

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**LA DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE Y EL
DAÑO EMERGENTE EN LAS CLÁUSULAS DE LOS
CONTRATOS PETROLEROS**

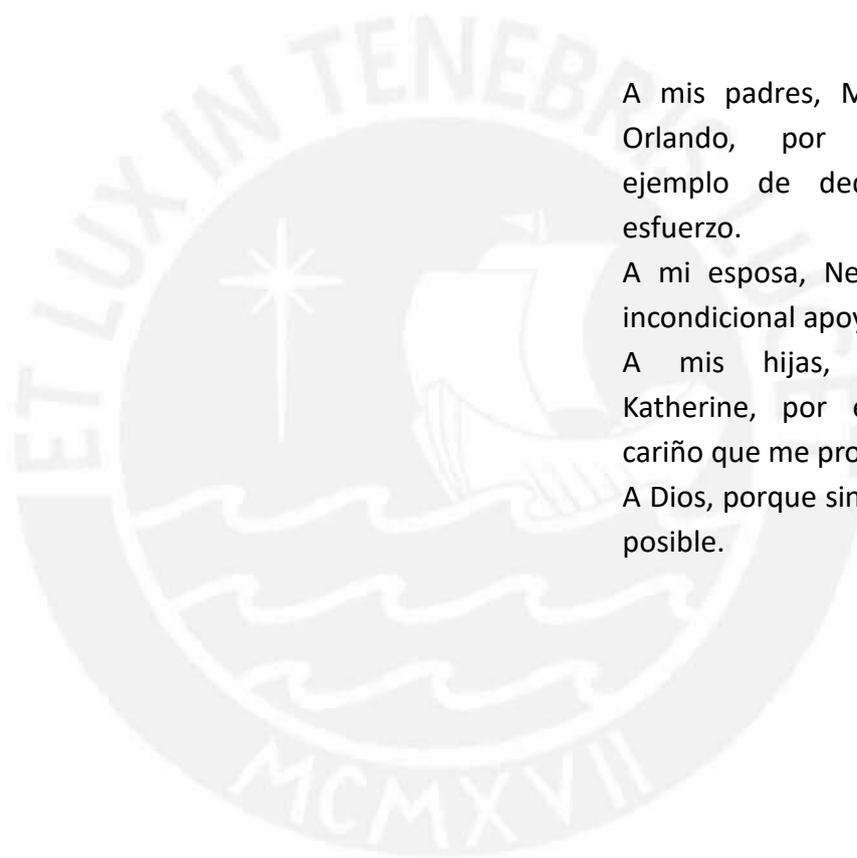
**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil que
presenta:**

LUIS ORLANDO CHERRES JUÁREZ

Dirigido por:

LEYSSER LUGGI LEÓN HILARIO

San Miguel, 2016



A mis padres, Mercedes y Orlando, por su gran ejemplo de dedicación y esfuerzo.

A mi esposa, Nelly, por su incondicional apoyo.

A mis hijas, Deyna y Katherine, por el enorme cariño que me profesan.

A Dios, porque sin él nada es posible.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1: SOBRE LA ACTIVIDAD PETROLERA	14
1.1 La explotación petrolera.....	15
1.2 Modalidades de extracción	18
1.3 Perforación de un pozo petrolero	20
1.4 La historia del petróleo.....	22
1.5 El mercado del petróleo	24
1.6 La actividad petrolera en el Perú: Hacia el modelo colombiano.....	33
CAPÍTULO 2: EL CONTRATO PETROLERO	38
2.1 El contrato	39
2.1.1 Definición.....	39
2.1.2 Características.....	40
2.1.3 Principios jurídicos.....	46
2.2 El contrato petrolero	51
2.2.1 Definición.....	51
2.2.2 Características.....	54
2.2.3 Clases de contratos petroleros	56
2.3 El contrato petrolero peruano.....	58
2.3.1 Marco legal	58
2.3.2 Principios jurídicos.....	61
2.3.2.1 Principios jurídicos constitucionales	62
2.3.2.2 Principios jurídicos administrativos	63
2.3.2.3 Principios jurídicos de derecho civil.....	66
2.3.2.4 Principios jurídicos del derecho internacional.....	71
2.3.3 Notas distintivas del contrato petrolero peruano.....	73

