un modelo alternativo a los tipos de garantías de estabilidad ya existentes, pudiendo ser aplicable no solo en el Perú, sino también en otros países. Bajo ese marco, el presente aporte buscará –asimismo– ampliar y

profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes sobre las garantías de estabilidad reconocidas en dicha industria, o en industrias similares.

Culminaremos la presente investigación abordando un problema muy recurrente en las industrias extractivas de recursos naturales, que es la conflictividad social. El Perú es uno de los países con mayores índices de conflictos sociales producidos debido al rechazo a proyectos extractivos de gran envergadura –como lo es la exploración y explotación de hidrocarburos–, hecho que ha conducido a la paralización de muchos proyectos, y cuantiosas pérdidas económicas no solo para la empresa, sino también para el país.

En ese marco, es fundamental el rol que debe desempeñar el Estado para prevenir la ocurrencia de estos conflictos sociales; o, en caso éstos ya hayan iniciado, desplegar todos los esfuerzos para evitar su escalamiento y su posterior crisis. A este efecto, traemos a colación oportunidades de mejora identificadas a partir de experiencias obtenidas de consultas previas ya realizadas, así como críticas constructivas formuladas desde la academia respecto a la regulación normativa de los procesos consultivos a pueblos indígenas u originarios.

Lo previamente señalado será objeto de un desarrollo más amplio a lo largo de los diez capítulos en los cuales se estructura esta tesis. En tal sentido, los diez capítulos de la presente investigación, tendrán por objeto abordar los siguientes temas: la naturaleza de los hidrocarburos y la cadena de valor de sus actividades; los principales sistemas de contratación de hidrocarburos en el mundo; los tipos de Contratos para la exploración y/o explotación de hidrocarburos en el Perú; los diversos tipos de garantías de estabilidad existentes en el plano internacional; los alcances de la estabilidad contractual en Perú, centrándonos principalmente en las garantías de estabilidad

reguladas en la LOH y en diversas normas reglamentarias. Tomando en cuenta lo anterior, plantearemos nuestra propuesta de una nueva garantía de estabilidad, mediante la cual busquemos dar solución a la problemática antes expuesta. Finalmente, culminaremos la investigación abordando un tema de especial relevancia que incide actualmente en el desarrollo de esta industria (a nivel *upstream*), siendo el referido a la consulta previa y la conflictividad social en el sector hidrocarburos.

Estando a lo anterior, hacemos énfasis en la relevancia del tema de investigación desarrollado en este trabajo, la cual reside en dar solución a la doble problemática generada por el diseño actual de las garantías de estabilidad reguladas en la LOH – previamente identificada–. Y así, a partir de un nuevo tipo de garantía de estabilidad, fomentar una mayor participación de la inversión privada en la industria de los hidrocarburos; lo cual, en el futuro, pueda generar impactos positivos en la economía nacional.

Finalmente, es menester señalar que para desarrollo de esta investigación se ha aplicado la siguiente metodología:

- En primer lugar, se utilizó el método dogmático. Para el desarrollo del trabajo se ha recurrido a diversas fuentes de información, tales como: libros, revistas, manuales, contratos para la exploración y producción de hidrocarburos suscritos por Estados extranjeros con sujetos privados, y otras fuentes documentales que resultaron pertinentes. Para este efecto, se aplicó una técnica de investigación cualitativa a través de la cual se analizó las fuentes documentales antes señaladas.

- Se aplicó el método de investigación histórico, al estudiar la sucesión cronológica de: (i) los antecedentes históricos normativos del sector hidrocarburos peruano –desde la Ley N° 11780, Ley del Petróleo; hasta la vigente LOH–; (ii) la línea cronológica de la normativa orientada a promover la inversión privada, parte de éstas emitidas durante la vigencia de la Constitución de 1979, tales como, principalmente, los Decretos Legislativos N° 662, N° 668 y N° 757; así como, (iii) el tránsito de las clásicas cláusulas de estabilidad a las modernas cláusulas de estabilidad en el plano internacional.

II. **HIDROCARBUROS: SU NATURALEZA Y LA CADENA DE VALOR DE SUS ACTIVIDADES**

Los hidrocarburos son recursos naturales compuestos principalmente por hidrógeno y carbono. Pueden encontrarse en estado líquido natural –petróleo–, líquido por condensación –condensados y líquidos de gas natural–, sólido –hidratos de metano–, y gaseoso –gas natural– (Secretaría de Energía del Gobierno de México, 2015). Estos recursos representan una fuente muy importante de energía para la operación de gran parte de las industrias, así como para la vida cotidiana de las personas; por lo que, el desarrollo de las diversas actividades de hidrocarburos tiene un impacto significativo en la economía de los Estados.

Respecto a su naturaleza jurídica, para hacer una correcta calificación de los hidrocarburos como bienes de dominio público, conviene *a priori*, establecer como premisa base la distinción entre los “hidrocarburos *in situ*” y los “hidrocarburos extraídos”.

En cuanto al primero, el artículo 66 de la Constitución Política dispone que los recursos naturales existentes en el territorio peruano –entre éstos, los hidrocarburos– son patrimonio de la nación, y el Estado es soberano en su aprovechamiento; disponiendo, para tales efectos, que las condiciones de su uso y otorgamiento a particulares serán establecidas mediante ley orgánica. Así pues, siguiendo dicho precepto constitucional, en el artículo 8 de la LOH se dispone que los hidrocarburos “*in situ*” son propiedad del Estado. En tal sentido, se tiene que los yacimientos de hidrocarburos son calificados como bienes demaniales de dominio público natural, y, por tanto, son inalienables, imprescriptibles e inembargables (Entrena, 1959, p. 335-336).

Por otro lado, los “hidrocarburos extraídos” en el marco de actividades de exploración y explotación, reciben un tratamiento distinto al anterior. Conforme señalan Kresalja y Ochoa (2012), en el Perú, el aprovechamiento de los hidrocarburos no se sujeta a un régimen de dominio público común –por tanto, no son inalienables, imprescriptibles e inapropiables–; toda vez que, para hacer factible la contratación sobre estos recursos naturales, el Estado transfiere a Perupetro S.A. (en adelante, “Perupetro”) su derecho originario de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos, para que este último –a su vez– lo pueda transferir a los contratistas licenciatarios (p. 193), según se dispone en el artículo 8 de la LOH. De esta manera, el Estado abre al público el dominio sobre los hidrocarburos [extraídos], haciendo posible la utilización privativa de estos recursos naturales por parte de los particulares (contratistas) a quienes se les haya otorgado ese derecho (Entrena, 1959, p. 338).

Las actividades que se desarrollan en el marco de la industria de los hidrocarburos son clasificadas o agrupadas en tres segmentos: el *upstream*, el *midstream*, y el *downstream*. No obstante, cabe precisar en este punto que, sin desconocer o dejar de

lado alguna actividad, un sector reconoce únicamente la existencia de dos segmentos de actividades, que son: el *upstream* y el *downstream*. Así pues, y sin perjuicio de la distinción antes precisada, al conjunto de tales actividades de hidrocarburos se les denomina como “cadena de valor de los hidrocarburos”.

Ciñéndonos a la primera clasificación antes referida, las actividades de hidrocarburos quedan agrupadas de la siguiente manera (Ernst & Young, 2019, p. 11):

Tabla 1

Clasificación de las Actividades de Hidrocarburos

<i>Upstream</i>	<i>Midstream</i>	<i>Downstream</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Exploración. • Explotación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Transporte. 	<ul style="list-style-type: none"> • Procesamiento • Refinación. • Almacenamiento. • Distribución.

Mientras que, de acuerdo a la segunda clasificación, tales actividades de hidrocarburos se agrupan de la siguiente forma (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 2015, p. 28):

Tabla 2

Clasificación de las Actividades de Hidrocarburos

<i>Upstream</i>	<i>Downstream</i>
Exploración.	<ul style="list-style-type: none"> • Refinación.
Explotación.	<ul style="list-style-type: none"> • Procesamiento. • Transporte. • Almacenamiento. • Distribución

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la diferencia entre ambas radica en la clasificación de la actividad de transporte de hidrocarburos. Pues, mientras en la

primera clasificación tal actividad se enmarca dentro del segmento del *midstream*; en la segunda clasificación, se categoriza dentro del segmento del *downstream*.

Según hemos ya anticipado, el presente trabajo de investigación se centra en las garantías de estabilidad aplicables a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos; es decir, en cuanto al segmento del *upstream*. Por lo que, como base para el desarrollo de los siguientes capítulos, conviene en esta sección traer a colación la definición de ambas actividades en la legislación peruana. Veamos:

Conforme se encuentra establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 032-2004-EM (2004), Reglamento de las actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, estas actividades son definidas de la siguiente manera:

“Artículo 3°.- Actividades

Las actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos comprenden, las actividades propias de la búsqueda y descubrimiento de Hidrocarburos, incluyendo trabajos de geología de campo, perforación de Pozos Exploratorios y de Desarrollo, así como las Actividades de Producción de Hidrocarburos.”

Refiriéndonos concretamente a la definición de cada una de ambas actividades, el Decreto Supremo N° 032-2002-EM (2002), Glosario de términos, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos; las define en los siguientes términos:

“Exploración

El planeamiento, ejecución y evaluación de estudios geológicos, geofísicos, geoquímicos y otros; así como la perforación de Pozos Exploratorios y actividades conexas necesarias para el descubrimiento de Hidrocarburos; incluyendo la perforación de Pozos Confirmatorios para la evaluación de los reservorios descubiertos.”

“Explotación

Desarrollo y Producción.”

A su vez, en cuanto a la definición anterior, las actividades de desarrollo y producción son definidas en dicho Decreto Supremo N° 032-2002-EM (2002), de la siguiente forma:

“Desarrollo

En la Explotación de Hidrocarburos, es la ejecución de cualesquiera o de todas las actividades necesarias para la Producción de Hidrocarburos tales como: Perforación, Profundización, Reacondicionamiento y Completación de Pozos, así como el diseño, construcción e instalación de equipos, tuberías, Tanques de Almacenamiento, incluyendo la utilización de sistemas de recuperación primaria y mejorada.”

“Producción

Actividad cuya finalidad es el flujo y manipuleo de Hidrocarburos. Incluye la operación de Pozos, equipos, tuberías, tratamiento y medición de Hidrocarburos y todo tipo de operaciones de recuperación primaria y mejorada, hasta el Punto de Fiscalización.”

Finalmente, cabe precisar que la norma especial que regula a mayor detalle las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos *–upstream–* es el Decreto Supremo N° 032-2004-EM, antes referido.

Conclusiones:

Los hidrocarburos son una fuente energética de vital importancia para la operación de gran parte de las industrias, teniendo *–asimismo–* un impacto significativo en la economía de los Estados, y la economía mundial.

Los “hidrocarburos *in situ*” son bienes demaniales de dominio público, en tanto que *–* como recursos naturales *–* son patrimonio de la nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, al amparo del artículo 66 de la Constitución Política y el artículo 8 de la LOH. Mientras que, los “hidrocarburos extraídos” en el marco de actividades de exploración y explotación, no se sujetan al dominio público común; facultándose

legalmente la transferencia de su derecho de propiedad a una empresa petrolera (contratista), según se dispone en el artículo 8 de la LOH.

La cadena de valor de las actividades de hidrocarburos se encuentra referida al conjunto de actividades que se desarrollan en dicho marco, las cuales son: exploración, explotación, transporte, refinación, almacenamiento, y la distribución de los hidrocarburos. Un sector agrupa estas actividades de hidrocarburos en tres segmentos: el *upstream*, el *midstream*, y el *downstream*; mientras que, otro sector las agrupa en solo dos segmentos: el *upstream* y el *downstream*. La diferencia entre ambas reside en la clasificación de la actividad de transporte de hidrocarburos, pues mientras en el primer caso se lo clasifica dentro del segmento *midstream*; en el segundo caso, en el *downstream*.

El presente trabajo de investigación se centra en el segmento del *upstream*, es decir, en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos; concretamente, respecto a los Contratos de Licencia o de Servicios que se celebren para la realización de estas dos actividades. Cabe señalar que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se encuentran reguladas principalmente en el Decreto Supremo N° 032-2004-EM.

III. PRINCIPALES SISTEMAS DE CONTRATACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL MUNDO

En el plano internacional, la contratación petrolera a nivel de *upstream* se realiza bajo el marco de tipos de contratos muy diversos, que varían según cada país. Esta diversidad responde a la propia realidad de cada Estado, los cuales diseñan sus contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos en función de sus propias

necesidades y según los alcances de sus respectivos sistemas jurídicos internos. Así, por ejemplo, tales tipos de contratos se definirán en función de, entre otros factores: las características geográficas, la cantidad de reservas hidrocarburíferas, la regulación de los recursos naturales; así como, por cuestiones políticas, económicas, sociales o culturales.

En este marco, la labor de la doctrina en el sector hidrocarburos ha sido fundamental para alinear y agrupar en sistemas los diversos tipos de contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos comúnmente utilizados en los diversos países del mundo, a partir de las características comunes que estos contratos comparten. A estos “sistemas” se les ha denominado en doctrina como “*petroleum fiscal systems*” o “sistemas fiscales petroleros”, respecto de los cuales nos ocuparemos en el presente capítulo.

Al respecto, uno de los principales autores que se han ocupado de este tema es Daniel Johnston, quien, en 1994, en su libro denominado “*International Petroleum Fiscal Systems and the Production Sharing Contracts*”, señaló que, “*Governments and companies negotiate their interest in one of two basic systems: concessionary and contractual. The fundamental difference between them stems from different attitudes towards the ownership of mineral resources [...]*” (1994, p. 21). Así, precisó que, mientras en los sistemas de concesiones (*concessionary systems*) se permite la propiedad privada de los recursos minerales; en los sistemas contractuales (*contractual systems*) el Estado mantiene la propiedad de dichos recursos naturales (Johnston, 1994, p. 21).

En este marco, Johnston clasificó los contratos de hidrocarburos de la siguiente manera: (i) sistemas contractuales (*contractual system*): dividido en contratos de

producción compartida (*production sharing contracts*); y, contratos de servicio (*service contracts*). A su vez, estos últimos se subdividen en contratos de servicio puro (*pure service agreements*), y contratos de servicio de riesgo (*risk service agreements*). Por otro lado, (ii) los sistemas de concesiones (*concessionary system*) (1994, p. 10).

Posteriormente, en el año 2003, en su libro titulado “*International Exploration Economics, Risk, and Contract Analysis*”, Johnston denominó alternativamente al sistema de concesión como “sistema de regalías y/o impuestos” (*royalty/tax systems*).

El modelo creado por Johnston en 1994, y posteriormente modificado en el año 2003, ha sido replicado por varios autores. Así, por ejemplo, Mian M.A. en su libro titulado “*Project Economics and Decision Analysis*”, señaló lo siguiente:

“*There are two basic types of petroleum fiscal systems (1) concessionary system, also referred to as tax/royalty system and (2) contractual system. The concessionary system allows private ownership of mineral resources as in the United States. In the contractual system, the state/government retains ownership of minerals. The contractual systems are further reclassified into service contracts and production-sharing contracts (PSC).*” (2011, pp. 219-220).

No obstante de ser la clasificación de contratos de hidrocarburos más utilizada, es importante tener presente que, conforme advierte el propio Johnston, “existen más sistemas fiscales petroleros que países en el mundo” (1994, p. 5). Habiendo dicho ello, en lo que resta del presente capítulo se desarrollarán las principales características del sistema de concesiones (o, sistema de regalías y/o impuestos) y, del sistema contractual antes señalados.

1. Sistema de concesiones o de regalías y/o impuestos:

Los sistemas de concesiones, como muchas cosas en la vida, tienen un “antes y un después”. Así, atendiendo al proceso evolutivo de este sistema, se puede afirmar que, desde su origen, han atravesado por dos etapas, a saber: las “clásicas concesiones”; y, las “modernas concesiones”.

a. Clásicas concesiones:

Las clásicas concesiones tienen su origen en los contratos de *lease* adoptados en Estados Unidos en 1857. Enmarcadas en adversos acontecimientos políticos y económicos, las clásicas concesiones se establecieron en Estados que se encontraban bajo el control de países desarrollados –en su mayoría, bajo dominio colonial de países occidentales–. En dicho contexto, las clásicas concesiones se caracterizaron por un notable desequilibrio de poder entre los Estados anfitriones y las empresas petroleras internacionales (Saidov, 2017, pp. 8-9).

Así pues, las clásicas concesiones se caracterizaron principalmente por: a) otorgar en concesión extensas áreas geográficas para la ejecución de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos; b) contratos cuya duración consistía en un largo periodo; c) amplio control de compañía petrolera para organizar el programa y la forma de ejecución de las actividades de hidrocarburos; y, d) pocos derechos del Estado anfitrión, siendo el principal el derecho a recibir un pago basado en el nivel de la producción (Smith et al., 2010, p. 429).

Caracterizada de esa manera, la difusión de las clásicas concesiones en diversos países del mundo estuvo impulsada principalmente por el interés de las compañías petroleras –en su mayoría estadounidenses y europeas– para realizar estas actividades de hidrocarburos en territorios extranjeros, valiéndose para ello de nuevas estructuras corporativas, así como de conceptos jurídicos y modelos contractuales que posteriormente serían acogidas por los países anfitriones de sus actividades. No obstante, a medida que estos Estados anfitriones obtuvieron su independencia, iniciaron un proceso de reestructuración de sus propios sistemas internos con el objetivo de afirmar su soberanía y ejercer control sobre los recursos naturales que se encontraban en sus territorios (Saidov, 2017, p. 9), renegociando los contratos de hidrocarburos vigentes a ese momento a efectos de plasmar la reforma en marcha, y fomentando el desarrollo de las actividades de exploración y explotación por parte de sus empresas nacionales.

El decaimiento de las clásicas concesiones tuvo asidero en diversos motivos, en su mayoría, debido a que: (i) los Estados, como resultado de su independización, buscaban controlar los recursos naturales que se encontraban en su territorio, manteniendo la propiedad y afirmando soberanía en la gestión y disposición de los mismos. (ii) Durante la década de 1970 los precios del petróleo y el gas habían aumentado considerablemente, hecho que motivó a los Estados a negociar mayores volúmenes de hidrocarburos; (iii) la estructura de las clásicas concesiones, a consideración de los Estados anfitriones, no les permitía obtener

beneficios justos; (iv) mayor competencia en el mercado generada por el incremento del número de empresas petroleras, hecho que disminuyó el poder de negociación de las antiguas compañías petroleras internacionales; y, (v) mayor participación de las empresas estatales en el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, disminuyendo la dependencia de empresas petroleras extranjeras (Abdo, 2008, p. 166).

Así, este modelo fue utilizado hasta la década de 1960, e inclusive, escasamente, existieron en algunos países hasta la década de 1970. No obstante, el abandono de las clásicas concesiones no implicó que el sistema desaparezca, sino que, se reinvente para ajustarse al nuevo contexto político y económico de aquella época, dando origen a las modernas concesiones –sistema que, dicho sea de paso, es uno de los más utilizados en la actualidad—. Al respecto, es importante precisar que la desaparición de las clásicas concesiones no solo dio paso a las modernas concesiones, sino también a la creación de otros tipos de contratos petroleros, sobre los cuales nos ocuparemos en acápites posteriores.

b. Modernas concesiones:

Conforme hemos indicado en acápites previos, al sistema de concesiones (moderno) también se le denomina “sistema de regalías y/o impuestos”. Siguiendo a Mazeel, en las modernas concesiones:

“[T]he state government grants a Concession or License to an international oil company (IOC) or a consortium which gives rights for a fixed period to explore for and produce hydrocarbons

within a certain area (License Area or Block). The IOC may be required to pay a signature bonus or a license fee to the government to secure the Concession or License. Thereafter, the government will obtain compensation usually through royalty and tax payments when hydrocarbons are produced” (2010, p.12).

Conforme a la definición antes citada, bajo este sistema se dispone que, si el contratista: (i) genera producción de hidrocarburos, deberá pagar al Estado anfitrión una regalía determinada en función en el valor de los hidrocarburos producidos; y, además, (ii) genera rentas gravables producto de la ejecución de sus actividades relacionadas a la concesión, deberá pagar un impuesto a la renta al Estado. Asimismo, debe tenerse presente que una característica esencial de este sistema radica en que se permite la propiedad privada de los recursos minerales producidos en el marco de las operaciones.

En este marco, a diferencia de las clásicas concesiones, en este nuevo modelo, el Estado –actuando generalmente a través de una *national oil company* o empresa petrolera estatal– desempeña un rol más activo y controlador de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos (por ejemplo, estableciendo obligaciones y restricciones a la empresa petrolera); no obstante, este rol más activo y controlador del Estado no se traduce en derechos y discrecionalidades ilimitadas, sino, por el contrario, supone derechos y potestades que deben ser ejercidas dentro de los límites establecidos en su ordenamiento jurídico. Por otro lado, el

contratista ejecutará las actividades de exploración y producción bajo su propio riesgo y con cierta libertad.

En adición a ello, otro rasgo característico de este sistema de concesiones reside en que, es el Estado anfitrión quien definirá el programa que contenga las obligaciones exploratorias mínimas que debe llevar a cabo el contratista durante la fase de exploración; y, aprobar un plan de desarrollo para la producción de los hidrocarburos, durante la fase de explotación o explotación (Smith et al., 2010, p. 450).

Finalmente, en cuanto al presente acápite, cabe señalar que las concesiones modernas –a pesar de ser un sistema muy utilizado– no han estado exentas de críticas. Así, conforme señala Brinsmead (2007, p. 4-5), una de las críticas a este sistema radica en el riesgo de una “*sovereign renegotiation*” o renegociación soberana del contrato al que se encuentra expuesto el contratista; en tanto que, a decir del citado autor, una vez que se descubren los hidrocarburos, los soberanos tienen un incentivo para renegociar la concesión, para tratar de recuperar la supuesta ganancia inesperada del descubrimiento (Smith et al., 2010, pp. 453-454).

La crítica realizada por Brinsmead hace oportuno precisar que los sistemas de concesión (modernos) no siguen un rígido y único esquema en todos los países en los que son aplicados, sino que, por el contrario, a efectos de mantener su flexibilidad, solo comparten en común los rasgos más característicos de este sistema. Así, por ejemplo, sucederá que en algunos países donde se aplica este sistema se dispone en su normativa interna que los contratos de hidrocarburos sólo podrán ser modificados por acuerdo

entre las partes. En ese sentido, la crítica realizada por Brinsmead no debe ser entendida como una crítica al sistema en general, sino sólo para determinados sistemas de concesiones aplicados en determinados países.

2. **Sistemas contractuales:**

Conforme se ha indicado previamente, los sistemas contractuales – caracterizados principalmente por la retención de la propiedad de los hidrocarburos por el Estado, y el pago de una retribución que éste realiza a favor del contratista (Medinaceli, 2010, p. 13)– se divide en: (i) contratos de producción compartida, y (ii) contratos de servicios. En ese sentido, en el presente acápite se desarrollarán las principales características de cada uno de estos contratos.

a. **Los Contratos de Producción Compartida:**

Hasta la década de 1960, conforme se ha señalado, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se ejecutaban bajo el sistema de las clásicas concesiones, siendo éste el único sistema conocido por los Estados y empresas para la contratación petrolera. No obstante, a mediados de dicha década, esta situación cambió con el surgimiento de un nuevo modelo de contratación petrolera: el contrato de producción compartida o *production sharing agreement* (PSA). Este novedoso modelo contractual marcó un hito muy importante en la industria de los hidrocarburos, al dar origen a un nuevo sistema de contratación petrolera, que se sumaba al alicaído sistema de concesiones (Laub, 2009, pp. 192-197).

Así, este tipo de contrato petrolero surgió en Indonesia en el año 1966, con la celebración del contrato de producción compartida entre PERTAMINA (Compañía Petrolera Estatal de Indonesia) y IAPCO. En el marco de este contrato, PERTAMINA se encargó de la gestión de las operaciones (ejerciendo control sobre éstas, a diferencia de lo que ocurría en las clásicas concesiones), mientras que IAPCO se encargó de la ejecución de las mismas. En un inicio, las empresas petroleras internacionales se opusieron a este nuevo tipo de contrato, rechazando, entre otros, la facultad del Estado para gestionar las operaciones petroleras, por considerar que los funcionarios públicos eran inexpertos para esta función (Smith et al., 2010, pp. 466 - 467). No obstante, con el transcurrir de los años, este sistema se fue fortaleciendo y ganando gran acogida en diversos países.

Siguiendo a Bindemann, los contratos de producción compartida pueden ser definidos de la siguiente manera:

“Under a PSA the state as the owner of mineral resources engages a foreign oil company (FOC) as a contractor to provide technical and financial services for exploration and development operations. The state is traditionally represented by the government or one of its agencies such as the national oil company (NOC). The FOC acquires an entitlement to a stipulated share of the oil produced as a reward for the risk taken and services rendered. The state, however, remains the owner of the petroleum produced subject only to the contractor's entitlement to its share of production. The government or its NOC usually has the option to participate in different aspects of the exploration and development process. In addition, PSAs frequently provide for the establishment of a joint committee where both parties are represented and which monitors the operations.” (1999, p. 1) (énfasis añadido).

Asimismo, agrega que:

“The FOC's revenue is made up of cost oil and profit oil, while the direct sources of revenue for the government can comprise royalties, profit oil, bonuses, taxes, customs duties, and indirect benefits that arise from price caps and DMOs. PSAs do not divide profits out of market proceeds but instead divide the physical production after allowing a portion of output to be retained by the FOC for the recovery of pre-production and production costs. This means that costs can only be recovered once oil is produced. A source of disagreement at this point can be the definition of costs. This is the basis for the determination of the profit-oil volume that is the part of production remaining after costs in the form of oil have been deducted. The sharing of production follows a preagreed split between the FOC and the state or its NOC. In theory the state controls the operation but de facto the risk-taking private partner manages the Project unless the NOC takes up its option to participate in the venture, which has become more common over time” (Bindemann, 1999, p. 85).

En ese sentido, de acuerdo a la definición de Bindemann antes citada, tenemos que los contratos de producción compartida son aquellos a través de los cuales el Estado –propietario de los hidrocarburos– contrata a una empresa petrolera para que a su riesgo ejecute actividades de exploración y explotación de estos recursos, recibiendo el contratista a modo de contraprestación, una parte del volumen de los hidrocarburos producidos. No obstante, antes de determinar el volumen de la producción a ser dividida, el contratista retendrá un porcentaje de la producción equivalente a los costos e inversiones incurridos en las operaciones –según los alcances definidos en cada contrato– (*cost oil*), a efectos que los mismos sean recuperados. En ese sentido, es la producción remanente luego de descontar el *cost oil* (*profit oil*) la que será dividida entre el Estado y el contratista.

En el marco de estos contratos, el contratista debe pagar una regalía al Estado, una vez que los hidrocarburos hayan sido producidos. Asimismo, debe tenerse presente que, ambas partes contratantes –Estado y contratista– se encuentran obligados al pago de los impuestos (Laub, 2009, pp. 199-201). Claro está, no se trata de un modelo con características rígidas, por lo que los aspectos relacionados al pago de regalías e impuestos pueden variar en algunos casos.

Finalmente, conforme advierte Bindemann en la definición líneas arriba citada, en algunos casos, la Empresa Petrolera Estatal del país anfitrión tendrá la opción de participar en la ejecución de las actividades de exploración y/o explotación (1999, p. 85).

b. Los Contratos de Servicios:

Conforme hemos indicado previamente, el segundo tipo de contrato que conforma el sistema contractual, es el contrato de servicios. A su vez, este contrato de servicios se subdivide en: contratos de servicios puros, contratos de servicios de riesgo, y contratos híbridos.

Mediante los contratos de servicios (en su categoría general), el Estado anfitrión –quien es titular de los hidrocarburos, y controla su aprovechamiento– contrata a una empresa petrolera para que ejecute servicios de exploración y/o explotación de estos recursos naturales, a cambio de una contraprestación que puede ser pagada en dinero o en especie (en crudo). A este efecto, generalmente es la empresa petrolera la

que pone a disposición la tecnología y todos los recursos que sean necesarios para la ejecución de los servicios contratados.

Al respecto, las diferencias más trascendentales entre este tipo de contratos y los contratos de producción compartida, residen en que, (i) en los contratos de servicios no existe asociación entre Estado y empresa petrolera (contratista) (Laub, 2009, p. 193); y, que, (ii) la retribución por los servicios prestados corresponde a un monto previamente acordado entre las partes, y no se encuentra referido al reparto de la producción obtenida, como sucede en los PSC (Ghandi y Lin, 2013, p. 3).

i. Contratos de Servicios Puros:

Siguiendo a Johnston, los contratos de servicios puros (*non-risk*) “*are where the contractor carries out exploration and/or development work on behalf of the host country for a fee. All ordinary exploration risk is borne the state. [...] Pure service agreements, rare as they are, can be quite similar to those arrangements found in the oil service industry. The contractor is paid a fee for performing a service*” (2003, pp. 41-42).

Al igual que la categoría general de contratos de servicios, mediante este tipo de contrato el Estado contrata los servicios de una empresa petrolera para que ésta realice trabajos de exploración y/o producción de hidrocarburos, a cambio de una retribución. No obstante, conforme bien lo señala Johnston (2003, pp. 41-42), el elemento diferenciador reside en que, en este contrato de servicios

puros el “riesgo” de la exploración y explotación de hidrocarburos son asumidos por el Estado –tal característica, como se verá a continuación, lo distingue del contrato de servicios a riesgo–.

En este marco, la motivación de los Estados para utilizar este tipo de contratos en su territorio, puede residir en su falta de recursos y capacidad técnica para el desarrollo –por su propia cuenta– de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. (Abdo, 2008, p. 168).

ii. Contratos de Servicios a Riesgo:

Ghadas y Sabah definen a los contratos de servicio a riesgo de la siguiente manera: *“Under this category the contractor (IOC), also referred to as the investor agrees to afford all capital and services’ risk for the exploration and development. In case the oil is produced the IOC repays for its cost and investment and remunerates for its services in cash or buy-back oil or both”* (Gao, 1994, como se citó en Ghadas y Sabah, 2014, p. 38).

En adición a la definición antes citada, es importante tener presente lo señalado por Laub, en el sentido que, “en caso que no se haga descubrimiento, el contrato se rescinde sin reembolso alguno del Estado al contratista. Por otra parte, si se hace un descubrimiento, entonces el contratista ha de ponerlo en producción, y él debe ser reembolsado por sus gastos con intereses, más una prima por riesgo de parte del gobierno (o estado) anfitrión” (2009, p. 193).

Al respecto, evitando caer en la monotonía, cabe señalar que el objeto de contratación en este tipo de contrato es el mismo que en la categoría general y que en los contratos de servicios puros. No obstante, la distinción radica en que, en el contrato de servicios a riesgo es la empresa petrolera (contratista) quien asume el riesgo de la exploración y producción de hidrocarburos.

Conclusiones:

En el plano internacional, la contratación petrolera a nivel de *upstream* se realiza bajo el marco de tipos de contratos muy diversos; por lo que, la doctrina ha desempeñado un rol muy importante al organizar los principales tipos contractuales en sistemas. Siguiendo la clasificación de los sistemas petroleros fiscales de Johnston, se advierte una tipología de contratos de hidrocarburos diversa, los cuales se encuentran diseñados para atender a diferentes necesidades e intereses, tanto la del Estado en cuyo territorio se encuentran los hidrocarburos a explorar y explotar, así como las de la empresa petrolera privada quien desplegará sus recursos para realizar estas actividades de hidrocarburos.

En cuanto al sistema de concesiones, resalta el tránsito que se ha hecho de las clásicas concesiones a las modernas concesiones; donde el Estado asume un rol más empoderado frente a la parte privada, ejerciendo mayor control sobre las actividades de exploración y explotación (sin que ello suponga un ejercicio arbitrario de poder), así como obteniendo mayores beneficios en el contrato. De esta manera, en las modernas concesiones el Estado hace el cobro de una regalía por concepto de la

producción de hidrocarburos, así como del impuesto a la renta correspondiente por otras actividades gravadas.

Del otro lado, los sistemas contractuales –PSA y contratos de servicios–, surgieron como alternativas a las clásicas concesiones; que, a diferencia de estas últimas, permiten una estructuración diferente de derechos y obligaciones, así como asignar de manera distinta los riesgos entre las partes contratantes. Si bien el sistema de concesiones es uno de los más utilizados, los PSA y contratos de servicios son asimismo modalidades contractuales que los Estados habitualmente celebran y regulan en sus ordenamientos normativos internos.

IV. LOS CONTRATOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ

En Perú, las formas contractuales para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos no han sido uniformes en el tiempo. Desde décadas atrás, los tipos de contratos utilizados por el Estado para estos fines han variado en gran medida hasta llegar al actual régimen legal establecido en la LOH, Ley N° 26221. En ese sentido, en el presente capítulo se desarrollará, en primer lugar, los principales antecedentes normativos del sector hidrocarburos en el país; y, en segundo lugar, nos ocuparemos del actual régimen contractual establecido en la LOH.

1. Una transformación progresiva: los principales antecedentes históricos normativos del sector hidrocarburos en el Perú durante el último siglo

En los orígenes, el nivel de producción petrolera nacional hacía presumir que el Perú se convertiría en uno de los mayores productores de petróleo en el mundo (OSINERGMIN, 2015, p. 83). No obstante, este éxito y desarrollo sostenido de

la industria petrolera peruana se mantuvo hasta la década de 1980, momento en el cual inició su progresivo declive. Conforme a un estudio publicado por el OSINERGMIN en el año 2005, esta afectación respondió a diversos factores, entre ellos: (i) la disminución del nivel de reservas hidrocarburíferas; (ii) el nivel de inversiones en el sector empezó a reducirse; y, (iii) la dispersa ubicación geográfica de los lotes petroleros hacían poco factible que las empresas puedan desarrollar economías de escala (OSINERGMIN, 2015, pp. 86-87).

Esta situación se mantuvo hasta inicios de la década de 1990, pues en el Perú no existía un marco normativo que promueva las inversiones de empresas nacionales o extranjeras en el sector hidrocarburos (OSINERGMIN, 2015, pp. 107). –y, en las actividades económicas en general–. Posteriormente, advertidos estos problemas, con la entrada en vigencia de la actual LOH en el año 1993, se modificó el régimen legal de aprovechamiento de los hidrocarburos.

En ese sentido, en el presente acápite nos referiremos brevemente a los principales antecedentes históricos normativos del sector hidrocarburos peruano, que marcaron hitos durante el último siglo. Sobre ello, nos referimos a continuación:

a. Ley N° 11780, “Ley del Petróleo”, del año 1952:

Mediante la Ley N° 11780 (1952) se dispuso que las actividades de exploración y la explotación del “petróleo y de los hidrocarburos análogos” debían realizarse mediante un contrato de concesión. A este efecto, en su artículo 5 se estableció que “las concesiones son bienes inmuebles y confieren derechos reales y pueden ser objeto de hipoteca”.

Por otro lado, mediante esta norma también se dispuso que, las actividades de manufactura, refinación, transporte y almacenamiento quedaban sujetas al sistema de concesión (Ley N° 11780, 1952). En ese sentido, se tiene que el contrato de concesión era el predominante durante la vigencia de esta ley.

b. Decreto Ley N° 17440, “Decreto Ley de Petróleo e Hidrocarburos Análogos y de Petroquímica”, del año 1969:

Este Decreto Ley eliminó el sistema de concesiones petroleras. En relación a ello, en su artículo 6 dispuso lo siguiente:

“La industria y el comercio del petróleo e hidrocarburos análogos se ejercerá fundamentalmente por el Estado, pudiendo admitirse el concurso de la empresa privada en las etapas de prospección, exploración, explotación y manufacturera mediante el sistema de contratos, acordes con el interés nacional, a través del Ministerio de Energía y Minas y/o de la Empresa Petrolera Fiscal [...]” (Decreto Ley N° 17440, 1969).

En ese sentido, conforme señaló la Comisión de Energía e Infraestructura del Congreso Constituyente Democrático en su Proyecto de Dictamen de recaído sobre el Proyecto de Ley N° 689/93-CCD, mediante esta norma – el Decreto Legislativo 17440– se derogó al sistema de concesiones, para pasar a establecer como sistema contractual 50%-50% –o, Contrato de Producción Compartida– (1993, p. 1).

Conforme señala Jorge Perez-Taiman, mediante este tipo de contratos, “el contratista recibiría una retribución en especie (petróleo crudo) equivalente al 50% de la producción, quedando la otra mitad a disposición

de la recién creada Petroperú. El 50% correspondiente a esta última incluía el 68.5% de impuesto a la renta correspondiente al contratista” (2009, p. 212). Asimismo, en este tipo de contratos se disponía el pago de regalías (Bindemann, 1999, p. 81).

c. Decreto Ley N° 22774, “Aprueban Bases Generales para Contratos Petroleros en Operaciones de Exploración”, del año 1979:

A través del Decreto Ley N° 22774 (1979) se aprobaron "Bases generales para contratos petroleros en operaciones de exploración y/o explotación de hidrocarburos", mediante las cuales –según se dispone en su artículo 2– se autorizó a Petróleos del Perú - PETROPERÚ (en adelante, “Petroperú”) a negociar y renegociar contratos para operaciones petroleras de acuerdo a dichas Bases.

Asimismo, es importante señalar que, en las citadas Bases se estableció que: (i) los hidrocarburos "in situ" son de propiedad del Estado y los hidrocarburos extraídos son propiedad de Petroperú; (ii) los contratos que celebre Petroperú con los contratistas tendrán las características de un contrato de operación o de un contrato de servicios. A este efecto, se dispuso que Petroperú podía intervenir asociado en empresas mixtas, con una participación mínima del 25%, o a través de subsidiarias. Y, que, (iii) todo el petróleo y gas producido en el área era propiedad de Petroperú y, en función de esta entidad entregaría al contratista una retribución en efectivo o en especie. (Decreto Ley N° 22774, 1979).

- d. Decreto Legislativo N° 655, “Eliminan todo monopolio o exclusividad por parte de Petroperú y sus filiales respecto a comercialización de hidrocarburos”, del año 1991:

El Decreto Legislativo N° 655 (1991) dispuso eliminar “todo monopolio o exclusividad por parte de Petr6leos del Per6 – PETROPER6 S.A. y sus filiales, en el desarrollo de las operaciones que realizan y, en consecuencia, todas las actividades relacionadas con la industria de hidrocarburos [...]”.

Por lo cual, este Decreto Legislativo facult6 a Petroper6 “a negociar y celebrar contratos con inversionistas nacionales y/o extranjeros con el fin de que participen total o parcialmente, en cada una de las operaciones que realizan [...]” Petroper6 y sus filiales.

Siendo ello as6, a partir de esta reforma legislativa, las empresas privadas –sean 6stas nacionales o extranjeras– quedaban habilitadas para participar de manera independiente en todos los negocios propios de la industria petrolera y/o formar asociaciones con Petroper6 (Petroper6, 1991, p. 3).

En adici6n a los antecedentes hist6rico normativos antes sealados, la necesidad de un nuevo r6gimen legal para el aprovechamiento de los hidrocarburos estuvo motivada (e impulsada) por las nuevas regulaciones normativas establecidas a inicios de la d6cada de 1990, a trav6s de las cuales el Estado –en el marco de la Constituci6n Pol6tica de 1979– se busc6 fomentar la inversi6n privada, nacional y extranjera. Estas normas principalmente son las siguientes:

- e. Decreto Legislativo N° 662, “Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías”, del año 1991:

A través del Decreto Legislativo N° 662 (1991) se estableció que el Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional. A este efecto, se dispuso que los inversionistas extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas nacionales; y, además, aseguró que el derecho de propiedad de los inversionistas extranjeros no se encuentra sujeto a limitaciones adicionales a las establecidas en la Constitución Política.

En adición a lo anterior, en esta norma se establecen garantías de estabilidad tributaria y cambiaria para los inversionistas, las cuales serán abordadas con mayor profundidad en el capítulo sexto.

- f. Decreto Legislativo N° 668, “Dictan medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país”, del año 1991:

Mediante este Decreto Legislativo N° 668 (1991), el Estado garantiza la libertad de comercio exterior e interior, mediante la promoción de las actividades necesarias para su desarrollo, y asegurando la libre participación del sector privado a efectos de generar la competencia requerida para la prestación más eficiente de los servicios. Asimismo,

dispone la eliminación de todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica, incluyendo las actividades realizadas por dependencias del Estado.

- g. Decreto Legislativo N° 757, “Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada”, del año 1991:

Mediante el Decreto Legislativo N° 757 (1991), el Estado garantizó la libre iniciativa y las inversiones privadas en todos los sectores de la actividad económica del país y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes. Asimismo, se dispuso que la Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

Para dicho efecto, y en línea con lo regulado en el Decreto Legislativo N° 662, en el Título V de este Decreto Legislativo se reguló garantías de estabilidad jurídica para los inversionistas, respecto de las cuales nos ocuparemos con mayor detalle en el capítulo sexto.

Conforme se puede observar de los antecedentes antes señalados, durante las últimas décadas han ocurrido cambios regulatorios significativos en el sector hidrocarburos. Así, se observa que hasta inicios de la década de 1990, el modelo económico bajo el cual se desarrollaban las actividades de hidrocarburos –como las de exploración y explotación– se caracterizó por la ausencia de un marco regulatorio que fomente la inversión privada –tanto de empresas nacionales como extranjeras– bajo los principios de la libre iniciativa privada, la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica. En ese sentido, ante esta

situación, en el año 1991 se emitieron los Decretos Legislativos N° 662, N° 668 y N° 757, a efectos de impulsar los sectores productivos y fortalecer la economía nacional mediante el fomento de la inversión privada. No obstante, para hacer efectivas las medidas establecidas en dichos Decretos Legislativos, era necesario emitir un nuevo marco regulatorio específico para el sector hidrocarburos.

En esa misma línea, conforme señaló la Comisión de Energía e Infraestructura del Congreso Constituyente Democrático en el Proyecto de Dictamen recaído sobre el Proyecto de Ley N° 689/93-CCD, se verificó también que durante los primeros años de la década de 1990 se produjo una disminución significativa de la producción y las reservas probadas de hidrocarburos, como consecuencia de la escasa inversión realizada durante los últimos años de dicha década (1993, pp. 41- 42).

Sumado a los factores antes señalados, un hecho importante a recalcar es la injerencia del Estado en el desarrollo de las actividades productivas –como en la industria de los hidrocarburos–, ejerciendo un significativo control sobre éstas. Por ejemplo, este intervencionismo del Estado se observa claramente en los contratos de operaciones o de servicios celebrados por Petroperú al amparo del Decreto Ley N° 22774 (1979), en los cuales se le facultaba a intervenir asociado en empresas mixtas con una participación mínima del 25%, o a través de subsidiarias; razón por la cual, posteriormente, mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 655 (1991) se dispuso eliminar “todo monopolio o exclusividad por parte de Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A. y sus filiales, en el desarrollo de las operaciones que realizan y, en consecuencia, todas las actividades relacionadas con la industria de hidrocarburos [...]”; facultándole

para estos efectos, a celebrar contratos con inversionistas nacionales y extranjeros.

Bajo este contexto contrario a un escenario que promueva la participación del sector privado en el desarrollo de las actividades de hidrocarburos, se impulsó la modificación del régimen legal de aprovechamiento de los hidrocarburos, sobre el cual nos referimos en el siguiente acápite.

2. Un cambio necesario: el régimen establecido en la Ley Orgánica de Hidrocarburos:

Conforme hemos señalado en el acápite previo, durante los primeros años de la década de 1990 –e, inclusive, durante los últimos años de la década de 1980– cada vez se hacía más evidente la necesidad de un cambio de régimen legal en el sector hidrocarburos, que permita posicionar al Perú como un mercado atractivo para los inversionistas petroleros, y que establezca regulaciones más eficientes para el aprovechamiento de estos recursos.

En esa línea, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 689/93-CCD, “Proyecto de Ley de Hidrocarburos” de fecha 21 de junio de 1993, refiriéndose a las causas que motivaron la emisión de un nuevo marco normativo, se señaló lo siguiente:

“Ante tal situación, se hace de imperiosa necesidad contar con un marco legal adecuado -en línea con la política de Gobierno y con los principios de la libre iniciativa privada, libre competencia, libre acceso a la actividad económica, promoción y captación de la inversión y estabilidad jurídica- que permita a cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera participar en todas y cada una de las actividades de la industria de hidrocarburos” (Poder Ejecutivo, 1993, p. 2).

Con el propósito de revertir esta situación, el 20 de agosto de 1993 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 26221², Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional [LOH]. Por otro lado, un hecho importante a tener en cuenta, consiste en que esta norma fue aprobada en el marco de la Constitución Política de 1979, y no bajo la Constitución de 1993 –la cual entró en vigencia poco después, el 31 de diciembre de 1993–.

En ese sentido, entre las principales características del régimen legal establecido en la LOH (1993), podemos señalar –en líneas generales– las siguientes:

- i. Se establece expresamente que, el Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos en el marco de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.
- ii. Se dispuso la creación de Perupetro, como Empresa Estatal de Derecho Privado del Sector Energía y Minas, la cual asumió los derechos y obligaciones de Petroperú en los contratos existentes, celebrados al amparo del Decreto Ley N° 22774.
- iii. Se ratifica que los hidrocarburos “in situ” son de propiedad del Estado. En esa línea, se dispone que el Estado otorga a Perupetro la propiedad de los hidrocarburos extraídos a efectos que esta entidad –en su condición de contratante– pueda celebrar Contratos para la exploración y/o explotación de hidrocarburos.

² La Ley N° 26221 entró en vigencia a los noventa (90) días siguientes a su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

- iv. Se establece como modalidades de contratación para exploración y explotación de hidrocarburos al Contrato de Licencia (nuevo tipo de contrato) y al Contrato de Servicios; los cuales pueden celebrarse previa negociación directa o por convocatoria. A este efecto, se dispone el pago de una regalía a cargo del contratista del Contrato de Licencia; y, el pago de una retribución a cargo del Estado, en el caso de los Contratos de Servicios. Sobre este punto, nos ocuparemos con mayor detalle más adelante.
- v. Se establecen garantías de estabilidad tributaria y estabilidad cambiaria. Asimismo, se establece la garantía de inmodificabilidad de los Contratos.
- vi. Se dispone que la importación de bienes e insumos requeridos en la fase de exploración del Contrato, está exonerada de todo tributo. En cuanto a las exportaciones de los bienes e insumos requeridos para las actividades de explotación y para las actividades de exploración en la fase de explotación, se establece que los tributos que gravan estas actividades serán de cargo y costo del importador.
- vii. Se dispone que las actividades de transporte de hidrocarburos por ductos y la distribución de gas natural por red de ductos, necesitan ser autorizados mediante una concesión otorgada por el Ministerio de Energía y Minas.

Conforme se puede advertir, este “nuevo” régimen para el aprovechamiento de los hidrocarburos incorporó medidas que resultaron ser más atractivas para los inversionistas, en comparación a la regulación contenida en la Ley N° 22774. Así, en un contexto en el cual no se brindaba las seguridades suficientes a las

compañías petroleras para invertir en el país –debido a las razones antes señaladas; y, por la inestabilidad política, la crisis económica y social de aquella época–, mediante este nuevo marco normativo se establecieron determinadas garantías orientadas a asegurar a los inversionistas estabilidad en el desarrollo de sus negocios.

Habiendo señalado ello, en lo que resta del presente capítulo nos centraremos en los tipos de Contratos para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación regulados en la Ley N° 26221.

3. El sistema de contratación para el desarrollo de Actividades de Exploración y Explotación de hidrocarburos establecido en la LOH:

Conforme se encuentra establecido en el artículo 10 de la LOH (1993), el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos debe realizarse bajo el marco de un Contrato suscrito entre Perupetro (en condición de contratante) y una empresa petrolera (en su condición de contratista). A este efecto, en el referido artículo 10 se dispone que los tipos de Contratos autorizados a celebrarse para estos efectos, son los siguientes:

- i. Contratos de Licencia.
- ii. Contratos de Servicios.
- iii. Otras modalidades de contratación que hayan sido autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas (literal c) del artículo 10).

En cuanto a las “otras modalidades de contratación” establecidas en el literal c) del artículo 10 de la LOH, es importante precisar que, a la fecha del presente trabajo, el Ministerio de Energía y Minas no ha aprobado ninguna modalidad de

contrato adicional al Contrato de Licencia y al Contrato de Servicios. En ese sentido, son solo estos dos tipos de Contratos a través de los cuales se puede otorgar el derecho de realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en una determinada área (Lote).

Los Contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos –en sus dos modalidades–, son calificados como contratos administrativos³, y se les reconoce –asimismo– como contratos-ley. En cuanto al primero, conforme señala el profesor Danós (2006), la regulación contenida en la LOH al respecto se torna en un caso particular, puesto que, para autorizar a los privados el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos no ha

³ Al respecto, cabe mencionar que en el Perú no existe un régimen legal único que se ocupe de regular la contratación administrativa de manera general (Danós, 2006, p. 15); siendo que, los diversos tipos de contratos administrativos existentes en el ordenamiento jurídico nacional se encuentran regulados, cada uno, por normas especiales (Martin, 2013, p. 325). Así, por ejemplo, los Contratos de Licencia y de Servicios para exploración y/o explotación de hidrocarburos son regulados en una ley orgánica, que es la Ley N° 26221 (LOH).

No obstante lo anterior, en cuanto a la naturaleza administrativa de estos Contratos de Licencia y de Servicios, es propio hacer referencia a la discrepancia que existe entre si se trata de un “contrato administrativo” o un “contrato privado de la administración”; discusión que tiene asidero en la dicotomía existente entre la teoría unitaria y la teoría dualista (o clásica) del contrato administrativo. Así, para quienes postulan una teoría unitaria, los contratos que suscribe el Estado corresponden a una única categoría –la de “contrato administrativo”–; siendo que, la diferenciación entre los diversos contratos que integran esta categoría se hace en función de la modulación o regulación de derecho público que poseen (Linares, 2006, p. 287). A decir de García de Enterría (1963), dicha modulación puede ser más o menos amplia según el tipo de contrato del que se trate; y, es resultado de una doble exigencia, a saber: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización colectiva, y el “giro o tráfico” propio de ésta (pp. 112-116). Por otro lado, para quienes optan por seguir la teoría dualista, postulan una distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración; radicando la diferencia –entre ambos– en su naturaleza y el régimen jurídico que les son aplicables (Martin, 2013, p. 309). En adición, conforme señala Baca (2008), en los contratos administrativos bajo la concepción dualista, existen potestades implícitas atribuibles al Estado (p. 673).

Finalmente, en cuanto a este tópico se refiere, resulta interesante citar una reflexión hecha por Ariño (2007), quien señala que el contrato administrativo no tiene una naturaleza inmutable, sino que –por el contrario– la calificación jurídica de este tipo de contrato puede variar a lo largo del tiempo, en tanto que responde al entorno político e ideológico de cada momento en particular. Así, agrega el citado autor, las prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que son de importancia para satisfacer el interés público en un momento en específico, pueden dejar de serlo en tiempos futuros (p. 95).

optado por hacerlo bajo el régimen de una concesión, licencia, autorización o permiso; sino que, ha optado por utilizar como título habilitante a figuras contractuales –Contrato de Licencia y de Servicios–. Sin perjuicio de lo anterior, a estos Contratos se les califica como un tipo de contrato administrativo que opera como título habilitante para el aprovechamiento de hidrocarburos (pp. 12-13).

En segundo lugar –y sin perjuicio de ser desarrollado con más detalle en el capítulo sexto– los Contratos de Licencia y de Servicios reciben el tratamiento de los contratos-ley (Danós, 2013, p. 265), bajo el sustento de lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política de 1993 y en el artículo 1357 del Código Civil (1984). Así pues, a través de los contratos-ley el Estado busca generar mayor confianza en los inversionistas con quienes contrata –en el caso que nos ocupa, empresas petroleras contratistas–, al otorgarles garantías y seguridades expresamente establecidas en los Contratos, las cuales se orientan a asegurar la intangibilidad de su contenido, así como la inalterabilidad de los regímenes tributarios y cambiarios vigentes a la fecha de la celebración de tales acuerdos, según se dispone en la LOH. De esta manera, se dota de seguridad jurídica a las relaciones jurídico contractuales sostenidas con los inversionistas (contratista) (Salinas, 2016, p. 329).

Por otro lado, conforme se dispone en el artículo 11 de la LOH (1993), la celebración de estos Contratos puede efectuarse como resultado de haber seguido –previamente– un proceso de contratación que puede ser por negociación directa, o por convocatoria. Estos procesos son dirigidos por

Perupetro, quien –como hemos señalado líneas arriba– ostentará la condición de parte contratante en el futuro Contrato de Licencia o de Servicios a suscribirse.

Así, y como se habrá podido advertir, no cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, puede celebrar directamente un Contrato de Licencia o de Servicios. Para ello, antes del inicio de la etapa de negociación, los sujetos interesados en suscribir un Contrato, deben solicitar ante Perupetro su debida calificación como “sujeto calificado”. Esta calificación que lleva a cabo Perupetro es a efectos de verificar si la empresa solicitante cuenta con la capacidad técnica, legal, económica y financiera necesaria para ejecutar las actividades propias del Contrato (Decreto Supremo N° 029-2021-EM, 2021). Sin perjuicio de lo anterior, si bien la denominación atribuida a estas empresas en el Decreto Supremo N° 029-2021-EM es la de “sujeto calificado”, en el presente trabajo también nos referiremos a éstas de manera indistinta como “empresas petroleras” –las cuales aún no son contratistas–.

Otro aspecto de importancia para señalar, es la duración de los Contratos. Así, conforme se encuentra establecido en el artículo 22 de la LOH (1993), los Contratos se dividen en dos fases: fase de exploración y fase de explotación; salvo que el Contrato sea solo de explotación, en cuyo caso solo tendrá una fase. Al respecto, en el citado artículo 22 se establece que, (i) la fase de exploración tendrá una duración de hasta siete años, prorrogables hasta por tres años más; y, (ii) la duración de la fase de explotación será hasta completar 30 años –contados a partir de la fecha efectiva del Contrato– si se trata de petróleo crudo, y hasta completar 40 años si se trata de gas. A diferencia de la fase de exploración, en la legislación vigente no se prevé la posibilidad de prorrogar el plazo de la fase de

explotación; no obstante, el plazo del Contrato puede extenderse para comprender periodos de retención.

Lo hasta aquí señalado corresponde a las características generales de los Contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos. En lo que resta, nos referimos individualmente a cada tipo de Contrato.

a. Contrato de Licencia:

El Contrato de Licencia es una nueva modalidad de contratación introducida con la entrada en vigencia de la LOH en el año 1993; pues, conforme hemos ya señalado, bajo la legislación anterior –entre otros, la Ley N° 22774– los tipos de contratos a través de los cuales se realizaban las actividades de exploración y explotación eran: los contratos de operaciones y los contratos de servicios.

Así, el Contrato de Licencia se encuentra definido en el literal a) del artículo 10 de la LOH (1993), de la siguiente manera:

“Artículo 10.- Las actividades de exploración y de explotación de Hidrocarburos podrán realizarse bajo las formas contractuales siguientes:

a) Contrato de Licencia, es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el Contratista y por el cual éste obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar Hidrocarburos en el área de Contrato; en mérito del cual PERUPETRO S.A. transfiere el derecho de propiedad de los Hidrocarburos extraídos al Contratista, quien debe pagar una regalía al Estado.”

Conforme se puede observar, esta definición de Contrato de Licencia establecida en la citada Ley, es una definición concreta y suficiente para el

desarrollo posterior –en la misma Ley o en Reglamentos que la desarrollen– de los aspectos técnicos y económicos propios de este tipo contractual.

El objeto de este Contrato suscrito entre Perupetro y el contratista, según el artículo 10 antes citado, consiste en autorizar al contratista a ejecutar actividades de exploración y explotación –asi como, todas aquellas relacionadas con la ejecución del Contrato– tendientes a descubrir y producir hidrocarburos en una determinada área (definida y delimitada en cada Contrato). Para este propósito, bajo su propio riesgo y responsabilidad, el contratista deberá proporcionar todos los recursos técnicos, económicos y financieros que sean necesarios para la ejecución de dichas actividades (LOH, 1993).

Así pues, siendo el contratista el responsable de ejecutar todas aquellas operaciones orientadas a descubrir y producir hidrocarburos, mediante el Contrato de Licencia Perupetro le confiere –al contratista– la propiedad de los hidrocarburos que hayan sido extraídos en el marco de sus operaciones dentro del área de contrato. Como consecuencia de esta transferencia de propiedad, el contratista deberá pagar a favor de Perupetro, una regalía en efectivo determinada en función de la producción fiscalizada de hidrocarburos, y según el mecanismo de valorización establecido en el el Contrato (LOH, 1993).

En la línea de lo anteriormente señalado, cabe señalar que, bajo el marco de los Contratos de Licencia, será el contratista quien asuma el riesgo del

desarrollo de las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos.

¿Qué tipo de contrato es el Contrato de Licencia dentro de los sistemas petroleros fiscales?

Dentro del esquema del *petroleum fiscal systems* de Johnston, tenemos que las características del Contrato de Licencia peruano corresponden a las del sistema de concesiones (modernas). Pues, al igual que en las modernas concesiones, el Contrato de Licencia se caracteriza por: (i) el Estado no actúa directamente sino a través de su empresa estatal Perupetro; (ii) permitir la propiedad privada de los recursos naturales, en tanto que Perupetro le otorga al contratista la propiedad de los hidrocarburos extraídos; (iii) se dispone el pago de regalía a cargo del contratista, en función de la producción de hidrocarburos.

b. Contrato de Servicios:

Al igual que con el Contrato de Licencia, la LOH también se ha ocupado de conceptualizar al Contrato de Servicios, identificando las principales características de este Contrato. En ese sentido, en el literal b) del artículo 10, se define al Contrato de Servicios de la siguiente manera:

“Artículo 10.- Las actividades de exploración y de explotación de Hidrocarburos podrán realizarse bajo las formas contractuales siguientes: [...]

b) Contrato de Servicios, es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el Contratista, para que éste ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de Hidrocarburos en el área de Contrato, recibiendo el Contratista

una retribución en función a la Producción Fiscalizada de Hidrocarburos.” (LOH, 1993).

Mediante esta modalidad contractual, Perupetro contrata los servicios de una empresa petrolera calificada (contratista) para que desarrolle actividades de exploración y explotación –y, todas aquellas relacionadas con la ejecución del Contrato– destinadas al descubrimiento y producción de hidrocarburos en una determinada área. A este efecto, para la ejecución de sus operaciones, el contratista deberá proporcionar –a su propio riesgo– todos los recursos técnicos, económicos y financieros que sean necesarios. (LOH, 1993).