2.3.4	Proceso de celebración del contrato petrolero peruano	76
2.4	La responsabilidad civil en los contratos petroleros	80
2.4.1	La responsabilidad civil	80
2.4.2	Objetivo de la responsabilidad civil	81
2.4.3	La responsabilidad civil contractual.....	82
2.4.4	Análisis de la responsabilidad civil contractual en los contratos petroleros peruanos: L100-1; L130-1; L133-1 y LZ38-1	84
2.4.5	La responsabilidad civil aquiliana	86
2.4.6	La responsabilidad civil aquiliana en la industria petrolera: Estado – Empresa y Empresa – Población	88
2.4.7	¿Puede el contrato petrolero estar bajo protección aquiliana? La regulación jurídica italiana	90
2.4.8	Responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial en materia petrolera	91
CAPÍTULO 3: EL DAÑO EN LA ACTIVIDAD PETROLERA		93
3.1	El daño	94
3.1.1	Definición	94
3.1.2	Teorías.....	95
3.1.3	Clases	96
3.2	El daño en la actividad petrolera.....	99
3.2.1	Definición	99
3.2.2	Clases	100
3.2.2.1	Por su causa.....	102
3.2.2.1.1	Daño de origen contractual.....	103
3.2.2.1.2	Daño de origen extracontractual	104
3.2.2.1.2.1	Daño a la biodiversidad	105
3.2.2.1.2.2	Daño al medioambiente.....	105
3.2.2.1.2.3	Daño a las Comunidades Nativas	106
3.2.2.2	Por su consecuencia	110

3.2.2.2.1 Daño patrimonial.....	111
3.2.2.2.2 Daño extrapatrimonial	111
CAPÍTULO 4: EL LUCRO CESANTE Y EL DAÑO EMERGENTE EN LAS CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS PETROLEROS.....	113
4.1 Aspectos generales.....	114
4.2 El lucro cesante.....	116
4.2.1 Definición.....	116
4.2.2 Características.....	117
4.2.3 Casos de aplicación.....	118
4.3 El daño emergente	119
4.3.1 Definición.....	119
4.3.2 Características.....	120
4.3.3 Casos de aplicación.....	121
4.4 Concurrencia del lucro cesante con el daño emergente.....	122
4.5 Diferencias entre el lucro cesante y el daño emergente	124
4.6 Casos indemnizables por lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros en los contratos petroleros L100-1; L130-1; L133-1 y LZ38-1	125
4.8 Hacia una indemnización integral del daño: Caso de Wagon Mound	132
4.9 Fundamento de la incorporación de las Cláusulas de Lucro Cesante y Daño Emergente en el contrato petrolero peruano.....	135
4.9 Propuesta de incorporación de definiciones y cláusulas sobre lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros	136
CONCLUSIONES	140
ANEXOS	144
Anexo N° 01	144
Anexo N° 02	145
Anexo N° 03	149
BIBLIOGRAFÍA.....	151

INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo de investigación jurídica se centra en la determinación del lucro cesante y el daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros. Nuestro propósito nace de nuestro interés, en los años de estudio de pregrado, por la naturaleza jurídica de los contratos petroleros. Pero hoy lo que nos anima a acometer el presente estudio es nuestro objetivo por establecer en los contratos petroleros, que celebra el Estado peruano con las empresas transnacionales del petróleo, cláusulas que regulen el lucro cesante y el daño emergente en este tipo de contratos, que por la actividad económica que regula y por los elementos jurídicos que integra, son de alta complejidad.

Al revisar diversos contratos petroleros celebrados en nuestro país por PERUPETRO S.A. con diversas empresas extranjeras (L100-1; L130-1; L133-1 y LZ38-1), hemos podido encontrar que el lucro cesante y el daño emergente, no aparecen expresamente regulados en los mismos. Ello obedece, en nuestra opinión, a que, desde la aparición de los contratos petroleros, con el aprovechamiento económico de los hidrocarburos como elemento energético determinante, aunque transitorio, en la vida económica de los Estados, estos elementos jurídicos, el lucro cesante y el daño emergente, no eran parte de la negociación de las cláusulas del contrato petrolero, sino que, por el contrario, eran ventilados cuando se judicializaba el contrato, por su incumplimiento, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o por los daños ocasionados extracontractualmente durante la ejecución de los mismos.

Establecer estas cláusulas de lucro cesante y daño emergente lo consideramos viable, puesto que en el cambiante devenir histórico de los contratos petroleros, se observa dos principios dominantes: a) El tránsito de una negociación oculta y clandestina a una más abierta y pública en la contratación petrolera y b) La tendencia a regular más aspectos jurídicos, potencialmente conflictivos, en la contratación petrolera. Estos grandes principios surgieron cuando los Estados productores de petróleo alcanzaron la soberanía sobre sus recursos energéticos, que tuvo como consecuencia que se exijan mejores condiciones en el precio, así como que se incluyan

nuevas cláusulas en los contratos petroleros. Es en esta línea en que se inserta nuestro trabajo. Evidentemente, estos principios, que hemos podido determinar en materia de contratación petrolera, se vinculan al tema de la justicia contractual, tópico que demanda todo un estudio que no es parte del presente trabajo.