Una vez iniciada la producción, no se transfiere al contratista la propiedad de los hidrocarburos extraídos; sino que, la titularidad de la propiedad de estos recursos se mantiene en Perupetro. A este efecto, conforme se dispone el artículo 46 de la LOH (1993), Perupetro deberá pagar al contratista una retribución como contraprestación por los servicios prestados, la misma que se determina en función de la producción fiscalizada de hidrocarburos, y según el mecanismo de valorización establecido en el el Contrato.

Finalmente, al igual que en los Contratos de Licencia, en este tipo de Contratos también será el contratista quien asuma el riesgo del desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

¿Qué tipo de contrato es el Contrato de Servicios dentro de los Sistemas Petroleros Fiscales?

Siguiendo la clasificación elaborada por Johnson sobre los *petroleum fiscal systems* (2003, p. 10), tenemos que las características del Contrato de Servicios peruano corresponden a las del “contrato de servicios a riesgo” del sistema contractual. Pues, al igual que los contratos de servicios a riesgo, el Contrato de Servicios peruano se caracteriza por: (i) Perupetro contrata a una empresa petrolera (contratista) para que preste servicios consistentes en la realización de actividades de exploración, explotación y otras relacionados; (ii) la retribución al contratista se paga en función de la producción de hidrocarburos obtenida; y, (iii) el riesgo de las actividades objeto del Contrato son asumidas por el contratista, y no por Perupetro.

Estando a lo previamente desarrollado, conforme a la regulación establecida en la LOH (1993) se puede advertir que son tres las diferencias fundamentales entre los Contratos de Licencia y los Contratos de Servicios, las cuales señalamos en la siguiente Tabla:

Tabla 3

Diferencias entre Contratos de Licencia y Contratos de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en la LOH (1993)

Contrato de Licencia	Contrato de Servicios
<ul style="list-style-type: none"> • Perupetro autoriza al contratista a realizar actividades de exploración y explotación dentro del área de contrato, a efectos de descubrir y producir hidrocarburos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Perupetro contrata los servicios del contratista para que éste realice actividades de exploración y explotación dentro del área de contrato, a efectos de descubrir y producir hidrocarburos.

-
- Perupetro le confiere al contratista la propiedad de los hidrocarburos extraídos.
 - El contratista paga una regalía en función de la Producción Fiscalizada de los hidrocarburos (cuya propiedad se le ha otorgado).
 - Perupetro mantiene la propiedad de los hidrocarburos extraídos.
 - Perupetro le paga una retribución al contratista por los servicios prestados, la cual se determina en función de la Producción Fiscalizada de los hidrocarburos.
-

Habiendo señalado las principales características de los tipos de Contratos vigentes a través de los cuales se pueden realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos; es importante advertir que ciertas actividades de exploración de hidrocarburos también pueden ser realizadas a través de Convenios de Evaluación Técnica (en adelante, “CET”). Al respecto, cabe precisar que estos Convenios no constituyen una modalidad de contrato adicional al Contrato de Licencia o Contrato de Servicios, toda vez que no se trata de un tipo de contrato aprobado o autorizado por el Ministerio de Energía y Minas, según se dispone en el literal c) del artículo 10 de la LOH.

No obstante ello, es pertinente para estos efectos señalar que, según se establece en la Sección II de la “Política para Convenios de Evaluación Técnica”, aprobada mediante Acuerdo de Directorio N° 078-2017, los CET son convenios suscritos por Perupetro con empresas petroleras calificadas, con el propósito de “realizar trabajos y/o estudios geológico-geofísicos integrales bajo estándares internacionales de calidad, [...] en áreas con escasa información o que requieren de trabajos y/o estudios adicionales, con el objetivo de evaluar la posible suscripción de un Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos” (Perupetro S.A., 2017).

Conclusiones:

Desde mediados del siglo pasado, con la separación entre el dominio minero y el tratamiento y regulación de la industria de los hidrocarburos, los tipos de contratos utilizados por el Estado para regular las actividades de exploración y explotación de estos recursos naturales han variado en gran medida, los cuales –asimismo– han reflejado el tránsito que ha tenido el rol del Estado en esta industria, pasando de una fuerte injerencia Estatal (con el monopolio de Petroperú) a concesiones otorgadas a particulares. Tales tipos de contratos han sido objeto de regulación de diversas normas, pasando desde la Ley N° 11780 (Ley del Petróleo) hasta la actualidad, con la Ley N° 26221 (LOH).

A inicios de la década de 1990 (esto es, durante la Constitución de 1979) se emitieron diversos Decretos Legislativos –principalmente los D.L. N° 655, N° 662, N° 668, y N° 757– orientados a fomentar la inversión privada en el país, la cual había decaído. Poco antes de la aprobación de la Constitución de 1993 se aprobó la actual LOH, inspirada en los principios de la libre iniciativa privada, libre competencia, promoción de la inversión, y la estabilidad jurídica.

Comparando con la clasificación de los sistemas petroleros fiscales de Johnston, en el Perú se ha optado por ambos sistemas: el sistema de concesiones, y –parcialmente– el sistema contractual. De esta manera, el Contrato de Licencia comparte las características de las modernas concesiones, en tanto que, principalmente: el contratista se encuentra obligado al pago de regalías por los hidrocarburos producidos, respecto de los cuales se le otorga la propiedad –de los hidrocarburos extraídos– (LOH, 1993).

Asimismo, el Contrato de Servicios peruano guarda correspondencia con el contrato de servicios a riesgo del sistema contractual; en tanto que, en este caso: Perupetro contrata a la empresa petrolera contratista para que –bajo su propio riesgo– realice de actividades de exploración y explotación, pagándole a ésta una retribución en función de la producción de hidrocarburos (LOH, 1993).

V. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIDAD O *STABILIZATION CLAUSES*

Conforme hemos señalado en capítulos previos, para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se requiere de la inversión de grandes capitales –por tratarse de proyectos de gran envergadura–, principalmente debido a la naturaleza de las operaciones que se deben realizar dentro del área concedida (lote petrolero); y, en atención al plazo de duración de los contratos, generalmente, décadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, una de las principales interrogantes y preocupaciones de los inversionistas al momento de evaluar realizar tales actividades de hidrocarburos en un determinado Estado –sea nacional o extranjero–, reside en si el ordenamiento jurídico interno de éste –el Estado anfitrión donde se realizará la inversión– ofrece suficientes garantías que le aseguren estabilidad en el desarrollo de la actividad económica que pretende realizar, sin riesgo de limitaciones estatales arbitrarias o contrarias a derecho. Claro está, tal preocupación aumenta si se toma en consideración el monto del capital invertido para el desarrollo de la actividad económica, y el riesgo latente de su pérdida.

Sobre ello, Amado y Miranda han señalado que la falta de seguridad de los inversionistas en la contratación con un Estado se sustenta, por un lado, en la capacidad del Estado de modificar su propio ordenamiento jurídico; y, por otro, en la atribución

que el derecho administrativo confiere a muchos Estados –según los alcances de su marco normativo– para modificar o extinguir el contrato, sin otro sustento que el interés público (1996, pp. 16-17).

Ante ello, y con el propósito de fomentar la inversión privada en este sector⁴, los Estados suelen otorgar diversos tipos de garantías a quienes realicen actividades económicas en su territorio, tales como, entre otras, las denominadas “garantías de estabilidad” o “*stability clauses*”; las cuales son usualmente reguladas en la legislación interna de cada Estado, a fin de dotarlas de mayor fuerza y exigibilidad. No obstante, algunos Estados optan por concederlas a través de cada contrato en específico, sin perjuicio de no haberlas regulado previamente en alguna norma jurídica de su ordenamiento⁵.

Doctrinariamente se señala que las garantías de estabilidad surgieron en respuesta a la posibilidad latente que el Estado modifique unilateralmente los términos de los contratos, a su favor y en perjuicio del inversionista; razón por la cual, se buscó mediante este tipo de garantía asegurar –a los inversionistas– que los contratos no

⁴ En esa misma línea, Gjuzi señala que, “*Stabilization clauses were hence introduced as an important tool for the promotion of foreign investment by the governments in some African states, Latin American states, and a number of transition economies (post-socialist countries)*” (2017, p. 19).

⁵ En relación a ello, GJUZI señala que, “*Since two decades, and in the context of their investment attraction policies, a number of developing countries provide for stability guarantees in their domestic law such as in constitutions and laws (statutes) enacted by the parliament (legislative branch), regulations approved by the government (executive branch), and individual administrative acts (permits, licenses) issued by various governmental authorities. Domestic law addresses stability in at least two ways. In one way, a domestic law (statute) may provide for the right of the state to offer to the investor a stabilization clause in a subsequent investment contract or individual administrative act. Such domestic legal provisions are no stabilization clauses per se; they rather constitute a legally-based opportunity (offer) for a future stabilization guarantee. In another way, a domestic law (statute) may stabilize automatically certain aspects of the legal regime governing foreign investment projects. Accordingly, there is a difference between the latter, which are legislative (statutory)/regulatory stability provisions, and the former, which simply allow the state to commit to stability under contract with a foreign investor and subject to certain conditions*” (2017, p. 34).

serían modificados y permanecerían “estabilizados” (Polkinghorne, s.f., p. 1). Posteriormente, en respuesta a las nuevas y distintas situaciones de aquellas que inspiraron su creación, se han diseñado diversos tipos de garantías de estabilidad, plasmadas en los contratos para la exploración y producción de hidrocarburos celebrados en diversos países del mundo; así como, aquellas desarrolladas en la doctrina.

Al respecto, sobre estas garantías, Cotula señala que, “*stabilization clauses aim to stabilize the terms and conditions of an investment project, thereby contributing to manage non-commercial (that is, fiscal, regulatory) risk. They involve a commitment by the host government not to alter the regulatory framework governing the project, by legislation or any other means, outside specified circumstances (e.g. consent of the other contracting party, restoration of the economic equilibrium and/or payment of compensation)*” (2008, p. 72). En ese sentido, tenemos que las garantías de estabilidad se constituyen como verdaderos mecanismos de protección para los inversionistas –en este caso, las compañías petroleras contratistas– ante el riesgo político y normativo que pueden llegar a representar determinados actos del Estado anfitrión en ejercicio de su poder soberano (Gjuzi, 2017, p. 37).

Así pues, los diversos tipos garantías de estabilidad son clasificados en doctrina en dos familias o grupos: por un lado, las clásicas cláusulas de estabilidad o *classic stabilization clauses*; y, por otro, las modernas cláusulas de estabilidad o *modern stabilization clauses*; las cuales serán desarrolladas en el presente capítulo.

1. Clásicas Cláusulas de Estabilidad o *Classic Stabilization Clauses*:

Las *classic stabilization clauses* son garantías que han cobrado una gran importancia en el desarrollo del sector hidrocarburos –así como de otras industrias–, especialmente en épocas en las cuales la inestabilidad e incertidumbre política y jurídica marcaban la forma de gobierno en muchos Estados con potencial para el desarrollo de actividades hidrocarburíferas en sus territorios. Ante estas situaciones, el rol de las clásicas cláusulas de estabilidad fue principalmente atraer inversiones a los Estados, mediante el otorgamiento de garantías y seguridades a las empresas petroleras en el desarrollo de sus actividades económicas.

Bajo este marco, dentro del grupo de las clásicas cláusulas de estabilidad se pueden identificar diversos tipos, siendo las más utilizadas: (i) las *freezing-out clauses* o cláusulas de congelamiento; (ii) las *intangibility clauses* o cláusulas de intangibilidad; y, (iii) las *hybrid clauses* o clásicas cláusulas híbridas. Sobre éstas garantías nos referimos a continuación:

a. Cláusulas de Congelamiento o *Freezing-Out Clauses*:

La *freezing-out clause* o cláusula de congelamiento es una de las garantías más representativas y comúnmente utilizadas dentro de las clásicas cláusulas de estabilidad. Este tipo de garantía se encuentra orientada a proteger los intereses de las compañías petroleras contratistas –privadas– respecto a los cambios normativos posteriores que pudieran ocurrir en virtud del ejercicio del Poder Legislativo del Estado anfitrión (Bernardini,

2008, p. 100). Al respecto, Mansour y Nakhle definen a las cláusulas de congelamiento de la siguiente manera:

“[A]lso referred to as stabilization clause stricto sensu in the legal profession. It provides that the governing laws –general and special– applicable to operations under a contract between a company and a sovereign state should be those of the state at the time the contract was executed. In other words, it intends to guarantee that the future laws of the host state will not affect the contractual relationship. Freezing typically covers all tax policy changes that could affect the tax situation of an investment project (and hence its profitability), whether or not such taxes are included in the contract.” (2016, pp.14-15)

En esa misma línea, Maniruzzaman señala lo siguiente:

*“The parties may include provisions in the contract intending to insulate the contractual relationship from any subsequent governmental legislative or administrative measures that may have the effect of annulling or altering such relationship. The purpose of such device is to keep the investor’s rights unaffected by subsequent enactments or other governmental measures. [...] Another legal technique is often used by which the contract itself is promulgated as a special law, ie to accord supremacy to the contract as *lex specialis* over current or subsequent legislative enactments”* (2008, p. 120).

Según se puede advertir, mediante las *freezing-out clauses* el Estado anfitrión garantiza al contratista que las normas jurídicas aplicables al contrato al momento de su celebración, se mantendrán vigentes e inalterables (vale decir, “congeladas”) hasta su terminación, no siéndole aplicable a la relación jurídica contractual aquellas normas que se emitan con posterioridad a dicha fecha; sea que regulen nuevos supuestos de hecho, o que modifiquen las normas ya existentes. Para estos efectos, el objeto de esta garantía puede consistir en la estabilización –

congelamiento— de uno o varios regímenes jurídicos aplicables al contrato, siendo el más usual el régimen tributario.

De igual modo, y según también lo ha señalado Maniruzzaman en la definición antes citada, la “estabilización” perseguida por este tipo de garantía puede alcanzarse si, contractual o legalmente, se dispone que aquella normativa que se encuentre vigente al momento de la celebración del contrato —y que le sea aplicable a éste— goza del *status* de “*lex specialis*” sobre la legislación futura que verse sobre las mismas materias; con lo cual, las primeras primarían sobre las segundas (Gehne y Grillo, 2014, p. 4).

No obstante, este tipo de cláusula de estabilidad ha sido —y, es— severamente criticada en la doctrina, principalmente, por los efectos que genera sobre el contrato, y por la estabilidad de su vigencia. En ese sentido, entre las críticas que se le han formulado, consideramos que son dos las más relevantes: la primera crítica radica en su “rigidez”; pues, conforme bien ha advertido Al Faruque, la rigidez de las cláusulas de congelamiento genera que el contrato no se ajuste a las nuevas y cambiantes situaciones que se presenten a lo largo de su vigencia —más aún si se considera que en su mayoría son contratos de extensa duración—; hecho que puede dar origen a conflictos entre las partes, cuando la necesidad de adecuar el contrato a las nuevas situaciones sea inevitable (2005, p.130).

Por otro lado, la segunda crítica a este tipo de cláusulas reside en la inestabilidad de la vigencia de esta garantía frente a las políticas de los Gobiernos de turno —más aún si se toma en consideración la larga duración

de estos contratos—. Al respecto, cabe traer a colación lo señalado por Gehne y Grillo en cuanto a que, “*even though freezing clauses seem to “freeze” the right of the host state to regulate with respect to the investment contract between the parties and by this turn illegal any adverse state action, these clauses are still no guarantee against the state’s exercise of sovereign authority in the public interest*” (2014, p. 4). En ese sentido, se advierte el riesgo que las garantías reconocidas en los contratos —y, de ser el caso, en la legislación del Estado anfitrión— celebrados durante un determinado Gobierno, sean desconocidas (dejadas sin efecto) por un gobierno posterior, por ejemplo, por razones meramente políticas.

A efectos de graficar lo anteriormente señalado, citamos a continuación un modelo de cláusula de congelamiento contenido en artículo 36 del *production sharing contract* de la República Árabe Saharaui:

“This Contract is executed between the Parties in accordance with the laws and regulations in force at the date of its signing and on the basis of the provisions of said laws and regulations, as regards, inter alia, the economic, fiscal and financial provisions of this Contract.” (Como se citó en Maniruzzamn, 2008, p. 121).

b. Cláusulas de Intangibilidad o *Intangibility Clauses*:

La *intangibility clause* o cláusula de intangibilidad es una de las garantías de estabilidad de mayor importancia en la contratación en materia de hidrocarburos —así como en otros sectores productivos, y de otras naturalezas—, que impide el ejercicio arbitrario del poder estatal para alterar el contenido del contrato. Al respecto, Al Faruque define a la cláusula de intangibilidad en los siguientes términos:

“In general, an intangible clause denotes that contracts will not be modified or abrogated except by the mutual consent of the contracting parties. The intangible clause is widely used in petroleum contracts. These clauses do not contain an explicit waiver of legislative sovereignty but rather seek to prevent unilateral modifications of contract by the host State.” (2005, p. 99).

En ese sentido, mediante las cláusulas de intangibilidad –como su propia denominación lo indica–, el Estado anfitrión garantiza al contratista que el contenido del contrato se mantendrá inalterable hasta la terminación de su vigencia, pudiendo únicamente ser modificado mediante previo acuerdo entre las partes. Al tratarse de proyectos de gran envergadura, generalmente la legislación interna de cada Estado o en el propio contrato, se ordena que, para la validez de tales modificaciones contractuales se requerirá del cumplimiento de determinadas formalidades, por ejemplo: que el acuerdo conste por escrito, formalidades notariales y/o inscripciones registrales, aprobación previa de otras entidades gubernamentales, entre otros.

Por consiguiente, este tipo de garantía proscribire cualquier modificación unilateral del contrato por parte del Estado en ejercicio de su *ius imperium*; hecho que, en el plano práctico, neutraliza el poder soberano del Estado al obligarlo a buscar la previa aprobación –o negociación– de la otra parte contractual (Sornarajah, 2010, como se citó en Gjuzi, 2017, p. 44).

A diferencia de las *freezing-out clauses*, el objeto de las cláusulas de intangibilidad no es garantizar la invariabilidad (congelamiento) de la legislación aplicable al contrato, sino que, garantiza que el contenido del

contrato no varíe (permanezca intangible) sin previo acuerdo entre las partes.

Para una mejor representación de lo señalado en este acápite, citamos a continuación un modelo de cláusula de intangibilidad regulada en el numeral 7 del artículo 30 del *production sharing contract* de Mozambique suscrito en el año 2001:

“The government will not without the agreement of the contractor exercise its legislative authority to amend or modify the provisions of this Agreement and will not take or permit any of its political subdivisions, agencies and instrumentalities to take any administrative or other action to prevent or hinder the contractor from enjoying the rights accorded to it Hereunder.” (Como se citó en Gjuzi, 2017, p. 43)

c. Clásicas Cláusulas Híbridas o *Hybrid Clauses*:

Las clásicas *hybrid clauses* o clásicas cláusulas híbridas nacen a partir de la combinación de las cláusulas de congelamiento y las cláusulas de intangibilidad, recogiendo en su estructura las principales características de cada una de ambas garantías. Sobre ello, Mansour y Nakhle han señalado que este tipo de cláusulas *“includes both freezing stricto sensu and intangibility; its aim is to protect against destabilization and unilateral actions”* (2016, p. 15).

En ese sentido, a través de este tipo de cláusula de estabilidad, el Estado anfitrión garantiza al contratista que, durante la vigencia del contrato se mantendrán inalterables: (i) las normas jurídicas –sobre una o varias materias– aplicables al contrato al momento de su celebración, no siéndole aplicable las normas emitidas con posterioridad; y, (ii) el contenido del

contrato, salvo que ambas partes acuerden su modificación. Al respecto, cabe precisar que, ambas garantías no necesariamente tienen que estar reguladas en el mismo capítulo, artículo o cláusula; sino que, válidamente pueden estar reguladas de manera separada, y sin perjuicio de ello, ser simultáneamente aplicables a los mismos contratos.

Por otro lado, al incorporar ambos tipos de garantías, a las cláusulas híbridas se le formula –asimismo– las mismas críticas realizadas, principalmente, a las cláusulas de congelamiento. De esta manera, las clásicas cláusulas híbridas son criticadas por generar excesiva rigidez al contrato; así como, por el riesgo de estabilidad de su vigencia frente a las decisiones de cada Gobierno de turno.

2. Modernas Cláusulas de Estabilidad o *Modern Stabilization Clauses*:

Conforme hemos desarrollado en el acápite precedente, una de las críticas más trascendentales a las clásicas cláusulas de estabilidad –concretamente a las *freezing-out clauses* y las *hybrid clauses*– radica en la excesiva rigidez que genera el “congelamiento” de determinados regímenes normativos –según sea cada caso–, limitando así la adecuación de los contratos a nuevas situaciones que se presenten a lo largo de su vigencia, como podría ser la aplicación de normas que le resulten más favorables. Considerando tales desventajas, se evidenció la necesidad de un cambio en la configuración y diseño de las garantías de estabilidad, redirigiendo su enfoque de protección a intereses de índole patrimonial de las compañías petroleras privadas, surgidos a partir de las nuevas situaciones económicas y políticas, distintas de aquellas que inspiraron a las clásicas cláusulas de estabilidad.

En ese marco, surgieron las denominadas *modern stabilization clauses* o modernas cláusulas de estabilidad, ya no orientadas a proteger la no variación del contenido del contrato o de la legislación que le es aplicable, sino enfocadas en asegurar la estabilidad de la situación económica de las partes respecto del contrato. En ese sentido, estas garantías se constituyen como una alternativa a las clásicas cláusulas de estabilidad, y con un enfoque de protección distinto.

Así, dentro del grupo de las modernas cláusulas de estabilidad, las garantías más utilizadas son: (i) las *economic equilibrium clauses* o cláusulas de equilibrio económico; y, (ii) las *allocation of burden clauses* o cláusulas de asignación de la carga.

a. Cláusulas de Equilibrio Económico o *Economic Equilibrium Clauses*:

Las cláusulas de equilibrio económico son las garantías más representativas dentro del grupo de las modernas cláusulas de estabilidad. Desde su surgimiento, este tipo de cláusulas han cobrado una importante relevancia debido a que la garantía concedida a las compañías petroleras versa sobre aspectos económicos del contrato, materia que no era objeto de protección por las clásicas cláusulas de estabilidad.

A efectos de un mejor entendimiento del concepto y alcances de este tipo de garantía de estabilidad, conviene citar algunas definiciones que en doctrina se han hecho al respecto. Veamos:

Gjuzi define a las cláusulas de equilibrio económico en los siguientes términos:

“An economic equilibrium clause provides that if the economics of the investment contract is affected adversely, and occasionally favorably, by any host state unilateral action (triggering event), the terms of the contract shall be readjusted automatically or otherwise renegotiated so that the foreign investor enjoys the same financial position originally agreed upon by the parties. Often there is an additional duty of the state to pay compensation for the losses incurred from the triggering event.” (2017, p. 46).

Por su parte, Cameron define a este tipo de cláusulas de la siguiente manera:

“Essentially, the provision stipulates that if the host government adopts a measure subsequent to the conclusion of the petroleum contract in which the fiscal terms are stated, that is likely to have damaging consequences to the economic benefits for one or both of the parties, a re-balancing will take place. Petroleum contracts differ in their treatment of how that balancing will be effected. On one view, the adjustment may be automatic or achieved in a manner stipulated in the contract so that the economic balance struck between the parties on the effective date of the contract is re-established.” (2006, p. 31).

En la línea de las definiciones antes citadas, Cotula, citando a Piero Bernardini, señala lo siguiente:

“Economic equilibrium clauses constitute another type of stabilization clause. They link alterations of the terms of the contract to a renegotiation of the contract in order to restore its original economic equilibrium [...]. In other words, differently to freezing clauses, economic equilibrium clauses stabilize the economic equilibrium of the contract rather than the regulatory framework itself: regulatory changes are possible so long as action is taken to restore the economic equilibrium. Economic equilibrium clauses may also empower arbitrators to determine adjustments to the contract if negotiations fail.” (Bernardini, como se citó en Cotula, 2008, p. 73).

De acuerdo con las definiciones antes citadas, las cláusulas de equilibrio económico son garantías a través de las cuales el Estado asegura a la empresa petrolera inversionista que la equivalencia (o equilibrio) existente entre las prestaciones se mantendrán hasta la terminación del contrato. En tal sentido, en caso la entrada en vigencia de alguna norma jurídica o regulación emitida por el Estado durante la vida del contrato ocasione un desequilibrio económico entre las prestaciones, las partes deberán suscribir una adenda a través de la cual se reestablezca dicha equivalencia económica, y se coloque a la parte afectada en una posición similar a la que mantenía antes de que se produjese tal afectación –es decir, previo a la emisión de las regulaciones lesivas a la economía del contrato–.

Vale decir, este tipo de garantía no prohíbe que al contrato se le apliquen normas futuras –como si sucede con las garantías de congelamiento–; sino que, busca proteger la estabilidad del equilibrio económico entre las partes, y en caso tal equilibrio se vea afectado por la aplicación de alguna norma o regulación gubernamental posterior, disponer los mecanismos necesarios e idóneos para restituirlo. Sobre lo anterior, y en la misma línea, Bakken y Gormley señalan que, *“it makes more sense to view stabilization clauses not as “freezing” the law at any given point in time, but rather as a measure to adjust the contract for the economic impact of new laws and regulations by ensuring that such laws and regulations shall not impact the commercial balance between the parties”* (2010, p. 200).

Bajo este supuesto, en el cual alguna norma jurídica o regulación emitida por el Estado afecta el equilibrio económico del contrato, la parte cuyos

intereses se ven afectados es la empresa petrolera, y no el Estado contratante; pues, es el Estado quien –ejerciendo su poder soberano– emite la norma que genera la afectación que activa el contenido de esta garantía de estabilidad. En consecuencia, usualmente será la parte privada del contrato quien invoque la cláusula de equilibrio económico solicitando el *rebalancig* que le permita gozar –nuevamente– de la situación económica contractual que mantenía en un inicio.

En esa línea, asegurar la estabilidad de la equivalencia económica entre las prestaciones viene acompañada o supone la tutela de los derechos y obligaciones contractuales con incidencia o repercusión económica. En caso no exista una norma jurídica que defina los alcances de esta garantía de estabilidad, quedará a dispensa de las partes determinar las materias comprendidas dentro de su ámbito de protección, siendo factible –en ese escenario– proteger todas o solo algunas.

El supuesto bajo el cual hemos comentado hasta ahora las cláusulas de equilibrio económico es uno en el cual la afectación producida es perjudicial para la situación económica de alguna de las partes. No obstante, ¿qué sucede en aquellos casos en los cuales la afectación es positiva? Así pues, estaremos ante supuestos en los cuales la entrada en vigencia de alguna norma jurídica o regulación coloca a alguna de las partes en una posición más beneficiosa que aquella que mantenía antes de emitirse tales normas o regulaciones, generando –de esta manera– alteración en equilibrio económico entre ambas partes respecto de su situación en el contrato. En este escenario de afectación positiva a los

intereses económicos de alguna de las partes del contrato –que de igual forma altera la equivalencia entre las prestaciones–, consideramos que nada obsta para que la parte afectada solicite activar los mecanismos previstos en esta garantía para restablecer el equilibrio económico, y así mejorar también su situación económica contractual.

Una vez acreditada la afectación positiva o negativa al equilibrio económico del contrato, ¿cómo se restituye dicho equilibrio económico? Conforme hemos señalado líneas arriba, el *rebalancing* del equilibrio económico deberá hacerse mediante la suscripción de una adenda al contrato, en la cual se establezcan medidas orientadas a colocar a la parte afectada en una posición similar a la que mantenía antes de la emisión de las normas o regulaciones que ocasionaron la afectación. En caso la afectación producida genere efectos positivos en la situación de alguna de las partes, y siempre que este supuesto haya sido regulado en la cláusula de estabilidad, el equilibrio económico se reestablecerá colocando a la parte “no beneficiada” en una mejor posición que la que mantenía antes de que se produjese la afectación positiva para la otra parte; o, en su defecto, mediante la entrega de una compensación a su favor, por la parte “beneficiada”.

Por otro lado, en cuanto a la justificación de la existencia del principio de equilibrio económico en los contratos administrativos, Rodríguez (2011) señala que ésta puede responder a diversos fundamentos, entre los cuales resaltan más: asegurar la protección del contratante particular, obligación

de mantener la igualdad ante las cargas públicas, la justicia contractual, y la conmutatividad propia de éstos (pp. 60-71).

En el marco de lo anterior, es posible identificar diversos tipos de cláusulas de equilibrio económico, siendo las más utilizadas las siguientes: (i) cláusula de equilibrio económico estipulado o *stipulated economic balancing* (SEB); (ii) Cláusula de equilibrio económico no especificado o *non-specified Economic Balancing* (NSEB); y, (iii) cláusula de balance económico negociado o *negotiated economic balancing* (NEB). Respecto de las cuales nos referimos a continuación:

i. Cláusula de Equilibrio Económico Estipulado o *Stipulated Economic Balancing* (SEB):

De acuerdo con Maniruzzaman, mediante este tipo de cláusula de estabilidad, ambas partes acuerdan la modificación automática del contrato en caso se produzca en el futuro una afectación al equilibrio económico –entre las partes–, como consecuencia de la entrada en vigencia de alguna norma jurídica o regulación emitida por el Estado durante la vida del contrato (2008, p. 125), sobre alguna o algunas materias de incidencia económica reguladas en éste, según acuerden las partes. Nótese que la principal característica de este tipo de cláusula radica en la obligación de las partes de “modificar automáticamente” el contrato, en caso se afecte el equilibrio económico del mismo.

En ese sentido, para que opere la modificación automática del contrato, las partes deberán regular en la cláusula de estabilidad la forma y el modo en cómo se realizará dicha modificación contractual (Gjuzi, 2017, p. 46). Para ello, por ejemplo, pueden establecer fórmulas que permitan el reajuste de los beneficios económicos derivados del contrato, y así colocar a la parte afectada en la misma situación que mantenía antes que se genere la afectación al equilibrio económico.

ii. Cláusula de Equilibrio Económico No Especificado o *Non-specified Economic Balancing* (NSEB):

Conforme bien señala Umirdinov, las *non-specified economic balancing clauses* (NSEB) “*does not specify the nature of an automatic amendment, neither does it necessitate the mutual agreement of the parties*” (2015, p. 466). Según se advierte de la definición antes citada, mediante este tipo de cláusulas, si bien se dispone que se deberá suscribir una adenda al contrato en caso se afecte el equilibrio económico por la entrada en vigencia de alguna norma jurídica o regulación emitida por el Estado –durante la vigencia del contrato–; no se precisa la forma ni el modo cómo esta garantía de estabilidad debe ejecutarse. En consecuencia, estamos ante una cláusula de contenido abierto, que deberá ser posteriormente complementada entre las partes, al momento de ser invocada por alguna de ellas.

No obstante, de no haber sido objeto de amplio desarrollo doctrinario, existe consenso en la poca precisión de este tipo de cláusulas, hecho que puede generar dificultades e incertidumbre en su aplicación práctica al momento de invocarla por haberse producido una afectación al equilibrio económico entre las partes del contrato. En este marco, y ante los vacíos en la regulación contenida en la cláusula NSEB, en caso las partes hagan efectiva esta cláusula, deberán acordar la forma y el modo en que se deberá suscribir la adenda al contrato –por ejemplo, definiendo como se llevará a cabo el proceso de negociación (en caso la haya), entre otros–.

iii. Cláusula de Balance Económico Negociado o *Negotiated Economic Balancing* (NEB):

De acuerdo con lo señalado por Gjuzi, las *negotiated economic balancing clauses* (NEB) “[...] focuses on the parties express commitment to enter a negotiating process upon the triggering event in order to obtain the economic balance of the investment contract” (2017, p. 47). En la misma línea, Polkinghorne (s.f., p. 3) señala que, estas cláusulas “*require the parties to meet to negotiate amendments to the contract*”.

En ese sentido, a diferencia de las cláusulas SEB y NSEB, mediante las cláusulas NEB las partes no acuerdan una adenda automática, sino que, pactan someterse a un proceso de negociación que permita arribar a un acuerdo sobre las medidas orientadas a restablecer el equilibrio económico afectado por la entrada en vigencia de alguna

norma jurídica o regulación emitida por el Estado, las cuales serán plasmadas en la respectiva adenda contractual.

En el marco de lo previamente señalado, a modo de ejemplo, citamos a continuación un modelo de cláusula de equilibrio económico regulada en el artículo 30 del *production sharing contract* suscrito en la República Unida de Tanzania en el año 2004:

“If at any time or from time to time there should be a change in legislation or regulations which materially affects the commercial and fiscal benefits afforded by the Contractor under this contract, the Parties will consult each other and shall agree to such amendments to this Contract as are necessary to restore as near as practicable such commercial benefits which existed under the Contract as of the Effective Date” (Como se citó en Cameron, 2017, p. 395).

Finalmente, es pertinente señalar que las cláusulas de equilibrio económico son relacionadas a los *material adverse changes* (MAC) o cambios materialmente adversos. A efectos de explicar en qué consiste esta vinculación, es pertinente definir, en primer lugar, en qué consisten las cláusulas MAC. Al respecto, Mcnair las define de la siguiente manera:

“Material Adverse Change (MAC) clauses are most commonly used in acquisitions and project financing transactions. MAC clauses are a common means of allocating the risks presented by adverse business or economic developments occurring between the signing and the closing of an acquisition agreement. A MAC clause aims to give the buyer the right to terminate the agreement before completion, or to provide a basis for renegotiating the transaction, if events occur that are seriously detrimental to the target assets/Company” (2016, p. 3).

Sin perjuicio de tratarse de cláusulas habitualmente incorporadas en contratos de *mergers and acquisitions* (M&A), contratos financieros y contratos de inversiones, la figura de los “cambios o materialmente adversos” también puede ser incorporada en contratos de naturaleza distinta a los antes mencionados, por ejemplo: en contratos de hidrocarburos.

Así pues, conforme a la definición de Mcnair antes citada, las cláusulas MAC se configuran como instrumentos a través de los cuales las partes de un contrato asignan –entre ellas mismas– la asunción de riesgos sobre la posible ocurrencia de determinados eventos que generen perjuicios patrimoniales a alguna de las partes (por ejemplo, beneficios económicos dejados de percibir). A este efecto, las partes deberán definir con claridad y suficiencia cuáles son los eventos comprendidos dentro de la categoría de “cambios o efectos materialmente adversos”.

En consecuencia, en caso se produzca de alguno de estos eventos calificados como “cambios o efectos materialmente adversos”, la parte afectada tendrá el derecho de: (i) terminar el contrato; o, (ii) solicitar la renegociación de los términos del contrato, según los alcances pactados en la cláusula MAC.

Al igual que como sucede en las cláusulas MAC, para la invocación –y posterior aplicación– de la cláusula de equilibrio económico es necesario que previamente se haya producido un “hecho detonante” que obligue a las partes a suscribir una adenda contractual que restablezca el equilibrio económico afectado por dicho evento. Así pues, en el caso de los contratos

de hidrocarburos que contienen una cláusula de equilibrio económico, este “hecho detonante” consiste en la entrada en vigencia de alguna norma jurídica o regulación emitida por el Estado durante la vigencia del contrato (según los alcances de la cláusula de estabilidad, por ejemplo, en cuanto a las materias protegidas), que genere desequilibrio económico entre las partes. De esta manera, dicho evento puede ser calificado en el contrato de hidrocarburos como un “cambio materialmente adverso” que, en caso se produzca, obligue a la suscripción de una modificación del contrato.

En la línea de lo anterior, es pertinente precisar que, a diferencia de las cláusulas MAC, en las cláusulas de equilibrio económico no se prevé que la parte afectada por la ruptura de tal equilibrio económico tenga la facultad para terminar unilateralmente el contrato; toda vez que, se trata de una garantía orientada a asegurar la estabilidad del contrato, y no constituirse como un medio para su finalización.

b. Cláusulas de Asignación de la Carga o *Allocation of Burden Clauses*:

Este tipo de garantías se presentan como una alternativa a las cláusulas de equilibrio económico, dentro del grupo de las modernas cláusulas de estabilidad. Así, las *allocation of burden clauses* pueden ser definidas, siguiendo Cameron y Stanley, de la siguiente manera:

“The burden arising from a change in laws applicable to the contract is shifted by means of this clause from the investor to the state company. No balancing is implied and no amendment of the contract is required. It is the national company that is required to take remedial action under the contract, such as paying an additional tax or royalty” (2017, p. 100).

En la misma línea, Gjuzi señala lo siguiente sobre esta garantía:

“However the allocation of burden clauses do not imply any rebalancing or amendment of the contract. Instead they transfer the economic impact of such a change to the other party, by providing for the specific form of compensation of the foreign investor for the additional burden he might suffer due to the unilateral change in law. The NOC has to take action upon the occurrence of the triggering event.” (2017, p. 52).

De acuerdo con las definiciones antes citadas, mediante las *allocation of burden clauses* se dispone el deber de una de las partes –el Estado contratante, o la empresa estatal que actúe en su representación– de pagar una compensación a la otra –empresa petrolera contratista– por los perjuicios que ésta pueda sufrir como consecuencia de entrada en vigencia de normas jurídicas durante la vida del contrato. Es decir, a través de este tipo de garantía, la carga económica que represente el perjuicio patrimonial sufrido por la contratista a causa del impacto generado por la –nueva– normativa emitida, le es trasladado al Estado contratante, quien en consecuencia se encontrará obligado a resarcir tal daño.

En ese sentido, a diferencia de las cláusulas de equilibrio económico, las *allocation of burden clauses* no generan la obligación de suscribir una adenda al contrato en caso un determinado evento –cambio en la normativa aplicable al contrato– genere perjuicio a la compañía petrolera contratista; sino que, ordena el pago de una compensación a favor de ésta cuyos intereses se han visto afectados. Claro está, que el contenido y los alcances de esta cláusula de estabilidad deberá ser definido y delimitado por las partes.

A efectos de graficar lo anteriormente señalado, citamos a continuación un modelo de *allocation of burden clauses* contenido en *production sharing contract* suscrito en Kurdistán en el 2010:

“The GOVERNMENT shall indemnify each CONTRACTOR entity on demand against any liability to pay any taxes, duties, levies, charges, impositions or withholdings assessed or imposed on such entity which relate to any of the exemptions granted by the GOVERNMENT under this Article 31.1” (Cameron 2010, como se citó en Cameron y Stanley, 2010, p. 100).

Conclusiones:

En doctrina se han elaborado diversos tipos de cláusulas de estabilidad aplicables a los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, las cuales han sido agrupadas en dos familias o grupos: las clásicas cláusulas de estabilidad; y, por otro, las modernas cláusulas de estabilidad. Las clásicas cláusulas de estabilidad se integran por: las *freezing-out clauses*, *intangibility clauses*, y las clásicas *hybrid clauses*. Mientras que, por su parte, las modernas cláusulas de estabilidad se conforman, principalmente, por: las *economic equilibrium clauses*, y las *allocation of burden clauses*.

En cuanto a las clásicas cláusulas de estabilidad, con excepción de las *intangibility clauses*, a las *freezing-out clauses* (o cláusulas de congelamiento) se le han formulado en doctrina diversas críticas, siendo la principal la excesiva rigidez que generan sobre el contrato. Pues, como su denominación lo hace suponer, este tipo de garantía “congela” ciertos regímenes normativos vigentes al momento de la celebración del contrato –comúnmente el régimen tributario–; impidiendo, de esta manera, que normas posteriores les sean aplicables, aun cuando dichas regulaciones le sean más beneficiosas que aquellas que se encontraban vigentes a la celebración del contrato.

Por su parte, y en atención a lo anterior, las modernas cláusulas de estabilidad surgieron como una alternativa a las clásicas cláusulas de estabilidad, ya no orientadas a proteger la no variación del contenido del contrato o de la legislación que le es aplicable, sino enfocadas en asegurar la estabilidad de la situación económica de las partes respecto del contrato.

VI. ALCANCES DE LA ESTABILIDAD CONTRACTUAL EN EL PERÚ

1. Cuestión previa: algunos antecedentes relevantes sobre la relación entre el Estado y la empresa privada en el sector hidrocarburos

A priori del desarrollo de las garantías de estabilidad aplicables a las actividades de hidrocarburos del *upstream* nacional, traemos a colación dos conflictos suscitados entre el Estado peruano y compañías petroleras privadas, cuyos desenlaces fueron, finalmente, actos estatales confiscatorios del capital privado. Nos referimos al caso de la International Petroleum Company (IPC); y, al de Belco Petroleum Company.

El primer caso para comentar es la confiscación del patrimonio de la IPC por parte del Estado, la cual era una empresa petrolera subsidiaria de la estadounidense Standard Oil, que realizaba, entre otras actividades, exploración y explotación de hidrocarburos en Perú. La IPC inició sus actividades de hidrocarburos en la Brea y Pariñas (Talara, Piura) en el año 1914 –al arrendar los derechos que la compañía London Pacific mantenía sobre esta área–; no obstante, es recién a partir del año 1924 que la IPC lo hizo como propietaria, bajo los términos de una concesión internacional que establecía un régimen

tributario especial para ésta (Furnish, 1970, p. 127) –establecido en el Laudo arbitral de 1922⁶–.

El 13 de agosto del año 1968, a finales del Gobierno de Fernando Belaúnde Terry, el Estado Peruano suscribió un acuerdo con la IPC, conocido como el “Acta de Talara”, a través del cual se estableció que los yacimientos petroleros de La Brea y Pariñas debían ser transferidos a favor de la Empresa Petrolera Fiscal (Roca-Rey, 2016, p. 47). No obstante, el 12 de setiembre de ese mismo año, Carlos Loret de Mola –presidente de la EPF– denunció el extravío de la página 11 de dicho acuerdo, el cual contenía las bases para determinar el precio del petróleo que la EPF debía vender a la IPC, para su refinación por parte de esta última (Reales e Imaginarios, 2020). Ciertamente, este controvertido acontecimiento se constituyó como uno de los motivos para que el 03 de octubre de 1968, el militar Juan Velasco Alvarado diera golpe de Estado a Belaunde Terry.

El 09 de octubre de 1968 el Gobierno Revolucionario presidido por el militar Juan Velasco Alvarado emitió el Decreto Ley N° 17066, a través del cual declaró de “necesidad, utilidad y seguridad pública la expropiación del Complejo Industrial de Talara” –incluido el fundo de La Brea y Pariñas–, así como todo aquello que les fue anexo y accesorio, pertenecientes a la IPC. Para este efecto, ordenó a las Fuerzas Armadas tomar posesión de tales propiedades, y le encargó a la Empresa Petrolera Fiscal la administración de dicho Complejo Industrial.

⁶ Laudo arbitral emitido en el marco de la controversia seguida entre el Estado peruano y la London Pacific Petroleum Co.; que recogió el acuerdo denominado Salomón-Grant Duff que ponía solución a la controversia. Este Laudo reconoció la propiedad privada sobre La Brea y Pariñas, y estableció un régimen tributario especial de 50 años (Furnish, 1970). La IPC se vio beneficiada de este Fallo al adquirir los derechos sobre La Brea y Pariñas, de la London Pacific. Finalmente, mediante una Ley este Laudo fue declarado nulo el año 1963.

Los motivos que sustentaron tal confiscación del patrimonio de la IPC por parte del Gobierno, fue por considerar que: (i) sobre los yacimientos de La Brea y Pariñas nunca hubo ningún denuncia ni concesión alguna a favor de la IPC o sus antecesores (en referencia a la London Pacific); y, que, (ii) desde 1924 dicha compañía había percibido indebidamente los frutos provenientes de la explotación de los yacimientos de la Brea y Pariñas –en virtud del régimen tributario especial establecido en el Laudo arbitral de 1922– (Furnish, 1970, p. 147). En tal sentido, el Gobierno Revolucionario consideró que ejecutar tal acto confiscatorio de capital privado, era necesario para cautelar los intereses nacionales.

Como compensación a la IPC por los bienes expropiados, el Estado determinó como justiprecio el monto de aproximadamente USD 70,000,000. No obstante, dicha compensación fue embargada por el propio Estado, para que ésta sirva como parte de pago del monto de USD 690,524,293 que –el Estado– había determinado como deuda de la IPC al país por concepto de la restitución de los minerales extraídos de La Brea y Pariñas desde 1924 (Furnish, 1970, p. 125).

En adición con lo anterior, es conocido que años después de tales sucesos, el Gobierno Militar acordó pagar la suma aproximada de USD 500,000,000, como indemnización, por todas las empresas norteamericanas afectadas por actos confiscatorios ejecutados por el Estado Peruano (P. Gamio, comunicación personal, 22 de enero de 2022).

El segundo caso para comentar es el de Belco Petroleum Company, la cual era una empresa petrolera de capital estadounidense, que realizaba actividades de

hidrocarburos en el área del Zócalo Continental ubicado en el mar peruano. La controversia se suscitó durante el primer gobierno de Alan García, en el año 1985, cuando a través del Decreto Supremo N° 389-85-EF rescindió los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos suscritos con las empresas Belco Petroleum Company, Occidental Petroleum Company, y el Consorcio Occidental - Bidas, por considerar que estas empresas habrían obtenido beneficios indebidos al aplicar erróneamente créditos tributarios y otros beneficios adicionales. En línea con lo anterior, a través del mismo Decreto Supremo se autorizó al Ministerio de Energía y Minas y a Petroperú a iniciar procesos de negociación de nuevos contratos con las tres compañías antes citadas, bajo nuevos términos que respeten la ley vigente de aquel momento (Petroperú, 1985, p. 5).

El Estado peruano llegó a un acuerdo de renegociación con la empresa Occidental Petroleum Company, y el Consorcio Occidental – Bidas; no obstante, con Belco Petroleum Company no lo lograron. Consecuencia del desacuerdo anterior, mediante Decreto Supremo N° 035-85-EM el Estado expropió los bienes cuya titularidad le pertenecían a Belco Petroleum Company, cesando de esa manera sus actividades en el Perú (Varillas, 2011). La aseguradora AIG demandó al Estado peruano por la indemnización y lucro cesante correspondiente. Petroperú asumió y canceló esta deuda.

Bajo este contexto –en el cual imperaba la necesidad de recuperar la confianza de la inversión privada, así como la de reactivar la economía– urgía la acción del Estado para establecer nuevas medidas orientadas a fomentar las inversiones de capital de riesgo en diversos sectores productivos nacionales. Así pues, dentro

de este grupo de medidas se establecieron a nivel normativo las denominadas “garantías de estabilidad”, con el propósito de brindar seguridad jurídica a los inversionistas que contraten con el Estado, respecto a sus actividades económicas desarrolladas en el territorio nacional. Dados los antecedentes históricos marcados por gobiernos anteriores –como es el caso de la expropiación la IPC y de Belco Petroleum Company– estas medidas se dirigían principalmente a dotar de protección a los inversionistas ante intentos de actos confiscatorios de su capital por parte del Estado.

Finalmente, en lo que respecta a este apartado, es menester señalar que, en el año 1988, Petroperú aprobó en su modelo de contrato una cláusula de compensación por cualquier decisión del Estado que afecte el equilibrio económico-financiero del acuerdo entre las partes. (P. Gamio, comunicación personal, 22 de enero de 2022).

2. Los Contratos-Ley: un garantía a la inversión privada

Conforme señalan Kresalja y Ochoa (2012), el modelo de Estado instaurado en el Perú durante la segunda mitad del siglo pasado fue uno caracterizado por ser de marcado corte intervencionista, gestor directo, empresario, y controlista. Durante dichas décadas, fue práctica usual de los Gobiernos de turno usar el poder político que tenían para favorecer a ciertos grupos con medidas que “facilitaban” su participación en determinados sectores económicos del país, sin velar ni guardar correspondencia con un plan de desarrollo nacional que impulse el dinamismo y crecimiento de tales sectores e industrias. Estos hechos desencadenaron fuertes crisis –no solo económicas, sino también políticas y sociales– suscitadas entre 1963 y 1990. Es en ese marco que se evidenció la

necesidad de liberar los mercados y reinsertarse en la economía mundial, para así generar –o, recuperar– la confianza de los inversionistas, cuya participación en los mercados nacionales era imperiosa para el crecimiento económico del país (pp. 47-49).

Bajo este contexto, donde imperaba la necesidad de revivir la economía, urgía la necesidad de acción del Estado para establecer medidas orientadas a fomentar las inversiones privadas en el país, especialmente en sectores productivos de gran impacto, como el sector energético. Así, entre estas medidas, se establecieron los denominados “contratos-ley” o “convenios de estabilidad jurídica” en el ordenamiento normativo peruano, con el propósito de fomentar una mayor participación de la inversión privada en los diversos sectores de la industria nacional; otorgando –para ello– garantías y seguridades a través contratos (Danós, 2013, p. 259).

En ese sentido, desde la década de 1980, se han emitido diversos instrumentos normativos –gran parte de éstos vigentes en la actualidad– a través de los cuales se han establecido y regulado garantías de estabilidad sobre determinados regímenes normativos. Al respecto, podemos identificar que son cuatro las principales normas jurídicas en las cuales se han establecido estas garantías de estabilidad, veamos: (i) Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984; (ii) Decreto Legislativo N° 662; (iii) Decreto Legislativo N° 757; y, (iv) la Constitución Política de 1993.

Sin la intención de dejar de lado adrede el orden cronológico de las normas jurídicas citadas en el párrafo precedente, consideramos que para un mejor entendimiento del concepto y los alcances de las garantías de estabilidad, es

conveniente dividir en dos grupos las cuatro normas antes referidas, de la siguiente manera: en primer lugar, abordaremos los Decretos Legislativos N° 662, N° 757 así como la Ley N° 27342; y, en segundo lugar, la Constitución Política de 1993 y el Código Civil de 1984.

a. Garantías de estabilidad normativa dispuestas en el Decreto Legislativo N° 662, Decreto Legislativo N° 757, y la Ley N° 27342:

Conforme se refirió en capítulos anteriores, los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757 –ambos emitidos en el año 1991– fueron emitidos con la finalidad de promover la inversión privada en el Perú, en cuyo marco se establecieron determinadas garantías para las inversiones privadas nacionales y extranjeras, aplicables a todos los sectores de la actividad económica desarrollada en el territorio nacional; siendo una de estas medidas, la suscripción con los inversionistas –nacionales y extranjeros⁷–

⁷ Al respecto, en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 662 (1991) se establece que:

“Artículo 1:

[...]

Para estos efectos, serán consideradas como inversiones extranjeras las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta, bajo cualquiera de las siguientes modalidades;

- a) Aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, canalizadas a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa nueva o existente en cualquiera de las formas societarias señaladas en la Ley General de Sociedades, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, máquinas nuevas y reacondionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, piezas y partes, materias primas y productos intermedios;
- b) Las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior;
- c) La conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones;
- d) Las reinversiones que se efectúen de conformidad con la legislación vigente;
- e) Las inversiones en bienes ubicados físicamente en el territorio de la República;
- f) Las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones;
- g) Las inversiones destinadas a la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros cotizados en bolsas de valores o certificados de depósito bancario en moneda nacional o extranjera;
- h) Los recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de

y empresas receptoras de capital convenios de estabilidad jurídica, sujetándolo al cumplimiento de determinados requisitos. Estos convenios de estabilidad jurídica son contratos leyes⁸, que se rigen por las normas del Código Civil; y se materializan a través de la suscripción de contratos firmados con el Estado Peruano (Proinversión, s.f.).

Así, en primer lugar, en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 662 (1991) se establece que los convenios de estabilidad jurídica celebrados inversionistas extranjeros estabiliza las siguientes garantías: (i) estabilidad del régimen tributario vigente a la celebración del convenio, garantizando que la tasa del impuesto a la renta obligados a pagar no será mayor a aquella establecida en el convenio. (ii) estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas; y, (iii) estabilidad del derecho a la no discriminación (igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros).

En adición a ello, en el artículo 12 de dicha norma se dispone que las empresas receptoras, podrán gozar de las siguientes garantías: (i) estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores; y, (ii) estabilidad de regímenes especiales orientadas exclusivamente a la exportación (Decreto Legislativo N° 662, 1991).

una empresa, sin que ello suponga aporte de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual a través de las cuales el inversionista extranjero provee bienes o servicios a la empresa receptora a cambio de una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas o en las utilidades netas de la referida empresa receptora;

Las inversiones comprendidas en el presente inciso deben sujetarse a la legislación tributaria sobre la materia; y,

i) Cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país”.

⁸ La Única Disposición Final de la Ley N° 27342 (2000) dispone que “Aclárase que la suscripción de un contrato-ley, de acuerdo con las normas legales sobre la materia, constituye el único medio por el cual se otorgar estabilidad a las normas legales aplicables a un particular, incluyendo las tributarias”.

En la misma línea, el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 757 (1991) dispone que a los inversionistas nacionales y a las empresas en que éstos participen les corresponde el mismo tratamiento que el establecido en el Título II del Decreto Legislativo N° 662; por lo que, a través de convenios de estabilidad jurídica se le puede otorgar a este tipo de inversionistas las tres garantías de estabilidad reguladas en artículo 10 del Decreto Legislativo antes referido. Asimismo, y conforme ya habíamos adelantado en el primer párrafo, en el artículo 39 de este Decreto Legislativo 757 (1991) se dispone que los convenios de estabilidad jurídica son (i) contratos con fuerza de ley; (ii) se les aplica el artículo 1357 del Código Civil; y, en consecuencia, (iii) sólo pueden modificarse o ser dejados sin efecto por acuerdo entre las partes –el Estado y el inversionista–.

A este efecto, conforme se dispone en el artículo 2 de la Ley N° 27342 (2000), para la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica se requiere que, entre otros requisitos, el inversionista realice aportes de capital, según cada caso siguiente: (i) US\$ 10,000,000.00 si la actividad económica se desarrollará en el sector minero o hidrocarburos, en un plazo de dos años; (ii) US\$ 5,000,000.00 si se trata de otros sectores de la economía, en un plazo de dos años. En adición a ello, precisa esta norma que tales montos de aportes de capital efectuados por inversionistas, también serán de aplicación para los convenios de estabilidad jurídica suscritos con empresas titulares de contratos de concesión, al amparo del Decreto Legislativo N° 839.

Finalmente, cabe mencionar que éstos convenios de estabilidad se suscriben por un plazo de 10 años; con excepción de aquellos suscritos al amparo del Decreto Legislativo N° 839, en cuyo caso el plazo de vigencia será el de la concesión (Proinversión, s.f.).

b. Garantías de estabilidad normativa dispuestas en la Constitución Política de 1993 y en el Código Civil de 1984:

La regulación de los contratos-ley en el Código Civil de 1984 marcó un hito en la transición al régimen económico que hoy conocemos, pues mediante esta norma se buscó promover la inversión privada dentro del país en un contexto de crisis –según hemos explicado previamente– que abarcó casi toda la segunda mitad del siglo pasado. Así, en el artículo 1357 del Código Civil (1984) se han regulado a los contratos-ley, de la siguiente manera:

“Artículo 1357.- Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.”

En cuanto a ello, la regulación del contrato-ley contenida en el artículo 1357 del Código Civil fue de especial utilidad, en tanto que, conforme señala el profesor Danós (2013), esta norma reafirmó que las garantías y seguridades que constituyen su objeto se conceden vía contrato (p. 260).

No obstante, en el Perú, los contratos-ley no solo han sido regulados en normas con rango legal, sino también –con el propósito de brindarle mayor fuerza y protección– a nivel constitucional. Así, por primera vez en la historia constitucional del Perú se reguló en el texto de la Constitución

Política de 1993 a los contratos-ley, sin perjuicio de haber sido previamente regulado en normas con rango legal como son el Código Civil, y los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757.

En ese sentido, los contratos-ley son regulados en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución Política (1993), de la siguiente manera:

“Artículo 62.- [...]

Mediante los Contratos-Ley, el Estado puede establecer garantías y seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

En definitiva, regular a los contratos-ley en la Constitución de 1993 –en su capítulo económico– marcó el hito más importante a nivel regulatorio sobre estos convenios; hecho que afianzó aún más su propósito de atraer inversiones al país, al establecerlos en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a los alcances de los contratos-ley, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico n° 33 de la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, ha señalado lo siguiente:

“[E]l contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste”.

En tal sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1357 del Código Civil –así como los fundamentos expresados por el Tribunal Constitucional– a través de los contratos-ley el Estado se encuentra facultado para otorgar garantías y seguridades a los inversionistas con quienes contrate. Para tal efecto, se advierte de las regulaciones antes citadas que son tres los presupuestos básicos que deben cumplir estos convenios: (i) deben sustentarse en razones de interés social, nacional o público; (ii) las materias sobre las cuales se garantiza la estabilidad deben estar previamente autorizadas por una ley o norma con rango de ley; por lo que, otorgar mediante este tipo de contratos garantías no comprendidas en la ley autoritativa puede configurarse como un caso de abuso de derecho (Kresalja y Ochoa, 2012, p. 75). Y, (iii) sólo pueden ser celebrados entre el Estado y uno o varios sujetos privados, más no entre dos o más privados sin la participación Estatal.

En el marco de lo anterior, las garantías que el Estado concede a través de estos contratos tienen por objeto, por un lado, asegurar al inversionista que el contenido del contrato no podrá ser modificado unilateralmente por el Estado en uso de su *ius imperium*; configurándose, ello, como una limitación a su poder soberano (Salinas, 2016, p. 330). Y, por otro lado, asegurar la inalterabilidad de uno o más estatutos jurídicos que se encuentren vigentes al momento de la celebración del contrato; disponiendo –para así asegurar la realización de esta garantía– que tales regímenes normativos podrán ser aplicados ultractivamente en caso sean

modificadas o derogadas durante el periodo de vigencia del contrato-ley. (Danós, 2013, pp. 261-262).⁹

Respecto a la última garantía, es menester advertir dos consideraciones: en primer lugar, ni el artículo 62 de la Constitución ni en el artículo 1357 de Código Civil, establecen limitaciones en cuanto al tipo de materias o regímenes normativos sobre los cuales se pueden conceder estabilidad; por lo que, a través de los contratos-ley se puede dotar de estabilidad a cualquier estatuto jurídico aplicable al contrato a la fecha de su celebración (Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, fundamento jurídico n° 34). En segundo lugar, esta garantía no afecta la potestad legislativa del Estado, en tanto que no le impide emitir nuevas normas jurídicas sobre la materia garantizada, o modificar las ya existentes; sino que, se garantiza que las normas jurídicas emitidas con posterioridad a la celebración del contrato, no le serán aplicables a éste.

Adviértase que, para asegurar el cumplimiento de ambas garantías se utiliza la técnica de la inoponibilidad, conforme a la cual, no surtirán efectos en el contrato-ley aquellas normas emitidas por el Estado con el objeto de modificar su contenido o variar la legislación estabilizada (Kresalja y Ochoa, 2012, p. 73).