Lo expuesto, nos lleva a interrogarnos: ¿Es necesario regular el lucro cesante y el daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros? Y si esto es posible, ¿cómo debemos diseñar estas cláusulas para que tengan una mayor eficacia y efectividad? Además, ¿puede establecerse tablas con criterios de valoración por lucro cesante o daño emergente? Nuestra postura frente a estas interrogantes es afirmativa.

En este sentido, la hipótesis que pretende demostrar el presente trabajo de investigación es la siguiente: Es conveniente que el lucro cesante y el daño emergente aparezcan expresamente regulados en el contrato petrolero. Hasta la fecha, esto no ocurre en nuestro país, a lo mucho se señalan supuestos de responsabilidad civil, pero no se precisa en qué caso corresponde a un lucro cesante o a un daño emergente, lo cual resultaría un aspecto relevante, pues se acabaría con la indeterminación y la ambigüedad en esta materia, previniéndose y evitándose potenciales situaciones de conflicto entre las partes contratantes, que bien podría evitarse con un programa contractual más riguroso y detallista, que defina qué se entiende por lucro cesante y daño emergente y en qué casos son resarcibles.

Ahora bien, el universo dentro del cual se ubica el estudio del lucro cesante y el daño emergente, no es el de cualquier tipo de contrato, sino el de un contrato complejo como es el contrato petrolero. Su complejidad, evidentemente, no puede obviarse al momento de determinar el lucro cesante y el daño emergente dentro de sus cláusulas, pues al ser elementos componentes de este contrato bajo estudio, el todo impregna su complejidad a las mismas, pues incluso se recurra al principio de conservación del contrato, estas cláusulas pueden seguir la suerte que mejor convenga a la economía del contrato.

No negamos que el tema petrolero es un asunto sumamente complejo, en el cual intervienen una serie de factores económicos, políticos, sociales, antropológicos y ambientales, por lo que la regulación jurídica de los hidrocarburos no debe ser ajena a ellos. Celebrar un contrato petrolero no es un asunto sencillo, este responde a múltiples factores e intereses y es, en este sentido, en que debe enfocarse el establecimiento del lucro cesante y el daño emergente en los contratos petroleros.

Por consiguiente, no basta con afirmar la necesidad de establecer las cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros, sino que además debe señalarse las razones por las cuales debe hacerse. Es necesario hacerse, fundamentalmente, porque la industria petrolera es una actividad económica de alta complejidad y sofisticación, que en el despliegue de sus actividades puede ocasionar una serie de daños desde su implementación hasta su etapa de extinción. Y frente a estos daños se activa la responsabilidad de resarcirlos por lucro cesante o daño emergente.

Insistimos en que los daños ocasionados durante el despliegue de la actividad petrolera no deben quedar libres de sanción y las víctimas deben ser debidamente resarcidas. Para ello, tenemos como objetivo central que en los contratos petroleros se señalen en forma expresa y precisa los supuestos en los que debe resarcirse los daños causados por lucro cesante o daño emergente.

Nuestro estudio no es ajeno al ámbito económico, que nos sirve de base para entender mejor la contratación petrolera, así como para nuestra pretensión de incorporar expresamente en el contrato petrolero las cláusulas de lucro cesante y daño emergente.

En este sentido, desde el punto de vista económico, el contrato petrolero regula un recurso energético esencial para la economía de un país, por lo que resulta ilustrativo, para los fines del presente trabajo, ofrecer un breve bosquejo acerca del petróleo y de la industria petrolera, en tanto y en cuanto, ello nos muestra la dimensión de los intereses económicos que están en juego cuando se celebra el

contrato petrolero: las enormes inversiones que demanda la exploración y explotación petrolera por parte de las transnacionales y las regalías y tributos que percibe el Estado anfitrión. Evidentemente, los potenciales daños que pueda ocasionar la industria petrolera son enormes, y frente a ello resulta conveniente que el Derecho brinde las herramientas jurídicas necesarias, a través de las cláusulas del lucro cesante y el daño emergente, para afrontar estos casos.