⁹ En línea con lo mencionado, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico n° 35 de la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, ha precisado que: “no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último. Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución”.

Por otro lado, cabe precisar que en este tipo de contratos el Estado tiene a su cargo el cumplimiento de una obligación de no hacer, en virtud de la cual se compromete a “mantener inalterable para el inversor las garantías otorgadas mediante el contrato” (Kresalja y Ochoa, 2012, p. 73).

Finalmente, señalar que mediante los contratos-ley el Estado no puede prometer al inversionista la estabilidad condiciones monopólicas o dominantes, en tanto que ello vulneraría el mandato establecido en el primer párrafo del artículo 61 de la Constitución Política¹⁰ (Bernaes, 1999).

3. Garantías de estabilidad reguladas en la LOH:

Conforme se dispone en la LOH, en el marco de los Contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos –tanto en Contratos de Licencia como en Contratos de Servicios–, la asignación de derechos y obligaciones varía según se trate del contratante (Perupetro) o la contratista (empresa petrolera). En el caso del contratista, estará obligado a proporcionar –bajo su propio riesgo y responsabilidad– todos los recursos técnicos, económicos y financieros que sean necesarios para ejecutar las actividades de exploración, explotación y todas las aquellas relacionadas con la ejecución del Contrato. En consecuencia, para que el contratista cumpla con la ejecución de la prestación a su cargo, deberá realizar inversiones muy significativas, a su propio riesgo.

¹⁰ Al respecto, el primer párrafo del artículo 61 de la Constitución Política de 1993 dispone que: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. [...]”.

Bajo ese marco, en la LOH se han establecido dos tipos de garantías de estabilidad, orientadas a dotar de seguridad jurídica al desarrollo de las actividades económicas ejecutadas por el contratista en el marco de un Contrato de Licencia o un Contrato de Servicios. De esta manera, en los artículos 12, 48 y 63 de la LOH (1993) se establece lo siguiente:

“Artículo 12.- Los Contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes. Las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas, dentro del mismo plazo establecido en el Artículo 11.

Los Contratos de Licencia, así como los Contratos de Servicios, se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del Artículo 1357 del Código Civil.”

“Artículo 48.- Los Contratistas estarán sujetos al régimen tributario común del Impuesto a la Renta, a las normas específicas que en esta Ley se establecen y se regirán por el régimen aplicable vigente al momento de la celebración del Contrato. En los contratos se especificará en forma referencial o expresa a criterio de las partes, el régimen vigente aplicable. [...]”.

“Artículo 63.- El Estado garantiza a los contratistas que los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de celebración del Contrato, permanecerán inalterables durante la vigencia del mismo, para efectos de cada contrato.”

En ese sentido, son dos las garantías de estabilidad reguladas en la LOH: (i) garantía de inmodificabilidad de los Contratos salvo previo acuerdo entre las partes; y, (ii) garantías de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario. Sobre ambas nos referimos a continuación:

a. Garantía de inmodificabilidad de los Contratos:

La garantía de inmodificabilidad de los Contratos de Licencia o de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos regulada en el artículo 12 de la LOH, es una garantía de estabilidad de trascendental importancia para el sector hidrocarburos *–upstream–*, que opera no solo como una garantía para las empresas petroleras contratistas de los Contratos actualmente vigentes, sino también como factor de incentivo para que compañías petroleras hagan nuevas inversiones en el país.

Así, conforme se establece en el artículo 12 de la LOH (1993) previamente citado, a través de esta garantía el Estado peruano asegura a las empresas petroleras contratistas que los Contratos de Licencia o de Servicios únicamente podrán ser modificados mediante previo acuerdo entre ambas partes *–Perupetro como contratante, y la contratista–*. En ese sentido, esta garantía se constituye como un límite al ejercicio del poder soberano del Estado, al impedir que éste a través de una norma jurídica pueda modificar unilateralmente los Contratos.

Asimismo, es importante tener presente que, según dispone el mismo artículo 12, para la validez de cualquier modificación a los Contratos de Licencia o de Servicios no solo se requiere del acuerdo de voluntades de ambas partes, sino también del cumplimiento de las siguientes formalidades: (i) que el acuerdo conste por escrito; y, (ii) que la modificación al Contrato haya sido previamente aprobada por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas. (LOH, 1993).

b. Garantía de estabilidad sobre regímenes normativos:

i. Garantía de estabilidad sobre el régimen tributario:

Las garantías de estabilidad sobre un determinado régimen jurídico generalmente son concedidas en materia tributaria, al ser ésta una de las principales preocupaciones de quienes contratan con un determinado Estado para llevar a cabo actividades económicas de gran envergadura –como las de hidrocarburos–; dado el riesgo de constante variabilidad de esta normativa. Es el caso del Perú, que ha regulado legislativamente, entre otras garantías, la garantía de estabilidad sobre el régimen tributario, aplicable a los Contratos de Licencia o de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos en territorio nacional, en el marco de la LOH¹¹.

La garantía de estabilidad tributaria otorgada por el Estado en los Contratos de Licencia o de Servicios, no solo se encuentra regulada en la LOH; sino también, con mayor detalle, en el Decreto Supremo N° 032-95-EF, Reglamento de la Garantía de Estabilidad Tributaria y de las Normas Tributarias de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Así, en los artículos 2 y 4 del Decreto Supremo N° 032-95-EF (1995), se regulan los principales alcances de la garantía de

¹¹ Conforme se encuentra establecido en el artículo 81 de la LOH (1993), en el Perú, el desarrollo de las actividades de exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de hidrocarburos, se encuentran sometidos al régimen tributario común; no obstante, con el propósito de promover la industria de los hidrocarburos, en la LOH y en normas especiales se han establecido tratamientos tributarios especiales sobre determinadas materias, tales como, por ejemplo, exoneración de todo tributo en la importación de determinados bienes e insumos requeridos, exoneración a las exportaciones, entre otros.

estabilidad tributaria en las actividades de hidrocarburos, de la siguiente manera:

“Artículo 2.- Los beneficios y garantías que la Ley y el presente Reglamento conceden a los Contratistas son de aplicación a las Actividades del Contrato; precisándose que, si las actividades complementarias a que se refiere el literal c) del Artículo 1 de este Reglamento generasen ingresos para el Contratista proveniente de servicios prestados a terceros, estos ingresos no estarán sujetos a dichos beneficios y garantías.

La garantía de estabilidad tributaria alcanza a las actividades establecidas en el párrafo anterior, en las que se incluyen los ingresos provenientes de la venta o exportación del hidrocarburo extraído, en el caso del Contrato de Licencia o la retribución del servicio prestado en caso de Contrato de Servicios, así como, por excepción, a los ingresos por venta o exportación no habitual de bienes que dejen de estar en uso para efectos del Contrato.”

Por su parte, en el artículo 4 del mismo Decreto, se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 4.- Mediante la Garantía de Estabilidad Tributaria, el Contratista quedará sujeto únicamente al régimen impositivo vigente a la fecha de suscripción del Contrato, no siéndole de aplicación los tributos que se establezcan con posterioridad a dicha fecha, 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, con excepción de lo establecido en el Artículo 17.

Tratándose de exoneraciones y demás beneficios tributarios la estabilidad tributaria estará sujeta al plazo y condiciones que establezca el dispositivo legal que otorga los mencionados beneficios.

En los Contratos se expresará, en forma referencial o detalladamente, a criterio de las partes, el régimen vigente aplicable.

La Garantía de Estabilidad Tributaria alcanza al titular, socio o accionista, nacional o extranjero, por las rentas por dividendos o cualquier otra forma de distribución de utilidades, provenientes de contrato. [...]” (subrayado añadido). (Decreto Supremo N° 032-95-EF, 1995).

En línea con las disposiciones normativas antes citadas, en la Ley N° 27343 (2000), Ley que regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al amparo de las Leyes Sectoriales, se dispone lo siguiente:

“Artículo 1.- Contratos suscritos con el Estado

1.1 A partir de la fecha, los contratos que se suscriban con el Estado al amparo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221, y los contratos de garantía y medidas de promoción a la inversión minera que se suscriban al amparo de lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, salvo aquellos que se suscriban al amparo de lo establecido en los Decretos Legislativos N°s. 662 y 757, otorgarán una garantía de estabilidad tributaria que incluirá únicamente a los impuestos vigentes, no siendo de aplicación los impuestos que se creen con posterioridad a la suscripción del contrato correspondiente, bajo el siguiente marco:

a) Se estabilizará el Impuesto a la Renta que corresponde aplicar de acuerdo a las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato correspondiente, siendo aplicable la tasa vigente en dicha fecha más 2 (dos) puntos porcentuales¹²;

¹² Los alcances del literal a) del artículo 1.1. de la Ley N° 27343 han sido desarrollados en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 27909 (2003), Ley referida a los alcances del Impuesto a la Renta en los Convenios o Contratos que otorgan Estabilidad Tributaria, de la siguiente manera:

“Artículo 1.- Alcance de la Estabilidad Tributaria

Los Convenios que se suscriban al amparo de lo establecido en los Decretos Legislativos N°s. 662 y 757 y los contratos que se suscriban al amparo de la Ley N° 26221 - Ley Orgánica de

- b) La estabilidad del Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, Impuesto de Promoción Municipal y cualquier otro impuesto al consumo comprenderá únicamente su naturaleza trasladable;
- c) Incluirá los regímenes especiales referentes a la devolución de impuesto, admisión temporal y similares, así como el régimen aplicable a las exportaciones; y,
- d) Tratándose de exoneraciones, incentivos y demás beneficios tributarios referentes al impuesto y regímenes estabilizados, la estabilidad estará sujeta al plazo y condiciones que establezca el dispositivo legal vigente a la fecha de suscripción del convenio.

1.2 Mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se podrá autorizar el otorgamiento de la estabilidad impositiva en la suscripción de contratos con el Estado, al amparo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221, para la exploración y explotación del gas natural, y de acuerdo a lo dispuesto en dicha ley y en el Decreto Supremo N° 32-95-EF y normas modificatorias y ampliatorias, no siéndole de aplicación lo dispuesto en el inciso a) del primer párrafo del presente artículo.”

Mediante la garantía de estabilidad tributaria, el Estado asegura al contratista que el régimen tributario vigente a la celebración del

Hidrocarburos, así como los contratos de garantía y medidas de promoción a la inversión minera, que se suscriban al amparo de lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, estabilizarán el Régimen del Impuesto a la Renta vigente a la fecha de la celebración del convenio o contrato, siéndoles aplicables también las normas publicadas en el Diario Oficial El Peruano al momento de su suscripción que modifiquen dicho régimen, aunque entren en vigencia en ejercicios posteriores, siempre y cuando estas modificaciones se apliquen efectivamente de manera general. En tal sentido, las modificaciones aún no vigentes al momento de la suscripción del convenio serán de aplicación sólo a partir de su vigencia general; por lo que, en el supuesto que dicho régimen no entrase en vigencia por haber sido modificado o derogado con posterioridad a la suscripción del convenio, éste queda automáticamente excluido del convenio de estabilidad.

Lo dispuesto en esta norma será aplicable inclusive a los convenios y contratos que se encuentren en trámite ante el organismo competente.”

“Artículo 2.- Tasas del Impuesto a la Renta en Contratos Sectoriales

Precísase que los dos puntos porcentuales a que se refiere el artículo 1.1 de la Ley N° 27343 - Ley que regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al amparo de las Leyes Sectoriales, se aplicarán sobre la Tasa del Impuesto a la Renta a que se refiere el primer párrafo del artículo 55 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 054-99-EF y modificatorias.”

Contrato de Licencia o de Servicios será el aplicable –sin alteraciones– hasta la terminación del mismo; en consecuencia, no le serán aplicables al Contrato aquellas normas jurídicas que se emitan con posterioridad a su celebración. En ese sentido, se advierte que mediante este tipo de garantía se “congela” el régimen tributario vigente a la suscripción del Contrato, el mismo que –aún cuando sea derogado–, se aplicará ultractivamente a la relación jurídica contractual entre el Estado y el contratista.

En cuanto a ello, en el primer párrafo del artículo 4 del Decreto Supremo N° 032-95-EF (1995), se dispone que, en el marco de este tipo de garantía de estabilidad, no serán de aplicación al contratista los: (i) tributos; (ii) cambios que se efectúen en el hecho generador de la obligación tributaria; (iii) la cuantía de los tributos; (iv) exoneraciones tributarias; (v) beneficios tributarios; (vi) incentivos tributarios; (vii) inafectaciones tributarias, que se establezcan mediante normas emitidas con posterioridad a la fecha de celebración del Contrato.

Asimismo, en cuanto al tratamiento de los impuestos al consumo que gravan las actividades de hidrocarburos –tales como el Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, Impuesto de Promoción Municipal, y otros–, el artículo 17 del Decreto Supremo N° 032-95-EF (1995) dispone que, durante la vigencia del Contrato, la garantía de estabilidad tributaria asegura al contratista: (i) la naturaleza trasladable del impuesto; (ii) la exoneración de todo

tributo en la exportación de hidrocarburos¹³; (iii) la exoneración en la importación de bienes e insumos requeridos para las actividades de exploración en fase de exploratoria¹⁴; y, (iv) el régimen de recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas, según las normas vigentes a la celebración del Contrato.

Finalmente, en cuanto al ámbito de aplicación de la garantía de estabilidad tributaria, en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 032-95-EF (1995) se ha dispuesto que esta garantía solo será aplicable a las “actividades de Contrato”, entendidas para estos efectos como: aquellas actividades de exploración y explotación de hidrocarburos realizadas en el marco de un Contrato de Licencias o de Servicios; así como, las actividades complementarias a éstas, siempre que no generen ingresos al Contratista por servicios prestados a terceros. Asimismo, quedan incluidas dentro de estas actividades los ingresos correspondientes a: la venta o exportación de los hidrocarburos extraídos, en el caso del Contrato de Licencia; la retribución pagada por el Estado, en caso de Contrato de Servicios; y, la venta o exportación no habitual de bienes que dejen ser utilizados en la ejecución de las actividades propias del Contrato.

¹³ LOH (1993):

“**Artículo 58.-** La exportación de Hidrocarburos está exenta de todo tributo, incluyendo aquellos que requieren mención expresa”.

¹⁴ LOH (1993):

“**Artículo 56.-** 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, por el plazo que dure dicha fase [...]”.

ii. Garantía de estabilidad cambiaria:

El segundo tipo de garantía de estabilidad sobre un determinado régimen normativo regulada en la LOH, conforme hemos adelantado previamente, es la “garantía de estabilidad cambiaria”. Esta garantía se encuentra regulada en el artículo 66 de la LOH (1993), de la siguiente manera:

“Artículo 66.- El Banco Central de Reserva del Perú en representación del Estado, está obligado a garantizar a las empresas que conforman el Contratista, nacionales y extranjeras, la disponibilidad de divisas que le corresponda de acuerdo a la presente Ley y a lo establecido en los Contratos, comprendiendo además lo siguiente:

- a) La libre disposición del 100% (cien por ciento) 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;
- b) La libre disposición y derecho a convertir libremente a divisas el 100% (cien por ciento) de 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;
- c) El derecho a convertir libremente a divisas el 100% (cien por ciento) de su retribución pagada en efectivo, la libre disposición de dichas divisas y el derecho a depositar directamente en sus cuentas bancarias en el país o en el exterior tanto las divisas como la moneda nacional;
- d) 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;

- e) Sin perjuicio de todo lo anterior, el derecho a disponer libremente, distribuir, remesar o retener en el exterior, sin restricción alguna, sus utilidades netas anuales, después de impuestos.

La garantía de disponibilidad de divisas que otorga el Banco Central de Reserva del Perú será de aplicación siempre que las divisas requeridas por el Contratista no puedan ser atendidas por el sistema financiero del país.”

Conforme a la regulación contenida en el artículo 66 de la LOH (1993), mediante la garantía de estabilidad cambiaria, el Banco Central de Reserva del Perú –en representación del Estado peruano– interviene en los Contratos de Licencia y de Servicios a efectos de garantizar a los contratistas (inversionistas) 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” (Perupetro S.A., s.f., p.38); según las normas vigentes al momento de la celebración del Contrato.

4. Garantías de estabilidad otorgadas en Contratos de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos:

Es propio señalar que la aplicación de cláusulas de equilibrio económico no es una novedad en el Perú, pues éstas son aplicadas actualmente en los contratos de Asociación Público Privada (APP) y Proyectos en Activos (PA) suscritos con el Estado. Respecto al “equilibrio económico-financiero”, Dammert (2009) señala que es una herramienta a través de la cual las partes contratantes –una entidad pública y un sujeto privado– aseguran “que las utilidades y los costos pactados

inicialmente puedan mantener un equilibrio, pese a oscilaciones exógenas a la voluntad de las partes”, como, por ejemplo, cambios en la oferta y la demanda. (p. 338).

Al respecto, en el inciso 1 del artículo 37 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF¹⁵ (2018), se dispone lo siguiente en cuanto al contenido de los contratos de APP o PA:

“Artículo 37. Restablecimiento del equilibrio económico financiero
37.1 Los Contratos pueden **incluir disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en las que se precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables**, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el Inversionista.” (énfasis añadido).

En esa línea, en los Lineamientos para el diseño de Contratos de Asociación Público Privada elaborado por el MEF, se establecen determinadas reglas principales que deben ser observadas para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, tales como: (i) la cláusula debe incorporar una declaración de las partes de encontrarse en una situación de equilibrio económico-financiero respecto de sus derechos, obligaciones y riesgos; así como el compromiso de mantenerlo mientras el contrato se encuentre vigente. (ii) Cualquiera de ambas partes puede solicitar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero cuando éste haya sido afectado; (iii) que, la ruptura de dicho equilibrio ocurrirá como consecuencia de cambios en las leyes aplicables

¹⁵ Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

al contrato, que generen variaciones en los ingresos o en los costos; y, finalmente, (iv) los mecanismos para el restablecimiento del equilibrio afectado podrán consistir en, pago de una compensación, modificación del contrato –por ejemplo, el plazo de la concesión–, u otro mecanismo idóneo acordado por las partes. (2019, p. 41).

Siendo ello así, conforme señala en Banco Interamericano de Desarrollo [BID], es importante mantener el equilibrio económico-financiero para así poder asegurar la sostenibilidad económica y financiera del proyecto, asegurando de esta manera que el mismo pueda ser culminado (2016, p.14).

Finalmente, y conforme hemos desarrollado en apartados previos, cabe hacer referencia a la distinción existente entre las cláusulas de estabilidad económica – financiera pactadas en el marco de los contratos de APP y PA, y los convenios de estabilidad jurídica (contratos-leyes) suscritos al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757. Las principales diferencias entre ambos instrumentos pueden resumirse en las siguientes:

Tabla 4

Comparativo entre Cláusulas de Estabilidad Económica-Financieras en Contratos de APP y PA, y los Convenios de Estabilidad Jurídica regulados en los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757

Cláusulas de estabilidad económica - financiera en contratos de APP y PA	Convenios de estabilidad jurídica (Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, y Ley N° 27342)
Estabilizan el equilibrio económico – financiero entre las partes del contrato. (Decreto Supremo N° 240-2018-EF, 2018).	Estabilizan: (i) régimen del impuesto a la renta; (ii) régimen de libre disponibilidad de divisas; (iii) derecho a la no discriminación (igualdad entre inversionistas); (iv) regímenes de contratación de trabajadores; (v) regímenes especiales orientadas

	exclusivamente a la exportación. (Decreto Legislativo 662, 1991) (Decreto Legislativo 757, 1991).
Al ser parte integrante de los contratos de APP o PA, no son contratos-leyes. Estos contratos rigen por la norma especial de la materia.	Son contratos-leyes, a los cuales se les aplica el derecho civil. (Decreto Legislativo 757, 1991) (Ley N° 27342, 2000).
El restablecimiento del equilibrio económico – financiero puede ser solicitado por cualquiera de las partes de los contratos de APP o PA (no solo la parte privada). (Decreto Supremo N° 240-2018-EF, 2018).	Pueden solicitarlo los inversionistas nacionales, extranjeros, y las empresas receptoras de capital (Proinversión: s.f.).
En la modalidad de APP, se requiere de: (i) para proyectos relevancia nacional, deben tener un CTI o CTP, en los casos en que no contengan un componente de inversión, mayor a 10,000 UIT. (ii) Para proyectos de Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, deben tener un CTI o CTP, en los casos en que no contengan un componente de inversión, mayor a 7,000 UIT. (Decreto Supremo N° 240-2018-EF, 2018).	Se requiere que el inversionista realice aportes de capital en un plazo de dos años, de: (i) US\$ 10,000,000.00 si operará en el sector minero o hidrocarburos; (ii) US\$ 5,000,000.00 si se trata de otros sectores de la economía. (Ley N° 27342, 2000).
Su duración se sujeta a la duración del contrato de APP o PA; los cuales no pueden superar los 60 años. (Decreto Supremo N° 240-2018-EF, 2018).	Tiene una duración de 10 años (Decreto Legislativo 662, 1991).

Conclusiones:

Con el propósito de brindar garantías y seguridades a las empresas petroleras nacionales e internacionales para invertir en el país, y así promover el desarrollo de la

industria hidrocarburífera nacional, la LOH ha optado por regular determinadas “garantías de estabilidad”. Estas garantías de estabilidad dispuestas en los artículos 12, 48 y 63 de la LOH, así como desarrolladas en normas especiales, son: (i) la garantía de inmodificabilidad de los Contratos de Licencia o de Servicios, salvo previo acuerdo entre las partes; y, (ii) las garantías de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario aplicables a éstos.

Ambas garantías de estabilidad reguladas en la LOH ofrecen bondades y posibles perjuicios para las partes contratantes, en especial para la empresa petrolera. Así, por un lado, resulta innegable el valor positivo que supone la garantía de inmodificabilidad de los Contratos, al proscribir modificaciones unilaterales por parte del Estado en ejercicio –arbitrario– de su *ius imperium*.

Por otro lado, una situación distinta presenta la garantía de estabilidad sobre el régimen tributario, a la cual puede criticarse la rigidez que genera en los Contratos, al evitar que a éstos se le puedan aplicar normas jurídicas tributarias que entren en vigencia luego de su celebración, inclusive aquellas que supongan mayores beneficios para una o ambas partes de dichos Contratos; y así, por tanto, colocarlas en una situación económica más ventajosa.

Esta rigidez generada por la actual garantía de estabilidad tributaria puede constituirse como un factor de desincentivo para las empresas petroleras al momento de evaluar la realización de inversiones en el Perú.

Por otro lado, en adición a la problemática antes identificada respecto a las garantías de estabilidad del régimen tributario, cabe traer a discusión un hecho que cada vez se hace más evidente: tras haber transcurrido aproximadamente 28 años desde la entrada

en vigencia de la LOH –desde 1993, inclusive durante la vigencia de la Constitución Política de 1979–, nos encontramos en un contexto distinto de aquel que inspiró el establecimiento las garantías de estabilidad reguladas en esta norma. En ese sentido, surge la necesidad de revisar y adecuar estas garantías a las actuales demandas del mercado, utilizando enfoques que sean atractivos –desde el punto de vista económico– para las compañías petroleras nacionales e internacionales.

VII. NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE EN LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD APLICADA A LOS CONTRATOS PARA LA EXPLORACIÓN Y/O EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ: UNA NUEVA PROPUESTA

1. Las garantías de estabilidad en el sector hidrocarburos (upstream) peruano y la necesidad de un cambio:

Según hemos desarrollado en el capítulo precedente, en el sector hidrocarburos (*upstream*) nacional, por disposición de la LOH se concede a las empresas petroleras contratistas dos tipos de garantías de estabilidad: (i) las garantías de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario; y, (ii) la garantía de inmodificabilidad de los Contratos.

Respecto a la primera de estas garantías, hemos señalado que el artículo 63 de la LOH (1993) dispone que el Estado garantiza a los contratistas que los regímenes normativos en materia tributaria y en materia cambiaria que se encuentren vigentes al momento de la celebración del Contrato “**permanecerán inalterables** durante la vigencia del mismo, para efectos de cada contrato” (énfasis añadido). Este carácter “inalterable” que se le atribuye a ambos estatutos

jurídicos garantiza su invariabilidad respecto del Contrato –hasta su terminación–; por lo que, no serán aplicables a éste los cambios legislativos en tales materias que se produzcan luego de su celebración –ya sea que modifiquen las normas existentes o, se trate de normas que regulan nuevos supuestos–.

Lo anterior puede ser apreciado con mayor claridad en el caso de la estabilidad en materia tributaria. Así, en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 032-95-EF (1995) dispone que: “[...] **no siéndole de aplicación los tributos que se establezcan con posterioridad a dicha fecha**, 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, con excepción de lo establecido en el Artículo 17 [...]” (énfasis añadido).

En cuanto al segundo tipo de garantía de estabilidad, hemos señalado en el capítulo precedente que, en el artículo 12 de la LOH (1993) se regula la garantía de intangibilidad contractual, a través de la cual se garantiza al contratista que el contenido del Contrato no podrá ser modificado unilateralmente por el Estado; en tanto que, éstos “sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes”.

Entonces, según los tipos de cláusulas de estabilidad expuestos en el capítulo quinto del presente trabajo –clásicas cláusulas de estabilidad y modernas cláusulas de estabilidad–, ¿qué tipo de garantías (cláusulas) de estabilidad se concede a los contratistas en el sector hidrocarburos peruano (*upstream*)?

La respuesta a esta interrogante, según hemos explicado líneas arriba, consiste en que, las garantías de estabilidad reconocidas a los contratistas en el Perú se

ubican dentro del grupo de las clásicas cláusulas de estabilidad; específicamente, dentro de las cláusulas de congelamiento (*freezing-out clauses*) y cláusulas de intangibilidad (*intangibility clauses*). Así pues, (i) las cláusulas de congelamiento se configuran a partir del carácter inalterable del marco normativo en materia tributaria y cambiaria dispuesto por la LOH y en normas especiales; mientras que, (ii) la cláusula de intangibilidad se representa en la disposición contenida en el artículo 12 de la LOH, respecto a inmodificabilidad de los Contratos sin previo acuerdo entre las partes. En ese sentido, nos encontramos en un sistema clásico híbrido de clásicas garantías de estabilidad.

Asimismo, en el capítulo quinto se ha identificado las principales críticas que en doctrina se le han formulado a las clásicas cláusulas de estabilidad. Así, en primer lugar, hemos señalado que a las cláusulas de congelamiento se les critica fundamentalmente la excesiva rigidez que pueden generar sobre el contrato, al evitar que su contenido se adecúe a las nuevas y cambiantes realidades que se presentan con el transcurrir del tiempo; más aún, si se toma en consideración que este tipo de contratos de hidrocarburos son de larga duración (décadas). En el caso peruano, al “congelar” –especialmente– el régimen tributario vigente a la fecha de celebración del Contrato se evita que normas posteriores les puedan ser aplicables a éste, aun cuando tales cambios legislativos le generen más beneficios al contratista en comparación con la normativa estabilizada –por ejemplo, normas que establezcan beneficios tributarios–.

En ese sentido, se advierte que, si bien en principio este tipo de cláusulas representan una garantía para la contratista al permitirle tener certeza sobre el marco regulatorio en materia tributaria y cambiaria que se le aplicará al Contrato

durante toda su vigencia; representa asimismo un riesgo especialmente para el privado, toda vez que, de presentarse el caso, le impediría gozar de beneficios que podrían establecerse mediante normas emitidas con posterioridad a la celebración del Contrato; es decir, evitaría que se encuentre en una mejor situación económica contractual que la inicialmente prevista.

A este efecto, es oportuno precisar que, aquellas normas en materia no tributaria ni cambiaria que se emitan con posterioridad a la suscripción del Contrato le serán aplicables a éste en caso corresponda –en tanto no se encuentran dentro del ámbito de protección de esta garantía de estabilidad–, salvo disposición en contrario establecida en la nueva norma.

Por otro lado, a diferencia de las cláusulas de congelamiento, las cláusulas de intangibilidad gozan de gran aceptación y acogida en el sector hidrocarburos; cobrando especial importancia para las empresas petroleras al contar con la garantía que el Estado no modificará unilateralmente el Contrato haciendo uso arbitrario de su *ius imperium*.

En el marco de lo previamente señalado, advertimos que el actual diseño de las garantías de estabilidad reguladas en la LOH y en normas especiales, presentan una doble problemática:

- (i) En primer lugar, las actuales garantías de estabilidad fueron incorporadas con la LOH –norma que entró en vigencia en el año 1993–, en respuesta y bajo un contexto político-económico crítico que generaba inseguridades y desconfianza en las empresas para invertir en el país. Tras haber transcurrido más de 28 años la situación es distinta, los

inversionistas petroleros ya no solo buscan asegurar la intangibilidad del contrato suscrito con el Estado –como así principalmente lo hacían, motivados en la desconfianza de invertir en el Perú–; sino también, actualmente persiguen la tutela de intereses patrimoniales, como la garantía de estabilidad económica del contrato. En ese marco, se advierte que el diseño de las actuales garantías de estabilidad no responde a estos nuevos intereses de las empresas petroleras, hecho que motiva su revisión, para ser redefinidas introduciendo enfoques atractivos para el mercado.

- (ii) En segundo lugar, el diseño de la garantía de estabilidad tributaria puede configurarse como un factor de desincentivo para los inversionistas interesados; toda vez que, al disponer el “congelamiento” de las normas en dicha materia genera el riesgo de impedir que al Contrato se le puedan aplicar normas jurídicas posteriores que representen mayores beneficios que el régimen estabilizado; impidiendo colocar al contratista en una situación económica más ventajosa que aquella que mantenía inicialmente. Más aún, si se considera que los Contratos de Licencia y de Servicios son de larga duración –30 y 40 años, según se trate de petróleo o gas, respectivamente–.

Siendo ello así, resulta inevitable cuestionar si la forma como se encuentran actualmente diseñadas las garantías de estabilidad en el sector hidrocarburos peruano son las más adecuadas e idóneas.

En ese sentido, se evidencia la necesidad de reformular el contenido y los alcances de las garantías de estabilidad reguladas en el ordenamiento jurídico

peruano, las cuales son otorgadas a los contratistas de Contratos de Licencia o Contratos de Servicios. Ello, con el propósito de fomentar la participación de inversión privada en el sector hidrocarburos nacional a nivel *upstream*.

2. Formulación de un nuevo tipo de cláusula de estabilidad:

Considerando lo previamente desarrollado, es propósito del presente trabajo proponer (crear) un nuevo modelo de cláusula o garantía de estabilidad aplicable a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos (*upstream*), así como a todas aquellas actividades, sectores o industrias de distinta naturaleza compatibles con el contenido de nuestra propuesta de garantía de estabilidad, que se desarrollen en el Perú o en el extranjero.

En ese sentido, la garantía de estabilidad que pasamos a proponer recogerá, por un lado, las principales características inherentes de los diversos tipos de cláusulas de estabilidad reguladas en el Perú, así como de las garantías que conforman el grupo de las modernas cláusulas de estabilidad; y, por otro, estará compuesta por nuevas fórmulas que permitan asegurar una adecuada protección a los intereses de las empresas petroleras contratistas de los Contratos de Licencia y de Servicios.

A este efecto, a continuación, exponemos el diseño y contenido de nuestra propuesta de garantía de estabilidad, a la cual denominaremos: “Cláusula De Estabilidad Dinámica” o “*Dynamic Stability Clause*”.

CLÁUSULAS DE ESTABILIDAD DINÁMICA O *DYNAMIC STABILITY****CLAUSE***

Nuestro modelo de Cláusula de Estabilidad Dinámica es de estructura compleja, y se compone de tres garantías, las cuales pasamos a explicar a continuación:

a. Garantía N° 01:

Los cambios normativos producidos con posterioridad a la suscripción del Contrato, no le serán de aplicación al mismo en caso éstos supongan perjuicios patrimoniales para el contratista, colocándola en una situación menos favorable que aquella que mantenía con anterioridad a la emisión de tales normas.

Entiéndase por “cambios normativos” aquellos que supongan la modificación o derogación de las normas aplicables al Contrato, que se encuentren vigentes al momento de su suscripción.

Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Garantía N° 01, los cambios normativos en materia: ambiental, laboral, derechos fundamentales o derechos humanos, así como aquellas que se sustenten en el orden público y las buenas costumbres; los cuales son de obligatoria aplicación conforme a lo establecido en la Garantía N° 02. A las normas que versen sobre este grupo de materias se les denominará en adelante como, “normas en materias protegidas”.

Para formalizar y hacer efectiva la inaplicación de tales cambios normativos, se requerirá de una autorización expresa por parte del contratante (*). La denegatoria de la solicitud del contratista de inaplicación normativa deberá encontrarse debidamente motivada. En consecuencia, si producto de la aplicación de estas normas se genere afectación patrimonial significativa al contratista, las partes deberán

suscribir una modificación al contrato en la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma o similar situación que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichos cambios normativos.

(*) [En el Contrato o a nivel normativo se deberán establecer los mecanismos de control y el procedimiento necesario para hacer efectiva la inaplicación de tales “cambios normativos”. A este efecto, en la parte explicativa de esta Garantía N° 01 formulamos una propuesta de procedimiento para hacer efectiva dicha inaplicación normativa].

Mediante la Garantía N° 01, proponemos que, con independencia de la materia de la que se trate –con excepción de las “normas en materia protegida”¹⁶, en cuyo caso no aplica esta Garantía N° 01–, los “cambios normativos”¹⁷ ocurridos con posterioridad a la suscripción del Contrato no le serán de aplicación al mismo en caso éstos ocasionen perjuicios patrimoniales para el contratista. En ese sentido, para la aplicación de esta Garantía se requerirá que tales cambios normativos sean de tal magnitud que coloquen al contratista en una situación menos favorable en comparación de aquella que mantenía con anterioridad a la emisión de tales normas.

En línea con lo anterior, es importante hacer énfasis en que aquellos cambios normativos que representen beneficios patrimoniales para el contratista le serán aplicables al Contrato, no existiendo impedimento legal

¹⁶ Esto es, en materia ambiental, laboral, derechos humanos o derechos fundamentales, así como aquellas de orden público y buenas costumbres; según especificamos en el texto de la Garantía N° 01 y N° 02.

¹⁷ Esto es, aquellos que supongan la modificación o derogación de las normas aplicables al Contrato vigentes al momento de su suscripción; según proponemos en el texto de la Garantía N° 01.

para ello. Esta característica de la Garantía N° 01 se orienta a corregir una de las críticas que se le formula a las cláusulas de congelamiento –como es el caso de la garantía de estabilidad del régimen tributario establecida en la LOH–, las cuales impiden que a los contratos se les puedan aplicar normas jurídicas que entren en vigencia luego de la fecha de suscripción de éste, aun cuando dichos cambios legislativos supongan beneficios para la compañía petrolera. Siendo ello así, con la aplicación de la Garantía N° 01 de nuestra Cláusula de Estabilidad Dinámica, por ejemplo, se le podría aplicar al Contrato aquellos cambios normativos en materia tributaria que –entre otros– reduzcan la carga impositiva.

A este efecto, cabe preguntarse ¿quién determina que cambios normativos pueden ser inaplicados al Contrato? En tanto que el presupuesto base para su inaplicación reside en el hecho que tales cambios normativos generen perjuicio patrimonial al contratista, será ésta la que –en un primer momento– esté legitimada y se encuentre en capacidad para determinar qué cambios normativos le causan (a sí misma) perjuicio patrimonial. A partir de dicho análisis interno, el contratista deberá solicitar al contratante autorización para inaplicar dichos cambios normativos, pues de lo contrario se dejaría a entera discrecionalidad del contratista inaplicar estas normas jurídicas posteriores.

En línea con lo anterior, es de vital importancia que a nivel normativo o en mismo Contrato se definan los mecanismos de control y el procedimiento necesario para hacer efectiva la inaplicación de tales cambios normativos; como un mecanismo de control. A este efecto, conforme habíamos

señalado en el texto de la Garantía N° 01, proponemos el siguiente procedimiento para controlar y hacer efectiva estas inaplicaciones normativas:

- a. El contratista deberá remitir una comunicación formal al contratante, solicitando autorización para inaplicar determinados cambios normativos aplicables al Contrato (con excepción de normas en materias protegidas), por considerar que éstas le generan perjuicio patrimonial. Dicha solicitud deberá estar debidamente fundamentada, y sustentada con la documentación que resulte pertinente para demostrar el eventual perjuicio patrimonial. Asimismo, esta comunicación deberá ser remitida en el menor plazo posible desde la emisión de la o las normas jurídicas cuya inaplicación se solicita.
- b. Recibida la solicitud del contratista, el contratante se encuentra obligado a informar de manera inmediata a las diversas entidades estatales pertinentes, respecto de la solicitud de inaplicación de los cambios normativos antes referidos; a efectos de que estas instituciones públicas manifiesten posición fundamentada al respecto.
- c. Una vez recibida la opinión fundamentada de la institución pública competente, el contratante informará al contratista la autorización o denegatoria de su solicitud de inaplicación de los cambios normativos. Cualquiera sea el sentido de la decisión sobre la

solicitud del contratista de inaplicación normativa, ésta deberá encontrarse debidamente motivada.

En caso el contratante no autorice la solicitud del contratista para inaplicar determinados cambios normativos, estas normas deberán ser aplicadas obligatoriamente al Contrato. En ese escenario, si producto de la aplicación de tales normas jurídicas –cambios normativos– se genera un perjuicio patrimonial significativo al contratista, las partes estarán obligadas a suscribir una adenda al Contrato a través de la cual reajusten los términos económicos del mismo, con el propósito de colocar al contratista en la misma o similar situación que aquella que mantenía antes de tener que aplicar de dichos cambios normativos.

Respecto al grado de afectación patrimonial requerido para activar el restablecimiento de la situación económica del contratista, dependerá de las partes (o, del Estado anfitrión si es éste quien elabora y aprueba el modelo de contrato, como sucede en el Perú) definirlo con claridad. No obstante, consideramos que de preferencia debe tratarse de una afectación “significativa” –o, en todo caso, “moderado” –, pues es en este grado que resulta más factible empeorar la situación económica de una de las partes, al punto de quebrantar el equilibrio económico existente entre éstas. Sobre este punto, nos referimos con mayor detalle en el acápite siguiente.

No obstante, cabe advertir que –eventualmente– podría criticarse que esta Garantía es pasible de generar escenarios de incertidumbre para el contratante (Estado), en cuanto a su conocimiento de cuáles son las normas que son de aplicación para el Contrato, debido a los diversos cambios

normativos que puedan ocurrir a lo largo de su vigencia; y, que, ello podría inclusive limitar el ejercicio de su función de control y supervisión de las actividades del Contrato. No obstante, y en línea con lo antes señalado, es menester resaltar que, para la efectiva inaplicación de los cambios normativos se requerirá necesariamente que el contratante autorice tal inaplicación. De esta manera, es factible mitigar dicha posible contingencia, al no dejar a la entera discrecionalidad y autonomía del contratista la inaplicación de tales normas jurídicas.

Finalmente, el espíritu de la Garantía N° 01 es, en esencia, configurarse como un tipo de garantía de estabilidad pasible de generar atracción en compañías petroleras –nacionales e internacionales– para invertir en la industria de hidrocarburos nacional; así como, de ser el caso, poder ser aplicada en otros países cuyos ordenamientos internos sean compatibles con la estructura de esta Garantía. En el marco de dicho objetivo, el diseño de la Garantía N° 01 de nuestra Cláusula de Estabilidad Dinámica, otorga flexibilidad a los contratistas en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas emitidas luego de la celebración de los Contratos (cambios normativos), evitando que se les puedan aplicar aquellas que les generen perjuicio económico –con previa autorización del contratante–.

b. Garantía N° 02:

Se aplicarán al Contrato, de manera obligatoria y sin excepción, las “normas en materias protegidas” (es decir: en materia ambiental, laboral, derechos fundamentales o derechos humanos; y, aquellas que se sustenten en el orden público y las buenas costumbres).

En caso la aplicación de estas normas genere afectación patrimonial significativa al contratista, las partes deberán suscribir una modificación al contrato mediante la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma o similar situación que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichas normas.

El contratante tiene derecho de impugnación en caso el contratista inaplique una o varias normas en materias protegidas; en cuyo caso, de verificarse tal inaplicación, el contratista estará obligado a aplicarlas inmediatamente al contrato, así como compensar los daños que hubiese causado dicha omisión.

En un ordenamiento jurídico, no todos los derechos tienen el mismo grado de esencialidad para la sociedad –hablando en términos generales–. Así, habrán determinados derechos cuya vigencia y efectividad son de tal importancia que, sin ellos, los individuos que integran la sociedad quedarían susceptibles a sufrir perjuicios significativos; así como, se producirían fallas en el funcionamiento de la sociedad, al presentarse conflictos en las relaciones entre los individuos que la integran.

Lo señalado en párrafo precedente, atañe a los derechos que regulan materias de naturaleza ambiental, laboral, derechos fundamentales o derechos humanos; así como, todas aquellas normas que se sustenten en el orden público y las buenas costumbres. Son de tal importancia estas normas en materias protegidas que no pueden ser dejados de lado (incumplidos) por las empresas petroleras contratistas en el marco de sus actividades relacionadas al Contrato.

Así, por citar algunos ejemplos, resultaría inadmisibles que un contratista que realiza actividades de hidrocarburos de gran envergadura pasibles de ocasionar impactos negativos significativos en el ambiente, incumpla con las normas emitidas sobre protección ambiental. O, que incumpla con normas sobre protección a las comunidades nativas aledañas al lote petrolero; que no respete los derechos laborales de sus trabajadores; entre otros.

En consecuencia, la contratista no puede eximirse de la obligación de cumplir este tipo de normas, aun cuando su implementación y aplicación le genere pasivos económicos significativos.

En este punto, es importante aclarar que el ámbito de protección de esta Garantía N° 02 no solo alcanza a las “modificaciones normativas” que versen sobre normas en materias protegidas, sino también comprende aquellas normas jurídicas sobre materias no reguladas con anterioridad en el Contrato –las cuales, de igual modo, versen sobre alguna de las materias protegidas–.

No obstante lo anterior, siendo el propósito de la Cláusula de Estabilidad Dinámica incentivar la inversión privada en el sector hidrocarburos nacional, resulta conveniente establecer medidas orientadas a mitigar la carga económica asumida por el contratista al momento de aplicar este tipo de normas. Es así que, para alcanzar este propósito, la Garantía que proponemos incorporar recoge las principales características de la cláusula de equilibrio económico expuesta en capítulos precedentes, en lo referente

al deber de restitución de la situación que mantenía el contratista antes que se produzca dicha afectación patrimonial. Veamos el apartado correspondiente de la Garantía N° 02, en referencia:

“[...] En caso la aplicación de estas normas genere afectación patrimonial significativa al contratista, las partes deberán suscribir una modificación al contrato mediante la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma o similar situación que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichas normas”.

En ese sentido, a través de esta medida se asegura al contratista que: si como consecuencia de la aplicación de normas jurídicas emitidas durante la vigencia del Contrato, que versen sobre alguna de las materias protegidas en la presente Garantía, y el contratista deba asumir cargas económicas significativas a causa de ello; ambas partes –contratante y contratista– deberán modificar el Contrato a efectos de reajustar los términos económicos del mismo, y así colocar al contratista en una situación igual o similar a la que mantenía antes de tener que asumir la carga económica negativa que implicó la implementación y aplicación de dichas normas jurídicas.

Un factor importante en la medida propuesta es el referido al grado de “afectación patrimonial” requerido para la activación de la obligación de las partes de suscribir una adenda al Contrato. Consideramos conveniente disponer que el impacto económico negativo debe ser de tal magnitud, que reduzca significativamente la rentabilidad económica (previsiblemente) esperada por el contratista como resultado de sus operaciones del Contrato –en tanto que deberá incurrir en costos que, al finalizar el ejercicio fiscal,

reduzcan la utilidad de la empresa—. A nuestro criterio, debe tratarse de una afectación “significativa” (o, en ciertos casos, “moderado”), toda vez que es una afectación de este tipo la pasible de generar desequilibrio económico entre las prestaciones a cargo de las partes. No obstante, quedará a expensas de las partes determinar el grado de afectación requerido: leve, moderado, significativo o grave. En cualquier caso, las partes deberán definir en el Contrato el significado y alcances de la “afectación patrimonial significativa (leve o moderada, según lo acuerden)”, a efectos de evitar eventuales controversias en torno a dicha figura.

Asimismo, sobre esta medida, cabe traer a colación una interrogante que ya nos habíamos planteado en el capítulo quinto, referida a ¿cómo se reajustan los términos económicos del contrato ante dicha afectación? Al respecto, serán las partes quienes deberán definir en la cláusula de estabilidad la fórmula o el medio que más convenga a sus intereses, para así efectuar el reajuste de los términos económicos del contrato; a efectos de restituir el equilibrio entre las prestaciones o para mitigar la carga económica asumida por la contratista como consecuencia de la aplicación de dichas normas.

Sin perjuicio de ello, y según hemos señalado anteriormente, este reajuste económico se puede viabilizar mediante: (i) el sometimiento a un proceso de negociación; o, (ii) el establecimiento de una fórmula de reajuste. Así, en el primer caso, estaremos ante la sujeción obligatoria de las partes a un proceso de negociación, a efectos de acordar (negociar) los términos del

reajuste económico. En caso las partes concreten un acuerdo, el mismo será plasmado en una adenda al contrato; caso contrario, de no existir acuerdo, podrán someter el conflicto al mecanismo de solución de controversias pactado en el contrato. Por otro lado, en el segundo caso, estaremos ante una fórmula de reajuste económico –definida en la cláusula de estabilidad–, cuya aplicación permita mitigar la carga económica asumida por el contratista o el restablecimiento del equilibrio económico de las prestaciones.

Finalmente, establecemos en esta Garantía N° 02 el derecho del contratante para cuestionar y oponerse a la decisión del contratista de inaplicar normas en materias protegidas –según ha sido definido dicho término anteriormente–. En esa línea, en el escenario que el contratista inaplique alguna norma de este tipo, y dicha omisión quede acreditada, el contratista deberá aplicarla inmediatamente al Contrato, debiendo desplegar para ello todas las acciones y medidas necesarias para su efectivo cumplimiento; así como, de corresponder, compensar los daños ocasionados por dicha inaplicación normativa.

c. Garantía N° 03:

El Estado garantiza al contratista que el contenido del Contrato permanecerá inalterable durante su vigencia, salvo que la modificación al mismo ocurra por mutuo acuerdo entre las partes y conste por escrito.

La Garantía N° 03 que proponemos incluir en nuestra Cláusula de Estabilidad Dinámica, es la garantía denominada en doctrina como “cláusula de intangibilidad”.

Conforme hemos señalado en acápites precedentes, este tipo de cláusula goza de gran popularidad en los contratos de hidrocarburos, toda vez que se constituye como un verdadero límite para el poder soberano del Estado anfitrión capaz de modificar unilateralmente el contrato. De no existir este tipo de garantía, el contratista tendría que asumir el riesgo que el Estado modifique unilateralmente el Contrato a través de una norma o un acto administrativo, hecho que pudiera generarle perjuicios significativos.

Asimismo, es pertinente advertir nuevamente que, en el caso peruano, la LOH (1993) ya incorpora esta garantía de estabilidad en su artículo 12, al disponer que “[l]os Contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes. Las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas, dentro del mismo plazo establecido en el Artículo 11. [...]” (subrayado añadido).

Siendo ello así, resulta conveniente incluir este tipo de Garantía en nuestra Cláusula de Estabilidad Dinámica. Al respecto, advertimos que en el caso peruano no resulta necesario reemplazar el texto actual de la garantía de inmodificabilidad de los Contratos de Licencia o de Servicios, con el texto propuesto en la presente Garantía N° 03; toda vez que, ambos persiguen el mismo fin. No obstante, el texto que proponemos como Garantía N° 03

será de utilidad en aquellos casos en los cuales no se ha regulado previamente una garantía de similar naturaleza.

Habiendo explicado las tres Garantías que componen nuestra propuesta, el texto integral de la Cláusula de Estabilidad Dinámica que postulamos en el presente trabajo es el siguiente:

Garantía N° 01:

Los cambios normativos producidos con posterioridad a la suscripción del Contrato, no le serán de aplicación al mismo en caso éstos supongan perjuicios patrimoniales para el contratista, colocándola en una situación menos favorable que aquella que mantenía con anterioridad a la emisión de tales normas.

Entiéndase por “cambios normativos” aquellos que supongan la modificación o derogación de las normas aplicables al Contrato, que se encuentren vigentes al momento de su suscripción.

Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Garantía N° 01, los cambios normativos en materia: ambiental, laboral, derechos fundamentales o derechos humanos, así como aquellas que se sustenten en el orden público y las buenas costumbres; los cuales son de obligatoria aplicación conforme a lo establecido en la Garantía N° 02. A las normas que versen sobre este grupo de materias se les denominará en adelante como, “normas en materias protegidas”.

Para formalizar y hacer efectiva la inaplicación de tales cambios normativos, se requerirá de una autorización expresa por parte del contratante [*Véase en el capítulo sétimo nuestra propuesta de procedimiento para controlar y hacer efectiva estas inaplicaciones normativas*]. La denegatoria de la solicitud del contratista de inaplicación normativa deberá encontrarse debidamente motivada. En consecuencia, si producto de la aplicación de estas normas se

genere afectación patrimonial significativa al contratista, las partes deberán suscribir una modificación al contrato en la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma o similar situación que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichos cambios normativos.

Garantía N° 02:

Se aplicarán al Contrato, de manera obligatoria y sin excepción, las “normas en materias protegidas”.

En caso la aplicación de estas normas genere afectación patrimonial significativa al contratista, las partes deberán suscribir una modificación al contrato mediante la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma o similar situación que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichas normas.

El contratante tiene derecho de impugnación en caso el contratista inaplique una o varias normas en materias protegidas; en cuyo caso, de verificarse tal inaplicación, el contratista estará obligado a aplicarlas inmediatamente al contrato, así como compensar los daños que hubiese causado dicha omisión.

Garantía N° 03:

El Estado garantiza al contratista que el contenido del Contrato permanecerá inalterable durante su vigencia, salvo que la modificación al mismo ocurra por mutuo acuerdo entre las partes y conste por escrito.

Pues bien, este nuevo tipo de garantía de estabilidad que venimos a proponer en el presente trabajo, conforme hemos ya adelantado, tiene una doble finalidad:

- i. **Por el lado del Estado:** este tipo de garantía se encuentra orientada fortalecer la industria de los hidrocarburos, y la economía nacional; toda

vez que, se configura como un factor de incentivo para las compañías petroleras para realizar inversiones en el país.

De este modo, al configurarse como un factor que fomente la inversión privada directa (nacional y extranjera) en la industria hidrocarburífera peruana, eventualmente permitiría contar con un mayor número de Contratos de Licencia o de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos; los cuáles, una vez iniciada la etapa de producción, permitirían al Estado recaudar mayores ingresos que fortalecerían la economía nacional.

Asimismo, al existir mayor participación privada en la industria de los hidrocarburos, se estaría generando una importante fuente de empleo formal para quienes residan en las áreas de influencia, y para los peruanos en general.

- ii. **Por el lado de la empresa privada:** la Cláusula de Estabilidad Dinámica se orienta a configurarse como una garantía que les genere confianza respecto de sus inversiones. Así, la Cláusula de Estabilidad Dinámica representa una garantía que no solo otorga seguridad sobre la intangibilidad o inmodificabilidad del contenido del Contrato; sino también, está orientada a cautelar los intereses económicos de las empresas petroleras contratistas, en tanto que protege aspectos patrimoniales del Contrato, al encontrarse dentro de su ámbito de garantía:
- Permitir que los “cambios normativos” [ver definición de este término] producidos con posterioridad a su suscripción del Contrato,

no se le sean aplicables a éste en caso tales normas jurídicas generen perjuicios patrimoniales para el contratista. En tal sentido, en caso opere la inaplicación de dichos cambios normativos, se generaría ahorro de recursos para la compañía petrolera, al no tener que incurrir en costos que afecten su patrimonio.

No obstante, en caso tales cambios normativos deban ser aplicados [ver alcances de la garantía], se prevé una medida orientada al restablecimiento de la situación económica que el contratista mantenía antes de tener que aplicar tales normas, siempre que se acredite haber sufrido afectación patrimonial a causa de lo anterior. Esta medida representa una garantía para el contratista que su situación económica (respecto del Contrato) no se verá afectada por cambios regulatorios, y si ello ocurriera, la misma deberá ser restituida.

En esa línea, se asegura asimismo que, si como consecuencia de la aplicación de alguna norma en materia protegida [ver definición de este término] el contratista sufra un perjuicio económico significativo (o el grado de afectación acordado por las partes), se deberán reajustar términos económicos del Contrato, a efectos de mitigar la carga económica negativa sufrida por el contratista, y así restablecer el equilibrio entre las prestaciones. Al igual que en el caso anterior, esta medida representa asegura al contratista que su situación económica (respecto del Contrato) no se verá afectada por

la ocurrencia de cambios regulatorios en materias protegidas, y si fuera el caso, su situación económica deberá ser restituida.

- Se garantiza que el Contrato sólo podrá ser modificado por acuerdo entre las partes. De esta manera, se asegura al contratista que el Estado no podrá modificar unilateralmente el contenido del Contrato, hecho que eventualmente pudiera causarle graves perjuicios.

En tal sentido, nuestra Cláusula de Estabilidad Dinámica es pasible de generar beneficios tanto para el Estado anfitrión –al permitirle desarrollar su industria hidrocarburífera, y fortalecer su economía interna–; así como, para la empresa petrolera contratista. En cuanto a la compañía petrolera, la Cláusula de Estabilidad Dinámica representa una garantía de estabilidad que: (i) por un lado, protege los aspectos patrimoniales del Contrato, en tanto que: 1) asegura que la situación patrimonial del contratista –respecto del Contrato– no empeorará ante la entrada en vigencia de nuevas regulaciones normativas; y, 2) contempla la posibilidad de que el contratista pueda estar en una mejor situación económica que aquella que inicialmente mantenía. (ii) En paralelo, busca garantizar la intangibilidad del contenido del Contrato, otorgando seguridad que dicho acuerdo no será modificado unilateralmente por el Estado anfitrión.

Siendo ello así, la Cláusula Dinámica de Estabilidad se constituye como un factor de incentivo para las compañías petroleras (nacionales y extranjeras) para invertir en el territorio nacional.

Por otro lado, señalamos en capítulos anteriores que, una de las principales desventajas de las cláusulas de congelamiento reside en la rigidez que generan en los Contratos al impedir que se les apliquen normas emitidas luego de su celebración, aun cuando éstas supongan beneficios para el contratista. Mediante nuestra Cláusula de Estabilidad Dinámica buscamos corregir dicha falencia, al proponer que a los Contratos si se le puedan aplicar normas jurídicas emitidas luego de su celebración, en caso éstas generen beneficios económicos para los contratistas. De esta manera, levantamos la prohibición de aplicar normativa posterior a la suscripción de los Contratos, que caracteriza a las clásicas cláusulas de congelamiento –como es el caso de la actual garantía de estabilidad del régimen tributario regulada en la LOH–.

De igual forma, advertimos también que una de las principales desventajas de las cláusulas de equilibrio económico reside en las dificultades que pueden afrontar las partes del contrato para reestablecer tal equilibrio económico en caso éste sea lesionado a causa de la aplicación de una norma jurídica emitida con posterioridad a la celebración del acuerdo. Así, por un lado, puede suceder que las partes no hayan dispuesto en la cláusula estabilidad la forma y el modo en cómo se efectuará el *rebalancing*, corriendo el riesgo que no exista acuerdo entre ellas sobre los términos de la adenda, ocasionando que se dilate el restablecimiento del equilibrio económico, y ello pueda incrementar los daños. Así como, en el supuesto anterior, el riesgo que las negociaciones se deban extender por largos periodos hasta finalmente arribar a un acuerdo, hecho que –de una u otra forma– obligaría a las partes a tener que incurrir en excesivos costos de transacción (tiempo y dinero).

Respecto a lo anterior, la Cláusula de Estabilidad Dinámica posibilita reducir el universo de casos en los que las partes deban tener que negociar y suscribir una adenda

al Contrato, a efectos de reestablecer el equilibrio entre las prestaciones; al permitir que determinados cambios normativos [ver alcances de la Cláusula] capaces de generar perjuicio patrimonial en el contratista no le sean aplicables al Contrato –y en consecuencia, no existiría necesidad de negociar una adenda–.

Por otra parte, es propio señalar que para introducir en el ordenamiento jurídico nacional la Cláusula de Estabilidad Dinámica como nuevo modelo de garantía en los Contratos de Licencia y de Servicios, se requeriría un cambio normativo. Pues, conforme hemos ya explicado, la actual LOH regula un clásico sistema híbrido de garantías de estabilidad: por un lado, la cláusula de intangibilidad para garantizar la inalterabilidad del contenido del Contrato; y, por otro, la cláusula de congelamiento para garantizar la inalterabilidad las normas en materia tributaria y cambiaría que se encuentren vigentes al momento de la celebración del Contrato. En ese sentido, para introducir este nuevo modelo de garantía de estabilidad, se requeriría la modificación de la LOH; así como, la derogatoria de aquellas normas especiales que disponen la estabilidad –congelamiento– sobre el régimen tributario.

Habiendo desarrollado los alcances y beneficios de la Cláusula de Estabilidad Dinámica, como cierre del presente capítulo resulta pertinente dedicar algunas líneas a la relación que se puede establecer entre nuestra propuesta de Cláusula de estabilidad y la economía social de mercado que rige en el Perú.

Conforme señalan Kresalja y Ochoa (2012), en una economía de mercado la competencia no solo es un derecho, sino también una obligación, en tanto su carácter esencial para el sistema económico, para asegurar el buen funcionamiento del mercado, y por los beneficios que ello representa para la sociedad en su conjunto (p. 123). Por lo que, resulta primordial que el Estado mantenga un rol activo en el fomento

de la competencia en los mercados, en tanto que ésta es el motor de la economía social de mercado (Kresalja, 2015, pp. 186-189).

Pues bien, estos principios bajo los cuales se apoya la economía social de mercado guardan una estrecha relación con el sistema energético –que comprende a los hidrocarburos–, toda vez que uno de los principios estructurales que orienta a este sistema es el de la eficiencia económica. Y es allí donde reside tal vinculación, pues, conforme señala Del Guayo (2020), para lograr la eficiencia económica del sistema energético es indispensable que en la industria o mercado dentro de la cual se desarrollan las actividades que lo componen, estén plenamente garantizadas la libre competencia y la libertad de empresa (pp. 323-329).

En ese marco, se puede afirmar que el rol del Estado no solo se agota fijar las reglas de juego para facilitar y vigilar la libre competencia –así como, combatir prácticas que atenten contra ella–, sino también debe generar las condiciones regulatorias idóneas que promuevan la existencia de un mayor número competidores dentro de cada mercado.