No negamos que el enfoque funcional que brinda el análisis económico del derecho, con sus principios de racionalidad, eficiencia, simetría de la información, puede resultar útil para entender la economía del contrato, pero solo lo limitaremos como medio para explicar cómo sus principios varían, según se privilegie el enfoque de análisis en el país anfitrión o en la empresa petrolera transnacional.

Desde la óptica del Derecho es menester tener presente la complejidad misma del contrato petrolero al momento de abordar la configuración legal del lucro cesante y el daño emergente, pues, si bien es cierto empleamos categorías jurídicas tradicionales del resarcimiento de daños materiales propias del derecho civil, ello debe adecuarse a la finalidad que tiene el contrato petrolero para el país: la de asegurar el abastecimiento energético, lo cual lo rodea de un marco constitucional, administrativo y regulatorio, que se yuxtapone a las normas civiles al momento de interpretar y aplicar el contrato petrolero.

Asimismo, es menester tener en cuenta, que los contratos petroleros surgieron en el Common Law, pues la explotación de petróleo con fines industriales se inició en los EE.UU. Evidentemente, es distinta perspectiva que se plantea, según se analice el contrato petrolero bajo la óptica del Civil Law o del Common Law. Así, si bien bajo la lógica del Civil Law todo contrato se celebra para cumplirse, lo cual se vincula a la fuerza obligatoria de los contratos, no podemos dejar de lado la vertiente remedial del Common Law, por la cual y conforme a la teoría holmesiana del “bad man”, a la empresa petrolera le podría ser más conveniente a sus intereses incumplir el contrato y pagar la correspondiente indemnización de daños por lucro cesante y daño emergente, a fin de evitarse un gasto mayor si cumpliera con un contrato que

considera perjudicial a sus intereses. Sin embargo, nuestro propósito se centra en el Civil Law, teniendo como referencia el modelo colombiano que establece una contratación petrolera flexible y atractiva a la inversión privada en hidrocarburos.

En consecuencia, para demostrar la necesidad de implementar las cláusulas sobre lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros, es imperativo: a) Establecer las peculiaridades que rodean a los contratos petroleros; b) Hacer referencia al objeto de regulación sobre el cual recaen los mismos: el petróleo; c) Aludir a los sujetos que celebran los mismos, que suelen ser los Estados, en tanto propietarios de este recurso energético (visto desde la óptica peruana y latinoamericana) y las empresas petroleras transnacionales, imbuidas de un lícito interés lucrativo, pero que debe desenvolverse dentro de un marco jurídico atractivo a la inversión, pero que sea respetuoso del marco regulatorio diseñado en bien de la población y del medio ambiente.

Teniendo en cuenta las premisas antes enunciadas, hemos estructurado nuestro trabajo en cuatro capítulos. El primero aborda el tema de la actividad petrolera, desde la caracterización del petróleo como recurso energético esencial para la economía de los países modernos, pasando por el proceso productivo del mismo, que comprende su exploración, explotación, refinación, distribución y venta, hasta la configuración del tipo de mercado en que se desenvuelve, lo cual influye en el contrato petrolero, pues la fluctuación de los precios determinará si es conveniente seguir adelante o no con el contrato celebrado, pues en caso contrario pueden operar los mecanismos de resarcimiento referidos al lucro cesante y el daño emergente.

El capítulo segundo ahonda en el marco que sirve de matriz a las cláusulas de lucro cesante y daño emergente: el contrato petrolero. Se trata de un contrato complejo, como hemos adelantado, pero cuyas aristas deben precisarse desde su consideración como un contrato en general hasta su especificación como un contrato petrolero, caracterizado por normas constitucionales y regulatorias que no pueden dejarse de lado, pues si bien los conceptos que nos sirven de base emanan del derecho civil, aquí es necesario vincularlos con la Constitución y las normas administrativas

regulatorias, que velan por el cumplimiento de la economía del contrato petrolero y cuyo incumplimiento activa las normas resarcitorias referidas al lucro cesante y al daño emergente. Además, dentro del mismo marco regulatorio del contrato petrolero, abogamos por el establecimiento en la introducción sobre definiciones jurídicas vinculantes, las de lucro cesante y daño emergente, a fin de que se tengan en cuenta en el incumplimiento del contrato, en su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o en los daños que se produzcan extracontractualmente.