En el caso del sector hidrocarburos (nivel *upstream*), para generar una mayor competencia se requerirá la suscripción de un mayor número de Contratos de Licencia o de Servicios, cada uno de éstos operado por contratistas que se encuentren conformados por una o más empresas petroleras (o “sujetos calificados”, según el D.S. N° 029-2021-EM). Para lograr ello, es necesario e indispensable que *a priori* las compañías petroleras se interesen en participar en los procesos de selección para el otorgamiento de Contratos de Licencia o de Servicios de lotes de hidrocarburos. Es en dicho marco que entra a tallar la Cláusula de Estabilidad Dinámica que proponemos en el presente trabajo, la cual tiene por objeto –según hemos señalado previamente–

fomentar una mayor participación privada en la industria de los hidrocarburos, al introducir fórmulas de estabilidad más atractivas desde el punto de vista económico.

Para tal efecto, resulta necesario contar con marcos regulatorios flexibles –como la Cláusula de Estabilidad Dinámica– que efectivamente promuevan una mayor participación de inversionistas petroleros en la industria del *upstream*, lo que a su vez fortalezca la libre competencia y la economía social de mercado. Pues, conforme señalan Baldwin et al. (2013)¹⁸, las regulaciones normativas inflexibles generan el riesgo de vulnerar las libertades de gestión empresarial, así como reprimir la competencia; lo que, finalmente, afecta el crecimiento económico del país que se trate (pp. 108-109).

Conclusiones:

Estando a la doble problemática –identificada en el capítulo precedente– respecto al actual diseño de las garantías de estabilidad reguladas en la LOH, es que formulamos la garantía que hemos denominado: “Cláusula de Estabilidad Dinámica”. Mediante este nuevo tipo de garantía o cláusula de estabilidad, proponemos recoger, por un lado, las principales características inherentes de los diversos tipos de cláusulas de estabilidad reguladas en el Perú, así como de las garantías que conforman el grupo de las modernas cláusulas de estabilidad; y, por otro, se compone por nuevas fórmulas que permiten asegurar una adecuada protección para las empresas petroleras contratistas.

¹⁸ Reflexión que los autores hacen a propósito de los Estados que han optado por una estrategia de regulación basada en el denominado “*command and control*”.

En ese sentido, nuestra propuesta de cláusula se compone de tres garantías que pueden ser resumidas –en términos generales–, en lo siguiente: (i) Los “cambios normativos” [*ver definición de este término*] producidos con posterioridad a la suscripción del Contrato, no le serán de aplicación al mismo en caso éstos supongan perjuicios patrimoniales para el contratista; para lo cual se requerirá autorización del contratante. Por su naturaleza y relevancia, se exceptúan del ámbito de aplicación de esta garantía aquellas normas en “materias protegidas” [*ver definición de este término*]; las cuales obligatoriamente deben ser aplicadas por la compañía petrolera contratista. (ii) Si el contratista sufriera perjuicio patrimonial significativo como consecuencia de 1) la aplicación de normas en materias protegidas; o, 2) aplicación obligatoria de cambios normativos –respecto de los cuales el contratante denegó su inaplicación–, las partes deberán suscribir una modificación al contrato en la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma posición que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichas normas. Finalmente, (iii) incorporamos la garantía de inmodificabilidad de los contratos.

Conforme a lo anterior, consideramos que la Cláusula Dinámica de Estabilidad se constituye como un factor de incentivo para las compañías petroleras nacionales e internacionales para invertir en el territorio nacional, al tratarse de una garantía más flexible y protectora de intereses patrimoniales que aquellas que conforman las clásicas y modernas cláusulas de estabilidad.

Si bien el tipo de Cláusula que proponemos puede significar, en un principio, costos para el Estado; debe tenerse presente que, a su vez, puede ocasionar un impacto positivo en el incremento de la participación privada en este sector –traducida finalmente en mayor número de Contratos de Licencia o de Servicios–, al configurarse

como un incentivo para la inversión. Este incremento de inversión directa generaría un impacto positivo en la economía del Estado, y asimismo crearía fuentes de empleo formal.

De igual forma, la Cláusula de Estabilidad Dinámica busca responder a los nuevos intereses de las compañías petroleras en cuanto a la tutela de aspectos económicos del Contrato. Así, por un lado, asegura que la situación patrimonial del contratista – respecto del Contrato– no empeorará ante la entrada en vigencia de nuevas regulaciones normativas; y, contempla la posibilidad de que el contratista pueda estar en una mejor situación económica que aquella que inicialmente mantenía al no impedir la aplicación de nuevas normas más beneficiosas. Asimismo, para dotar de mayor seguridad jurídica, se asegura la intangibilidad del contenido del Contrato.

Por tanto, nuestra propuesta de Cláusula de Estabilidad Dinámica representa un factor de incentivo para que las compañías petroleras realicen inversiones en actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos en territorio nacional, al evitar o mitigar los perjuicios económicos que estas empresas puedan sufrir ante la ocurrencia de ciertos escenarios.

VIII. CONSULTA PREVIA Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL EN EL SECTOR HIDROCARBUROS

La obligatoriedad de realizar procesos de consulta previa en el Perú –para determinadas actividades– tiene origen en las obligaciones asumidas por el Estado Peruano en el marco del cumplimiento e implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (en adelante, el “Convenio 169”). Este tratado internacional

sobre derechos humanos fue ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 05 de diciembre de 1993; y, entró en vigencia después de poco más de un año, el 02 de febrero de 1995.

Conforme señaló Elizabeth Tinoco¹⁹ en el acápite de presentación de la Edición Conmemorativa del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la OIT, 2014, p. 8), son dos los postulados básicos de este Convenio –bajo los cuales, asimismo, se deben interpretar las disposiciones contenidas en éste–: “el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan”. Respecto al derecho a la consulta previa de los pueblos interesados (pueblos indígenas y tribales) son dos los artículos contenidos en el Convenio 169 (1989) que contienen regulaciones referidas a ello:

- Por un lado, en el artículo 6 se establece el deber de los Gobiernos de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**” (énfasis añadido).
- Por otro lado, y refiriéndose al caso específico de los recursos naturales, en el primer inciso del artículo 15 se dispone que son objeto de protección especial los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras. Acto seguido, en el inciso 2 siguiente²⁰, se dispone que, en caso el Estado

¹⁹ Directora Regional para América Latina y el Caribe de la ILO.

²⁰ Convenio 169 (1989)

sea propietario de los minerales existentes en las tierras de los pueblos interesados –como es el caso peruano–, los Gobiernos deberán establecer los mecanismos y procedimientos necesarios para llevar a cabo la consulta a dichos pueblos “[...] **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**” (énfasis añadido).

De acuerdo con lo anterior, la obligatoriedad de realizar procesos de consulta previa en el sector hidrocarburos nacional tiene origen en el mandato establecido en el artículo 15 del Convenio 169 (1989), el cual impone el deber a los Estados a realizar procesos de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, antes de autorizar o ejecutar actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos –los cuales, por mandato constitucional, son propiedad del Estado–.

Conforme habíamos señalado líneas arriba, a pesar de que el Convenio 169 entró en vigencia en el Perú en el año 1995, no es sino después de aproximadamente siete años que se empezaron a emitir normas jurídicas cuya finalidad era establecer reglas que hagan posible el cumplimiento del deber del Estado de consultar previamente a los pueblos interesados, así como las demás obligaciones asumidas en el marco de tales procesos. Cabe mencionar que, durante dicho periodo de siete años de ausencia de

Artículo 15

2. “**En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo**, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados**, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (énfasis añadido).

regulación normativa interna sobre dicha materia, el Estado no realizó procesos de consulta previa a comunidades nativas antes de la autorización o ejecución de actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos (Astorga, 2012, p. 212).

En ese sentido, siguiendo lo señalado por Astorga, las regulaciones normativas emitidas a partir del año 2002 se caracterizaron por su “timidez”, al no establecer procedimientos ni mecanismos claros que permitan llevar a cabo procesos efectivos de consulta previa; siendo que, recién a partir del año 2008 con la emisión del – actualmente derogado– Decreto Supremo N° 012-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, se “asimil[ó] de modo directo los procesos de participación ciudadana con la obligación de realizar una consulta previa bajo el ámbito del Convenio 169 de la OIT” (2012, p. 213).

Así pues, en los considerandos del Decreto Supremo N° 012-2008-EM (2008) se señaló que uno de los motivos para la emisión de tal norma fue la necesidad de “contar con un Reglamento de Participación Ciudadana específico para el Subsector Hidrocarburos, en el cual se fortalezca la participación de la ciudadanía desde la etapa en que se esté negociando la suscripción de un Contrato de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos”. En esa línea, en el artículo I del Título Preliminar se señala que el objeto de este Decreto Supremo N° 012-2008-EM (2008) es, entre otros, uniformizar la normativa existente sobre dicha materia, y fortalecer el derecho a la información, a la participación ciudadana; y, en general, aquellos derechos de los pueblos indígenas y la población involucrada que puedan verse afectados en estos procesos.

No obstante, durante la vigencia de dicho Decreto Supremo, se evidenció la necesidad de optimizar los procesos de participación ciudadana en el sector hidrocarburos, para así asegurar la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y la población involucrada. Es así que, tal necesidad de reforma legal se puso en relieve con motivo de la derogatoria de los Decretos Supremos que aprobaron los Contratos para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en los Z-64, Z-65, Z-66, Z-67 y Z-68²¹, a través del Decreto Supremo N° 011-2018-EM de fecha 23 de mayo de 2018 –en cuyo artículo 3, dicho sea de paso, se otorgó un plazo de 120 días para la aprobación de un nuevo Reglamento de Participación Ciudadana que optimice dicho proceso–.

En atención a ello, el Decreto Supremo N° 012-2008-EM fue derogado por el Decreto Supremo N° 002-2019-EM, Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, norma que actualmente se encuentra vigente. Según se señala en sus considerandos, el Decreto Supremo N° 002-2019-EM (2019) se emitió con el fin de “diseñar y materializar mecanismos que garanticen los derechos de acceso a la información y de participación ciudadana en la toma de decisiones vinculados a los asuntos públicos, como es el caso del aprovechamiento sostenible de los hidrocarburos”. Sobre esta norma volveremos más adelante, en el presente capítulo.

Por otro lado, (recién) en el año 2011 se emitió la Ley N° 29785, “Ley del derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”; la cual, según se señala en su artículo 1, tiene por objeto desarrollar “el contenido, los principios y el

²¹ El Decreto Supremo N° 011-2018-EM derogó los Decretos Supremos N° 006-2018-EM, N° 007-2018-EM, N° 008-2018-EM, N° 009-2018-EM y N° 010-2018-EM.

procedimiento del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente”, en el marco del Convenio 169. Esta ley fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Señalados los principales antecedentes normativos sobre esta materia, cabe preguntarse ¿cuál es la diferencia entre los procesos de consulta previa y la participación ciudadana?, ambas aplicables al sector hidrocarburos. Pues, veamos:

Tabla 5

Diferencias entre Consulta Previa y Participación Ciudadana

Consulta Previa	Participación Ciudadana
<p>Definición:</p> <p>Según el artículo 2 de la Ley N° 29785 (2011):</p> <p>“Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos”.</p> <p>Los derechos colectivos referidos en la definición anterior pueden ser: a los recursos naturales, a la tierra y el territorio, a conservar sus costumbres e instituciones, a la autodeterminación, a la identidad cultural, consulta previa, y</p>	<p>Definición:</p> <p>De acuerdo con el literal g) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 002-2019-EM (2019), la Participación Ciudadana en las actividades de hidrocarburos es:</p> <p>“Proceso mediante el cual se promueve la intervención informada y responsable de todos los interesados en la negociación o concurso y suscripción de Contratos de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, así como en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental de las Actividades de Hidrocarburos, para una correcta toma de decisiones y ejecución de las actividades de hidrocarburos en el marco de las normas y políticas ambientales aplicables.”</p>

otros (Ministerio de Cultura, 2015, p. 12).

¿A quiénes se les consulta?

pueblos indígenas u originarios²².

Etapas:

Conforme se establece en el artículo 8 de la Ley N° 29785 (2011), el proceso de consulta previa consta de las siguientes etapas:

- Etapa 1: Identificación de la medida a consultar.
- Etapa 2: Identificación de los pueblos indígenas u originarios.
- Etapa 3: Publicidad de la propuesta de medida objeto de consulta y el plan de consulta.
- Etapa 4: Información a los pueblos indígenas u originarios sobre las características de la medida propuesta, y se determinan los derechos colectivos pasibles de ser afectados.
- Etapa 5: Evaluación interna de la medida por parte de los pueblos consultados.
- Etapa 6: Diálogo entre la entidad promotora y los pueblos consultados.
- Etapa 7: Entidad promotora adopta la decisión.

¿A quiénes se les consulta?

Poblaciones involucradas, de la zona de influencia. No se requiere que sean pueblos indígenas u originarios.

Etapas:

1. Etapa de negociación o concurso y suscripción de los Contratos para la exploración y/o explotación de hidrocarburos:

- Previo al inicio de la negociación o concurso.
- Previa al envío del proyecto de Contrato al Ministerio de Energía y Minas.
- Posterior a la suscripción del Contrato.

2. Etapa de Evaluación de Impacto ambiental:

- Previo a la presentación del Estudio Ambiental o IGA Complementario.
 - Durante la evaluación del Estudio Ambiental o IGA Complementario.
 - Luego de ser aprobado el Estudio Ambiental, la participación ciudadana se registrará según lo dispuesto en el propio Estudio, y según lo ordene la normativa vigente.
-

²² Los pueblos indígenas u originarios son aquellos que: (i) su origen es precede al Estado, y se ubican en territorio nacional; (ii) mantienen todas o parte de sus instituciones distintivas; y, (iii) existe la conciencia colectiva de tener una identidad indígena u originaria (Ministerio de Cultura, 2021).

	(Decreto Supremo N° 002-2019-EM, 2019).
¿Quién conduce el proceso?	¿Quién conduce el proceso?
Ministerio de Energía y Minas, a través de la Oficina General de Gestión Social (OGGS).	<ul style="list-style-type: none"> • Perupetro: en la etapa de negociación o concurso y suscripción de los Contratos para la Exploración y/o Explotación de hidrocarburos. • Autoridades Ambientales Competentes en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (DGAAH, SENACE y GORES).
	(Decreto Supremo N° 002-2019-EM, 2019).

Se han planteado muchas críticas respecto a cómo desde el Estado –a través de sus diversas entidades promotoras– se han gestionado y ejecutado los procesos de consulta previa y participación ciudadana, casos que –a fin de cuentas– afectan o pueden llegar a afectar a los derechos colectivos de los pueblos interesados. Respecto a ello, traemos a colación algunas críticas de diversa índole –y desde diversos frentes– que se han formulado en estos últimos años sobre estos procesos de consulta, de las cuales se pueden advertir oportunidades de mejora a ser tomadas en cuenta para fortalecer el derecho de consulta previa. En ese sentido, algunos de los cuestionamientos efectuados, son los siguientes:

Una de las críticas formuladas a la regulación normativa de la consulta previa en el país, es la hecha por el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2012, p. 14) en su documento denominado “Análisis Crítico de la consulta previa en el Perú”, en el cual se cuestiona que la regulación contenida en la normativa nacional sobre esta materia en muchos casos restringe o reduce el contenido de los derechos de los pueblos indígenas u originarios a los

recursos naturales, inobservando lo dispuesto en el Convenio 169; hecho que genera, entre otros, la ausencia de una consulta previa libre e informada. Asimismo, este Grupo critica que la Ley N° 29785 [en sus artículos 1 y 2] disponga que serán objeto de consulta aquellas medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios; en tanto que, a su consideración, debe realizarse la consulta incluso cuando tales medidas puedan afectar indirectamente estos derechos (2012, p. 15).

En esa línea, otra crítica formulada en contra de la regulación normativa tiene foco en el criterio de identificación de pueblos indígenas u Originarios previsto en el literal a) del artículo 7 de la Ley N° 29785, el cual condiciona a que la descendencia de los pobladores indígenas u originarios deba ser “directa”; requisito que no se encuentra establecido en el artículo 1 del Convenio 169, en tanto que éste solo hace referencia a la condición de ser descendientes de poblaciones que habitaban en el país (Ruiz, 2014, p. 185).

Por otro lado, en un informe (estudio de caso) elaborado bajo la dirección de la OLADE sobre los procesos de consulta previa llevados a cabo en el Perú en el sector hidrocarburos –teniendo como base las experiencias obtenidas de las consultas previas realizadas en el Lote 169, Lote 192 y Lote 195–, Requena (2015: 54-61) identificó, entre otros factores, determinados puntos de mejora que ameritan ser tomados en consideración para una mayor efectividad de los procesos de consulta previa, entre los cuales tenemos: (i) se debe mejorar la información proveída a los pueblos indígenas sobre el rol que cumple cada parte dentro del proceso de consulta, así como lo concerniente a los alcances de la consulta –lo que es y no es factible mediante estos procesos–; (ii) hacer más didáctica la información de carácter técnico, para la

comprensión de los pobladores consultados (tomando en cuenta la brecha en el nivel educativo), y así facilitar el diálogo; (iii) información más específica respecto al contenido de la medida objeto de consulta; (iv) mejor preparación por parte de funcionarios públicos que intervienen en el proceso de consulta previa, que empaticen con los pueblos consultados –con sus costumbres, necesidades e intereses–.

Estas críticas [constructivas] formuladas desde diversos frentes deben ser recibidas y debidamente analizadas por las autoridades responsables, a efectos de corregir –en caso corresponda– las falencias que existen en la regulación normativa actual sobre la consulta previa, para así asegurar que los actuales procesos de consulta, así como aquellos que se lleven a cabo en futuras oportunidades, fortalezcan y respeten el derecho de los pueblos indígenas u originarios a la consulta previa, así como aseguren un efectivo proceso de participación ciudadana para el caso de los otros pueblos interesados. En este punto, es importante hacer hincapié en que toda reforma regulatoria debe ser diseñada en el marco de un diálogo abierto y nutrido con los diversos pueblos interesados, recibiendo sus aportes y canalizándolos por las vías idóneas que correspondan, a efectos de evitar futuros rechazos o conflictos sociales.

En el sector hidrocarburos se han presentado diversas reclamaciones directas por parte de pueblos indígenas que, a su sentir, consideran que su derecho a la consulta previa ha sido vulnerado por el Estado; siendo un argumento recurrente el de la prevalencia del interés económico sobre los intereses de los pueblos interesados. Así, por citar un caso, en octubre de 2020 más de 40 organizaciones de la Región, entre las cuales participaron organizaciones de la Amazonía peruana, tuvieron una audiencia pública con miembros de la CIDH en la cual expusieron diversos casos de vulneración del derecho a la consulta previa; siendo uno de los casos expuestos, en cuanto al Perú, el

del Lote 58. Respecto a este caso, las organizaciones involucradas manifestaron que el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas interesadas fue vulnerado por el Estado Peruano al omitir realizar la consulta antes de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental presentado por la empresa CNPC –actual contratista– en el año 2014; en tanto que, según señalaron y criticaron estas organizaciones, la autoridad correspondiente consideró que en este caso no existía obligación de realizar consulta previa por el hecho que el Contrato de Licencia del Lote 58 ya se estaba vigente. En tal sentido, estas organizaciones señalaron que tal situación se ha constituido como un límite al acceso a la información sobre el EIA, reduciendo su capacidad de toma de decisiones y participación efectiva; asimismo, manifestaron que a su sentir, en dicho caso, el interés económico primaba sobre el interés de la población indígena afectada. Las organizaciones afirmaron haber enviado varias solicitudes a diversos entes estatales a efectos de lograr que en el Lote 58 se realice la consulta previa sobre el EIA presentado por CNPC en el año 2014; no obstante, agregan, hasta el año 2020 no han tenido respuesta satisfactoria. (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana [AIDSESP] et al., 2020, pp. 14-15).

Al margen de si es correcta o no la decisión de la autoridad de no realizar consulta previa en este caso concreto –sobre la cual no manifestamos postura–, traemos ello a colación a efectos de poner en relieve la falta de conocimiento (dudas) por parte de pueblos indígenas sobre los alcances y la oportunidad en que se deben realizar los procesos de consulta previa. Es labor del Estado informar de manera clara, oportuna y con suficiencia todo lo concerniente a estos procesos de consulta, teniendo en cuenta la propia cosmovisión de las comunidades y la brecha educativa existente entre sus miembros. Claro está, dichas acciones deben estar dirigidas al fin último de asegurar el respeto y la plena vigencia de este derecho, así como evitar posibles conflictos

sociales que –en un caso extremo– generen la paralización del proyecto y/o protestas que pongan en riesgo la vida o la integridad de las personas, y daños al patrimonio.

En cuanto a lo anterior, en el Perú no es un caso aislado que los desacuerdos de la población (indígena y no indígena) respecto a las medidas legislativas o administrativas sobre los proyectos extractivos de gran envergadura –o respecto al proyecto en sí– detonen en conflictos sociales, y muchas veces éstos son acompañados de actos de violencia (bloqueos, daños contra el patrimonio, agresiones físicas y verbales, entre otros), lo cual genera cuantiosos daños patrimoniales y no patrimoniales para las partes involucradas en el conflicto. Según el Reporte de Conflictos Sociales N° 207 (2021, p. 20), elaborado por la Defensoría del Pueblo, a dicha fecha en el Perú existían 124 conflictos socioambientales activos y latentes, de los cuales 25 (aproximadamente el 20%) están relacionados a actividades hidrocarburíferas.

Un caso de conflicto socioambiental en el sector hidrocarburos, es el ocurrido en el marco de la consulta previa llevada a cabo en el Lote 192. Antes del inicio del proceso de consulta previa en el Lote 192 en el año 2015, las cuatro federaciones²³ que representaban a los pueblos indígenas interesados formularon reclamaciones –al Estado– sobre su falta de títulos de propiedad y la ausencia de remediación de los daños ambientales ocasionados por las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos efectuadas previamente en dicho Lote. Es así que, en dicho contexto, cientos de comuneros de los pueblos indígenas iniciaron protestas, llegando a ocupar las instalaciones del campamento y los pozos petroleros, así como bloquearon el

²³ Federación de Comunidades Nativas del Alto Tigre (FECONAT), Federación Indígena Quechua del Pastaza (FEDIQUEP), la Federación de Comunidades Nativas del Corrientes (FECONACO) y la Organización Interétnica del Alto Pastaza-Andoas (ORIAP).

tráfico de embarcaciones como medida de presión para ser escuchados. Se logró arribar a un acuerdo temporal con el Estado, casi dos meses después de iniciadas las protestas.

Posteriormente, al culminar el proceso de consulta previa con la decisión del MINEM favoreciendo a la medida consultada –pese a que dos de las cuatro federaciones (Feconaco y Fediquep) habían rechazado la propuesta del Gobierno de crear un fondo social equivalente a 0.75 por ciento del valor monetario de la producción del Lote–, los comuneros integrantes de las dos federaciones en desacuerdo iniciaron protestas y obstruyeron los pozos petroleros a fin de retrasar el inicio de operaciones en el Lote 192; pudiendo llegar a un acuerdo con el Gobierno semanas después, en setiembre del 2015. (Sanborn, Hurtado y Ramírez, 2016, pp. 40-43).

En línea con lo anterior, es importante advertir el incremento de los conflictos sociales –fundamentalmente en zonas de la selva norte del país–, principalmente debido a diversos incumplimientos de los operadores que tienen o tuvieron a su cargo obligaciones de remediación ambiental en áreas afectadas producto de la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Asimismo, parte de estos conflictos se han debido a la falta de mantenimiento oportuno a las instalaciones del oleoducto norperuano, en el cual se han producido diversos derrames. A lo anterior, cabe añadir la poca presencia del Estado en tales zonas, donde –dicho sea de paso– existe precariedad en los servicios públicos a disposición de dicha población. (Gamio, 2022).

A propósito de la conflictividad socioambiental antes referida –y que, como se ha advertido, forman parte de las exigencias de la población en muchos procesos de consulta previa–, es menester hacer énfasis en el deber del Estado de fomentar y vigilar

que las actividades económicas se realicen en el marco de procesos ecológicamente sostenibles, que no conciban a la naturaleza como una simple mercancía, y que procuren la existencia de un ambiente equilibrado (Kresalja, 2012, p. 101); más aún, cuando se trata de actividades pasibles de generar impactos negativos significativos en el ambiente, como las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. De igual manera, es primordial asegurar que la población pueda tener acceso a fuentes de energía asequibles –desde el punto de vista económico–, sostenibles, modernas, así como seguras; y no solo procurar asegurar el “mero” acceso a la energía (Del Guayo, 2020, pp. 326-328).

Por lo antes señalado, no queda duda que el Estado se encuentra en la obligación de desplegar sus máximos esfuerzos para prevenir y dar solución oportuna a los conflictos sociales en general, especialmente a aquellos que se encuentra en etapa temprana, para así evitar su escalamiento o crisis.

A nuestra consideración, la prevención de la ocurrencia de conflictos sociales –y socioambientales– en el marco de consultas previas pasa por: (i) informar de manera clara, didáctica (considerando la brecha educacional), suficiente y oportuna sobre todo lo concerniente a la medida objeto de consulta; así como instruir sobre el propósito, los alcances, y rol que cumple cada parte dentro del proceso de consulta. (ii) recibir y escuchar las propuestas formuladas por los pueblos consultados, canalizándolas por las vías que correspondan para así realizar un adecuado análisis de las mismas; (iii) generar ambientes idóneos que propicien un diálogo intercultural abierto, respetuoso, y sin barreras que impidan la comunicación fluida y eficaz entre los actores del proceso; (iv) encargar la ejecución de los procesos a funcionarios capaces entender la cosmovisión de los pueblos consultados, y que puedan empatizar con la situación,

necesidades e intereses de estas comunidades; (v) hacer un debido seguimiento al cumplimiento de los acuerdos sociales que se adopten durante el proceso de consulta previa; (vi) procurar el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones pendientes que tengan con dicha población –como la remediación de pasivos ambientales, precariedad de servicios públicos, y otros–. Y, finalmente, (vii) desarrollar las mejores prácticas ambientales internacionales y tener a los pueblos indígenas como aliados estratégicos y socios en los proyectos.

Asegurar que los procesos de consulta previa se realicen de manera eficaz, con un diálogo abierto, libre e informado mitiga el riesgo de la ocurrencia de futuros conflictos sociales pasibles de paralizar la ejecución del proyecto, así como generar significativos daños patrimoniales y extrapatrimoniales a las partes.

Claramente, prevenir y solucionar oportunamente los conflictos sociales dota de estabilidad a la realización de actividades de hidrocarburos en el marco de un Contrato de Licencia o de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos. Pues, de nada sirve haber suscrito un Contrato de Licencia o de Servicios, si éste no puede ser ejecutado debido a la existencia de los conflictos sociales.

Conclusiones:

En el Perú existe un alto índice de conflictos socioambientales producidos por desacuerdos de la población (indígena y no indígena) sobre este tipo de proyectos, los cuales muchas veces escalan hasta producirse protestas acompañadas de actos de violencia –bloqueos, daños a la propiedad, entre otros–; como lo sucedido en el 2015 en el Lote 192, donde los pueblos indígenas involucrados llegaron a ocupar las

instalaciones del campamento y los pozos petroleros, bloqueando el tráfico de embarcaciones como medida de presión para que el Estado acceda a sus peticiones.

De igual manera, este tipo de conflictos también se han presentado en el marco de consultas previas en el sector hidrocarburos, en los cuales diversos pueblos indígenas han manifestado reclamaciones alegando vulneración de su derecho a la consulta previa; siendo que, gran parte de tales controversias tienen origen, principalmente, en una inadecuada gestión de estos procesos por parte del Estado. Como es de suponerse, estas falencias pueden generar que los pueblos interesados no brinden su consentimiento en dichos procesos de consulta; y, que, en consecuencia, se eleve el riesgo de la detonación de un conflicto social.

Conforme a lo anterior, queda claro que la ocurrencia de conflictos sociales – especialmente en sectores extractivos– generan grandes perjuicios patrimoniales, los cuales a fin de cuentas afectan a la sociedad en su conjunto, ante la disminución de la recaudación por parte del Estado debido a la inactividad generada en tales proyectos. Es en razón de ello que se exige al Estado desplegar acciones eficaces orientadas a prevenir y solucionar oportunamente los conflictos sociales, evitando que éstos escalen hasta actos de violencia, lo cual dificultaría (y dilataría) la solución de los mismos.

Atender de manera adecuada estos conflictos sociales –así como, prevenirlos– dota de estabilidad a la realización de actividades de hidrocarburos en el marco de un Contrato de Licencia o de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos. Pues, de nada sirve haber suscrito un Contrato de Licencia o de Servicios, si éste no puede ser ejecutado debido a la existencia de los conflictos sociales, muchos de ellos vinculados a reclamos ambientales.

Finalmente, a modo de recomendación, consideramos que la prevención de conflictos sociales en el marco de consultas previas pasa por, entre otros: (i) informar de manera clara, didáctica la medida consultada, y los alcances del proceso; (ii) tratar adecuadamente las propuestas de los pueblos consultados; (iii) generar ambientes idóneos para un diálogo intercultural abierto, respetuoso, y sin barreras; (iv) contar con funcionarios capacitados, que comprendan la cosmovisión de los pueblos consultados; (v) cumplir oportunamente los acuerdos sociales adoptados durante el proceso de consulta previa; así como, de otros compromisos asumidos por el Estado. Y, finalmente, (vi) desarrollar las mejores prácticas ambientales internacionales y tener a los pueblos indígenas como aliados estratégicos y socios en los proyectos.

IX. CONCLUSIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

1. En doctrina se han elaborado diversos tipos de cláusulas de estabilidad, las cuales han sido agrupadas en dos familias o grupos: las clásicas cláusulas de estabilidad; y, por otro, las modernas cláusulas de estabilidad. Las clásicas cláusulas de estabilidad se integran por: las *freezing-out clauses*, las *intangibility clauses*, y las clásicas *hybrid clauses*. Mientras que, por su parte, las modernas cláusulas de estabilidad se conforman, principalmente, por: las *economic equilibrium clauses*, y las *allocation of burden clauses*.

En cuanto a las clásicas cláusulas de estabilidad, con excepción de las *intangibility clauses*, a las *freezing-out clauses* (o cláusulas de congelamiento) se le han formulado en doctrina diversas críticas, siendo la principal la excesiva rigidez que generan sobre el contrato. Pues, como su denominación lo hace suponer, este tipo de garantía “congela” determinados regímenes normativos vigentes al momento de la celebración del contrato –por lo general, el régimen

tributario—; impidiendo, de esta manera, que normas posteriores le puedan ser aplicadas, aun cuando dichas regulaciones le sean más beneficiosas que aquellas que se encontraban vigentes a la celebración del contrato.

Por su parte, y en atención a lo anterior, las modernas cláusulas de estabilidad surgieron como una alternativa a las clásicas cláusulas de estabilidad, ya no orientadas a proteger la no variación del contenido del contrato o de la legislación que le es aplicable, sino enfocadas en asegurar la estabilidad de la situación económica de las partes respecto del contrato.

2. La LOH entró en vigencia en el año 1993, la cual establece un conjunto de normas inspiradas en diversos principios de contenido económico –tales como, entre otros, la libre iniciativa privada, libre competencia, así como la promoción y captación de la inversión—, orientadas a regular las actividades de hidrocarburos que se desarrollen en el territorio nacional.

Es bajo ese marco que, con el propósito de brindar garantías y seguridades a las empresas petroleras nacionales e internacionales para invertir en el país, y así promover el desarrollo de la industria hidrocarburífera nacional, la LOH ha optado por regular determinadas “garantías de estabilidad”. Estas garantías de estabilidad dispuestas en los artículos 12, 48 y 63 de la LOH, son: (i) la garantía de inmodificabilidad de los Contratos de Licencia o de Servicios, salvo previo acuerdo entre las partes; y, (ii) las garantías de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario aplicables a estos Contratos.

Según se ha visto previamente, la LOH ha adoptado un sistema clásico de garantías de estabilidad, en tanto que: (i) la garantía de inmodificabilidad de los

Contratos de Licencia o de Servicios, está comprendida dentro del tipo de las *intangibility clauses*; y, (ii) las garantías de estabilidad sobre el régimen tributario y el régimen cambiario corresponden al tipo de las *freezing-out clauses*.

Estando a lo anterior, ambas garantías de estabilidad reguladas en la LOH ofrecen bondades y posibles perjuicios para las partes contratantes, especialmente para la empresa petrolera contratista. Así, por un lado, resulta innegable el valor positivo que supone la garantía de inmodificabilidad de los Contratos, al proscribir modificaciones unilaterales por parte del Estado en ejercicio –arbitrario– de su *ius imperium*.

Por otro lado, una situación distinta presenta la garantía de estabilidad sobre el régimen tributario regulada en la LOH –así como en normas especiales–, a la cual puede criticarse la rigidez que genera en los Contratos al evitar que a éstos se le puedan aplicar normas jurídicas tributarias que entren en vigencia luego de su celebración, aun cuando aquéllas supongan mayores beneficios para una o ambas partes de dichos Contratos. De esta manera, este tipo de garantía de estabilidad evita que el contratista pueda estar en una situación económica más ventajosa.

Esta rigidez generada por la actual garantía de estabilidad tributaria puede constituirse como un factor de desincentivo para las compañías petroleras al momento de evaluar la realización de inversiones en el Perú.

Por otro lado, en adición a la problemática antes identificada respecto a las garantías de estabilidad del régimen tributario, cabe traer a discusión un hecho

que cada vez se hace más evidente: tras haber transcurrido aproximadamente 28 años desde la entrada en vigencia de la LOH –desde 1993, inclusive durante la vigencia de la Constitución Política de 1979–, nos encontramos en un contexto distinto de aquel que inspiró el establecimiento las garantías de estabilidad reguladas en esta norma. En ese sentido, surge la necesidad de revisar y adecuar estas garantías a las actuales demandas del mercado, utilizando enfoques que sean atractivos –desde el punto de vista económico– para las empresas petroleras nacionales e internacionales.

3. Estando a la doble problemática –identificada en la conclusión precedente– generada respecto al actual diseño de las garantías de estabilidad reguladas en la LOH, es que formulamos la garantía que hemos denominado: “Cláusula de Estabilidad Dinámica”. Mediante este nuevo tipo de garantía de estabilidad, proponemos recoger, por un lado, las principales características inherentes de los diversos tipos de cláusulas de estabilidad reguladas en el Perú, así como de las garantías que conforman el grupo de las modernas cláusulas de estabilidad; y, por otro, se compone por nuevas fórmulas que permiten asegurar una adecuada protección para las empresas petroleras contratistas.

En ese sentido, nuestra propuesta de Cláusula de Estabilidad Dinámica es de estructura compleja, y se compone de tres garantías consistentes en:

Garantía N° 01: Los cambios normativos producidos con posterioridad a la suscripción del Contrato, no le serán de aplicación al mismo en caso éstos supongan perjuicios patrimoniales para el contratista, colocándola en una situación menos favorable que aquella que mantenía con anterioridad a la emisión de tales normas.

Entiéndase por “cambios normativos” aquellos que supongan la modificación o derogación de las normas aplicables al Contrato, que se encuentren vigentes al momento de su suscripción.

Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Garantía N° 01, los cambios normativos en materia: ambiental, laboral, derechos fundamentales o derechos humanos, así como aquellas que se sustenten en el orden público y las buenas costumbres; los cuales son de obligatoria aplicación conforme a lo establecido en la Garantía N° 02. A las normas que versen sobre este grupo de materias se les denominará en adelante como, “normas en materias protegidas”.

Para formalizar y hacer efectiva la inaplicación de tales cambios normativos, se requerirá de una autorización expresa por parte del contratante [*Véase en el capítulo sétimo nuestra propuesta de procedimiento para controlar y hacer efectiva estas inaplicaciones normativas*]. La denegatoria de la solicitud del contratista de inaplicación normativa deberá encontrarse debidamente motivada. En consecuencia, si producto de la aplicación de estas normas se genere afectación patrimonial significativa al contratista, las partes deberán suscribir una modificación al contrato en la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma o similar situación que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichos cambios normativos.

Garantía N° 02: Se aplicarán al Contrato, de manera obligatoria y sin excepción, las “normas en materias protegidas”.

En caso la aplicación de estas normas genere afectación patrimonial significativa al contratista, las partes deberán suscribir una modificación al contrato mediante la cual se reajusten los términos económicos del mismo, a efectos de colocar al contratista en la misma o similar situación que mantenía antes de la entrada en vigencia y aplicación de dichas normas.

El contratante tiene derecho de impugnación en caso el contratista inaplique una o varias normas en materias protegidas; en cuyo caso, de verificarse tal inaplicación, el contratista estará obligado a aplicarlas inmediatamente al contrato, así como compensar los daños que hubiese causado dicha omisión.

Garantía N° 03: El Estado garantiza al contratista que el contenido del Contrato permanecerá inalterable durante su vigencia, salvo que la

modificación al mismo ocurra por mutuo acuerdo entre las partes y conste por escrito.

Conforme a lo anterior, consideramos que la Cláusula Dinámica de Estabilidad se constituye como un factor de incentivo para las compañías petroleras nacionales e internacionales para invertir en el territorio nacional, al tratarse de una garantía más flexible y protectora de intereses patrimoniales que aquellas que conforman las clásicas y modernas cláusulas de estabilidad.

Si bien este tipo de garantía que venimos a proponer puede significar que, en un principio, represente un costo para el Estado, al disminuir la recaudación de recursos por conceptos de tributos; debe tenerse presente que, a su vez, puede ocasionar un impacto positivo en el incremento de la participación privada en este sector –traducida finalmente en mayor número de Contratos de Licencia o de Servicios–, al configurarse como un incentivo para la inversión. Como es sabido, el incremento de la inversión directa –nacional y extranjera– generaría un impacto positivo en la economía del Estado (al representar mayores fuentes de ingreso para éste), y crearía más fuentes de empleo.

Para las compañías petroleras, la Cláusula de Estabilidad Dinámica representa una garantía de estabilidad que: (i) por un lado, protege los aspectos patrimoniales del Contrato, en tanto que: 1) asegura que la situación patrimonial del contratista –respecto del Contrato– no empeorará ante la entrada en vigencia de nuevas regulaciones normativas; y, 2) contempla la posibilidad de que el contratista pueda estar en una mejor situación económica que aquella que inicialmente mantenía. (ii) En paralelo, busca garantizar la intangibilidad del

contenido del Contrato, otorgando seguridad que dicho acuerdo no será modificado unilateralmente por el Estado anfitrión.

Conforme hemos desarrollado en el capítulo sétimo, las garantías que componen nuestra Cláusula de Estabilidad Dinámica son pasibles de generar beneficios patrimoniales al contratista, así como el evitar o mitigar los perjuicios económicos que estas empresas puedan sufrir ante la ocurrencia de ciertos escenarios. Por tanto, nuestra propuesta de Cláusula de Estabilidad Dinámica representa un factor de incentivo para que las compañías petroleras realicen inversiones en actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos en territorio nacional.

4. Finalmente, se abordó en la presente investigación la problemática generada por la inadecuada gestión de los conflictos sociales en el Perú, especialmente aquellos relacionados a actividades extractivas de recursos naturales, como son los hidrocarburos. Así, en el Perú existe un alto índice de conflictos socioambientales producidos por desacuerdos de la población (indígena y no indígena) sobre este tipo de proyectos, los cuales muchas veces escalan hasta producirse protestas acompañadas de actos de violencia –bloqueos, daños a la propiedad, entre otros–; como lo sucedido en el 2015 en el Lote 192, donde los pueblos indígenas involucrados llegaron a ocupar las instalaciones del campamento y los pozos petroleros, bloqueando el tráfico de embarcaciones como medida de presión para que el Estado acceda a sus peticiones.

De igual manera, este tipo de conflictos también se han presentado en el marco de consultas previas en el sector hidrocarburos, en los cuales diversos pueblos indígenas han manifestado reclamaciones alegando vulneración de su derecho a

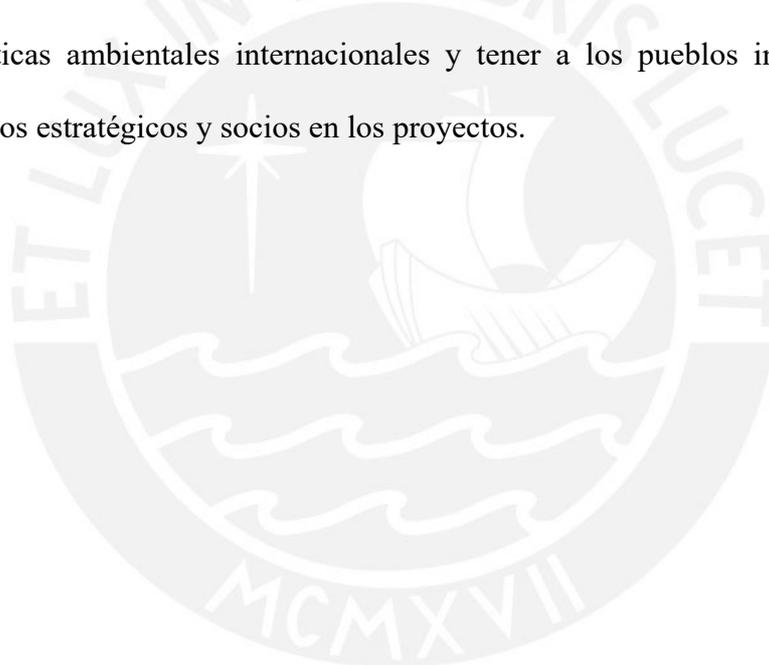
la consulta previa; siendo que, gran parte de tales controversias tienen origen, principalmente, en una inadecuada gestión de estos procesos por parte del Estado. Como es de suponerse, estas falencias pueden generar que los Pueblos interesados no brinden su consentimiento en dichos procesos de consulta previa; y, que, en consecuencia, se eleve el riesgo de la detonación de un conflicto social.

Conforme a lo anterior, queda claro que la ocurrencia de conflictos sociales – especialmente en sectores extractivos– generan grandes perjuicios patrimoniales, que a fin de cuentas afectan a la sociedad en su conjunto, ante la disminución de la recaudación por parte del Estado, en tanto generan la inactividad de tales proyectos. Es en razón de ello que se exige al Estado desplegar acciones eficaces orientadas a prevenir y solucionar oportunamente los conflictos sociales, evitando que éstos escalen hasta actos de violencia, lo cual dificultaría (y dilataría) la solución de los mismos.

Atender de manera adecuada estos conflictos sociales –así como, prevenirlos– dota de estabilidad a la realización de actividades de hidrocarburos en el marco de un Contrato de Licencia o de Servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos. Pues, de nada sirve haber suscrito un Contrato de Licencia o de Servicios, si éste no puede ser ejecutado debido a la existencia de los conflictos sociales.

Por último, y conforme se ha desarrollado con mayor detalle en el capítulo octavo, a modo de recomendación consideramos que la prevención de la ocurrencia de conflictos sociales en el marco de consultas previas pasa por: (i) informar de manera clara, didáctica –considerando la brecha educacional– la medida consultada, así como los alcances del proceso de consulta llevado a cabo;

(ii) recibir, escuchar y canalizar las propuestas formuladas por los pueblos consultados; (iii) generar ambientes idóneos que propicien un diálogo intercultural abierto, respetuoso, y sin barreras; (iv) contar con la participación de funcionarios capacitados en la materia, con experiencia y capaces entender la cosmovisión de los pueblos consultados; (v) cumplir oportunamente los acuerdos sociales adoptados durante el proceso de consulta previa; (vi) procurar el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones pendientes que tengan con dicha población –como la remediación de pasivos ambientales, precariedad de servicios públicos, y otros–. Y, finalmente, (vii) desarrollar las mejores prácticas ambientales internacionales y tener a los pueblos indígenas como aliados estratégicos y socios en los proyectos.



X. REFERENCIAS

- Al Faruque, A. (2005). *Stability in Petroleum Contracts: Rhetoric and Reality*. (Lessons from the experiences of selected developing countries and economies in transition (1980-2002)). [Tesis de doctorado, University of Dundee]. <https://discovery.dundee.ac.uk/en/studentTheses/stability-in-petroleum-contracts>
- Abdo, H. (2008). Readings in the International Oil and Gas Agreements: the Governance of Petroleum Resources. *International Energy Journal*, 9 (3), pp. 163 - 173.
- Amado, J. y Miranda, L. (1996). La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley. *Themis Revista de Derecho*, (33), pp. 15 – 21. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11857>
- Ariño, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, (172), pp. 79-102. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2358934>
- Astorga, A. (2012). El sector hidrocarburos, consulta previa y estabilidad jurídica. *Themis Revista de Derecho*, (61), pp. 211 – 221. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9040>
- Baca, V. (2008). La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica. *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado peruano. Ponencias*

presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008). Grijley.

Bakken, E. y Gormley, T. (2010). *Using Dynamic Petroleum Contract Clauses to Manage Risk in Volatile Markets*. En K. Sauvant, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010* (pp. 177 -2016). Oxford University Press.

Baldwin, R., Martin, C., y Martin, L. (2013). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (2. a ed.). Oxford University Press.

Banco Interamericano De Desarrollo [BID]. (2016). *Asociaciones Público Privadas: Análisis del nuevo Marco Legal. Módulo V: El Contrato de APP, Compromisos y Garantías del Estado y Gestión de Modificaciones Contractuales*.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_5.pdf

Bernales, E. (1999). *Constitución de 1993: Análisis Comparado*. (5° ed.). Editora Rao.

Bernardini, P. (2008). Stabilization and adaptation in oil and gas investments. *Journal of World Energy Law & Business*, pp. 98-112.
<https://doi.org/10.1093/jwelb/jwn001>

Bindemann, K. (1999). *Production-Sharing Agreements: An Economic Analysis*. Oxford Institute for Energy Studies.
<https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp->

[content/uploads/2010/11/WPM25-](#)

[ProductionSharingAgreementsAnEconomicAnalysis-KBindemann-1999.pdf](#)

Brinsmead, S. (2007). *Oil Concession Contracts and the Problem of Hold-Up*.

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1002755>

Cameron, P. (2006). *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in*

Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors. Association of International

Petroleum Negotiators (AIPN). [https://www.international-arbitration-](https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf)

[attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf](https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf)

Cameron, P. y Stanley, M. (2017). *Oil Gas and Mining: A sourcebook for*

understanding the extractive industries. The World Bank.

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26130/97808>

[21396582.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26130/9780821396582.pdf?sequence=4&isAllowed=y)

Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Comisión de Energía e Infraestructura del Congreso Constituyente Democrático.

(1993). Proyecto de Dictamen recaído sobre el Proyecto de Ley N° 689/93-

CCD.

Constitución Política del Perú. 29 de diciembre de 1993.

Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica [COICA],

Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana [AIDSESEP],

Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente [ORPIO],

Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas de San Lorenzo [CORPI-SL],

Organización Regional AIDSESEP Ucayali [ORAU], Consejo Machiguenga

del Río Urubamba [COMARU], Plataforma Indígena Amazónica de Seguimiento a las Inversiones Chinas, Derecho, Ambiente Y Recursos Naturales [DAR]. (2020). *Vulneración al derecho a la Consulta Previa en la amazonía peruana, los casos de la Hidrovía Amazónica y el Lote 58*. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2021/03/cartilla_CIDH_vf.pdf

Cotula, L. (2008). Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development. *OECD Investment Policy Perspectives 2008*, pp. 69 - 90. https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=oAvWAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA69&dq=Regulatory+Takings,+Stabilization+Clauses+and+Sustainable+Development.+Paper+prepared+for+the+OECD&ots=VdrK0A_e7u&sig=yRUMq-un7SxG9X8YyJYaW_zKOWM#v=onepage&q&f=true

Danós, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (2), pp. 9-44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330>

Danós, J. (2013). Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. *Ius Et Veritas*, 23(46), pp. 258-269. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11971/12539>

Decreto Legislativo N° 655. Eliminan todo monopolio o exclusividad por parte de PETROPERÚ y sus filiales respecto a la comercialización de hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano (1991).

Decreto Legislativo N° 662. Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías. Diario Oficial El Peruano (1991).

Decreto Legislativo N° 668. Dictan medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país. Diario Oficial El Peruano (1991).

Decreto Legislativo N° 757. Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada. Lima, 08 de noviembre. Diario Oficial El Peruano (1991).

Decreto Ley N° 17440. Declaran materia de D.L. de Petróleo e Hidrocarburos Análogos y de Petroquímica. Diario Oficial El Peruano (1969).

Decreto Ley N° 22774. Aprueban Bases Generales para Contratos Petroleros en Operaciones de Exploración. Diario Oficial El Peruano (1979).

Decreto Supremo N° 032-95-EF. Reglamento de la Garantía de Estabilidad Tributaria y de las Normas Tributarias de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano (1996).

Decreto Supremo N° 032-2002-EM. Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano (2002).

Decreto Supremo N° 032-2004-EM. Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano (2004).

Decreto Supremo N° 012-2008-EM. Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano (2008).

Decreto Supremo N° 011-2018-EM. Decreto Supremo que deroga los Decretos Supremos N° 006-2018-EM, N° 007-2018-EM, N° 008-2018-EM, N° 009-2018-EM y N° 010-2018-EM. Diario Oficial El Peruano (2018).

Decreto Supremo N° 240-2018-EF. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Diario Oficial El Peruano (2018).

Decreto Supremo N° 002-2019-EM. Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano (2019).

Decreto Supremo N° 029-2021-EM. Reglamento de Calificación de Interesados para la Realización de Actividades de Exploración y Explotación o Explotación de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano (2021).

Defensoría del Pueblo. (2021). *Reporte de Conflictos Sociales N° 207*.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1958182/Reporte%20Mensual%20de%20Conflictos%20Sociales%20N%20%20207%20-%20Mayo%202021.pdf>

Del Guayo, I. (2020). Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía.

Revista de Administración Pública, (212), pp. 309-346.

<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.12>

Entrena, R. (1959). Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos de la

Administración. *Revista de Administración Pública*, (24), pp. 39-74.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112200>

Ernst & Young. (2019). Guía de negocios e inversión en el Perú para el sector

hidrocarburos.

<http://www.consulado.pe/es/Tokio/Documents/GUIA%20DE%20HIDROCARBUROS.pdf>

Furnish, D. (1970). Aspectos del derecho nacional peruano aplicados en la

controversia La Brea y Pariñas. *Revista de Derecho Público de la*

Universidad de Chile, (11), pp. 123 - 166.

<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/33446>

García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de*

Administración Pública, (41), pp. 99-130.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2113075>

Ghandi, A. y Lin, C. (2013). *Oil and gas service contracts around the world: A*

review.

https://clinlawell.dyson.cornell.edu/service_contracts_review_paper.pdf

Gehne, K. y Grillo, R. (2014). *Stabilization Clauses in International Investment Law:*

Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. NCCR Trade

Regulation, Swiss National Centre of Competence in Research.

https://www.wti.org/media/filer_public/c7/83/c783ecf8-11cf-4e3c-88c4-6214f8f7b51e/stab_clauses_final_final.pdf

Ghadas, Z. y Sabah, K. (2014). Types and features of International Petroleum Contracts. *South East Asia Journal of Contemporary Business, Economics and Law*, Vol. 4, pp. 34 - 41. <http://seajbel.com/wp-content/uploads/2014/06/KLL4313-Zuhairah-Sabah-Karim-TYPES-AND-FEATURES.pdf>

Gjuzi, J. (2017). *Stabilization Clauses in International Investment Law, a Sustainable Development Approach*. Springer.

Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Análisis Crítico de la consulta previa en el Perú: Informe sobre el Proceso de Reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31020.pdf>

Johnston, Daniel. (1994). *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. Penwell Books.

Johnston, Daniel. (2003). *International Exploration Economics, Risk, and Contract Analysis*. Penwell Books.

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2012). *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kresalja, B. (2015). *¿Estado o mercado? El principio de subsidiaridad en la Constitución peruana*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Laub, A. (2009). Los Production Sharing Agreements: ¿Qué son, cómo funcionan, por qué son populares, y son tan diferentes del Contrato de Concesión?. *Revista Circulo de Derecho Administrativo*, (8), pp. 189 - 208.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13993>

Ley N° 11780. Ley del Petroleo. Diario Oficial El Peruano (1952).

<https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/11780-mar-12-1952.pdf>

Ley N° 26221. Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional [LOH]. Diario Oficial El Peruano (1993).

Ley N° 27342. Ley que regula los convenios de estabilidad jurídica al amparo de los decretos legislativos nums, 662 y 757. Diario Oficial El Peruano (2000).

Ley N° 27343. Ley que regula los contratos de estabilidad jurídica con el Estado al amparo de las leyes sectoriales. Diario Oficial El Peruano (2000).

Ley N° 27909. Ley referida a los alcances del Impuesto a la Renta en los Convenios o Contratos que otorgan Estabilidad Tributaria. Diario Oficial El Peruano (2003).

Ley N° 29785. Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Diario Oficial El Peruano (2011).

- Linares, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (1), pp. 285-308.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358>
- McNair, D. (2016). *Material adverse change clauses*. PricewaterhouseCoopers [PWC]. <https://www.pwc.com.au/legal/assets/investing-in-infrastructure/iif-38-material-adverse-change-clauses-feb16-3.pdf>
- Maniruzzamn, A.F.M. (2008). The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends. *Journal of World Energy Law and Business*, (2), pp. 119 – 155.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1338053
- Mansour, M. y Nakhle, C. (2016). *Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts: Evidence and Implications*. Oxford Institute for Energy Studies.
<https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2016/02/Fiscal-Stabilization-in-Oil-and-Gas-Contracts-SP-37.pdf>
- Martin, R. (2013). El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (13), pp. 305-353.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13483>
- Mazeel, M. (2010). *Petroleum Fiscal Systems and Contracts*. Diplomica Verlag GmbH.

- Medinaceli, M. (2010). *Contratos de exploración y explotación de hidrocarburos: América latina-2010*. Organización Latinoamericana de Energía [OLADE].
- Mian, M.A. (2011). *Project Economics and Decision Analysis, Volume I: Deterministic Models*. PenWell Books.
- Ministerio de Economía y Finanzas [MEF]. (2019). Lineamientos para el diseño de Contratos de Asociación Público Privada.
- Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la OIT. (2014). Edición conmemorativa del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. 27 Junio 1989.
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN]. (2015). Hidrocarburos líquidos, características tecnológicas y económicas. *La industria de los hidrocarburos líquidos en el Perú: 20 años de aporte al desarrollo del país*, pp. 28 - 45. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro-industria-hidrocarburos-liquidos-Peru.pdf
- Perez-Taiman, J. (2009). Breve reseña de la exploración y explotación de petróleo en el Perú desde el punto de vista legal. *Revista Circulo de Derecho Administrativo*, (8), pp. 209 - 219.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13994>

Perupetro S.A. (s.f.). *Modelo de Contrato de Licencia para Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 201*.

<https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/10672e07-0fdf-4123-8e95-14366a8081d9/ANEXO+6+-+MODELO+DE+CONTRATO+Lote+201.pdf?MOD=AJPERES>

Perupetro S.A. (2017). Acuerdo de Directorio N° 078-2017, Política para Convenios de Evaluación Técnica.

Petróleos del Perú S.A. [PETROPERÚ]. (1985). *Memoria Anual 1985*.

https://www.petroperu.com.pe/Storage/tbl_documentos_varios/fld_1160_Documento_file/123-c2Sw6Fr8Aj7Ey5I.pdf

Petróleos del Perú S.A. [PETROPERÚ]. (1991). *Memoria Anual 1991*.

<https://www.petroperu.com.pe/buen-gobierno-corporativo/memoria-anual/?Kfn=buen-gobierno-corporativo%2Fmemoria-anual%2F&K=501&Page=2>

Poder Ejecutivo. (1993). Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 689/93-CCD, Proyecto de Ley de Hidrocarburos.

Polkinghorne, M. (s.f.). *Stabilization Clauses and Periodic Review Outline*.

https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Events/CCNG_2015_Michael_Polkinghorne.pdf

- Reales e Imaginarios. (10 de setiembre de 2020). El Escándalo de la página 11 [Infografía]. *Enfoque Derecho*.
<https://www.enfoquederecho.com/2020/09/10/infografia-el-escandalo-de-la-pagina-11/>
- Requena, J. (2015). *Estudio de caso sobre una experiencia desarrollada o en desarrollo en materia de Consulta Previa, Libre e Informada en Perú*. Organización Latinoamericana de Energía [OLADE].
<https://www.olade.org/wp-content/uploads/2021/03/EAP-Peru2015-2.pdf>
- Roca-Rey, C. (2016). La crónica visual de un golpe de estado anunciado. *Illapa Mana Tukukuq*, (11), pp. 41- 49. <https://doi.org/10.31381/illapa.v0i11.526>
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP*, (66), pp. 55-87.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.002>
- Ruiz. J. (2012). Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla. *Derecho y Sociedad*, (42), pp. 179 – 192.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12474/13036>
- Saidov, D. (2017). *The standardization of oil and gas law: transnational layers of governance*. Centre for Maritime Law of National University of Singapore.
<http://law.nus.edu.sg/cml/wps.html>

- Salinas, S. (2016). El Contrato Ley y la Regulación Tarifaria: ¿Existen Islas Jurídicas?. *Revista De Derecho Administrativo*, (16), pp. 317-336.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16307>
- Sanborn, C., Hurtado, V. y Ramirez, T. (2016). *La Consulta Previa en el Perú: avances y retos*. Universidad del Pacífico.
<https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1195/DI6.pdf>
- Secretaría de Energía del Gobierno de México. (2015). ¿Qué son los hidrocarburos?.
<https://www.gob.mx/sener/articulos/que-son-los-hidrocarburos>
- Smith, E., Dzienkowski, J., Anderson, O., Lowe, J., Kramer, B. y Weaver, J. (2010). *International Petroleum Transactions*. (3ª ed.). Rocky Mountain Mineral Law Foundation.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia del 03 de octubre. Expediente N° 005-2003-AI/TC.
- Umirdinov, A. (2015). The End of Hibernation of Stabilization Clause in Investment Arbitration: Reassessing Its Contribution to Sustainable Development. *Denver Journal of International Law and Policy*, 43, pp. 455 - 487.
<https://digitalcommons.du.edu/djilp/vol43/iss4/7/>
- Varillas, A. (2011). ¿Y cuando se terminen los Contratos para la Exploración y Producción de Hidrocarburos?. *Petróleo, Gas & Negocios. Blog Legal García Sayán Abogados*, edición 39. <http://www.garciasayan.com/blog->

[legal/2011/09/23/¿y-cuando-se-terminen-los-contratos-para-la-exploracion-y-produccion-de-hidrocarburos/](#)