Ello nos parece conveniente, pues observamos que muchas veces las empresas petroleras infractoras escapan al cumplimiento de las cláusulas contractuales o incumplen las mismas, por su no determinación, la determinación imprecisa de las mismas o por las ambigüedades que ofrece su redacción. Por ello, el diseño de estas cláusulas de lucro cesante y daño emergente, en los contratos petroleros, demanda la intervención de juristas especializados en el marco legal petrolero, que conozcan no solo las normas civiles, sino también las constitucionales y regulatorias para establecer las cláusulas con términos jurídicos adecuados y precisos, como corresponde al lenguaje jurídico, a diferencia del lenguaje común que suele ser muchas veces polisémico.

El capítulo tercero hace referencia al daño generado por la actividad petrolera. Ahora bien, hablar de daños resulta de enorme frondosidad, pues abarca desde los daños que se generan por el incumplimiento contractual o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso como los daños extracontractuales que la empresa petrolera puede producir en la población o en el medio ambiente. Al respecto, nos interesa fundamentalmente el daño que se genera por el incumplimiento contractual o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, que generan el resarcimiento por lucro cesante y daño emergente.

Sin embargo, lo expuesto en el párrafo anterior no impide que nos pronunciemos sobre los daños producidos a la población, a la biodiversidad y al medio ambiente, pues si bien son de carácter extracontractual y deben dirimirse en sede judicial o arbitral, el Estado tiene la obligación de establecer un marco regulatorio

adecuado que vele por que la actividad económica petrolera respete el medio ambiente e indemnice a las poblaciones por daños en su persona o en sus bienes, como ocurre con las servidumbres legales impuestas en propiedad privada, lo que está sujeto a indemnización.

Finalmente, arribamos al cuarto capítulo. Este capítulo alude al quid de nuestra investigación: la necesidad de establecer expresamente el lucro cesante y el daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros. Frecuentemente, estas figuras jurídicas no aparecen reguladas en los contratos petroleros, por lo que proponemos que sean incorporadas en las cláusulas de los contratos petroleros en forma precisa y detallada, con expresa indicación de los casos en que son aplicables. Nuestra propuesta no busca establecer trabas o condiciones inadecuadas a la inversión extranjera en petróleo, muy por el contrario persigue que se establezca con claridad qué se entiende por lucro cesante y daño emergente y en qué casos son aplicables, cuando se incurra en responsabilidad por los daños causados. Ello resulta conveniente tanto al Estado anfitrión como a la empresa contratista, pues redundará en ahorro de tiempo y dinero para ambas partes y se evitan litigios complicados y engorrosos.

Consideramos que los tres capítulos precedentes son de suma utilidad, porque nos han facilitado los elementos fundamentales que nos permitan una adecuada regulación de las cláusulas de lucro cesante y daño emergente, pues no se puede regular bien lo que no se conoce. Así, caracterizar el petróleo y su economía, ahondar en la naturaleza compleja del contrato petrolero y establecer cuando el daño es resarcible, permiten acometer con conocimiento nuestro propósito de la adecuada y precisa determinación de las cláusulas del lucro cesante y el daño emergente y los supuestos en que son aplicables.

Por ello, no basta con conceptualizar estas figuras jurídicas, el lucro cesante y el daño emergente, dentro del ámbito de la responsabilidad civil y las normas civiles aplicables, sino que dentro de un contrato petrolero, a diferencia de los contratos civiles y comerciales en general, toman un matiz peculiar, pues está de por medio la

economía nacional. Por ende, resulta imperativo definirlos, caracterizarlos y establecer los supuestos en que se activan dentro de un contrato petrolero.

Nuestro trabajo habrá cumplido su propósito si contribuye a brindar los elementos técnicos y jurídicos, que resultan necesarios para una adecuada determinación del lucro cesante y el daño emergente en los contratos petroleros, así como en los supuestos en que son aplicables, con el fin de que hagan viable una interpretación y aplicación justa de los mismos, pues la justicia contractual radica en este caso en que nadie se perjudique y que en caso de daños, el resarcimiento resulte realmente equitativo.





CAPÍTULO 1

SOBRE LA ACTIVIDAD PETROLERA

1.1. LA EXPLOTACIÓN PETROLERA

La explotación petrolera es una actividad económica compleja, de ingentes inversiones y capaz de causar potenciales riesgos, la cual se hace viable mediante un instrumento jurídico llamado contrato petrolero. Este contrato es el medio idóneo que hace posible el aprovechamiento económico y la circulación de la riqueza petrolera. En él, las partes contratantes suelen ser una Empresa petrolera transnacional y el Estado anfitrión. Los riesgos que potencialmente pueda causar la industria petrolera, debido al carácter altamente contaminante e inflamable del petróleo, son aspectos que no podemos dejar de tener en cuenta cuando abogamos por la regulación del lucro cesante y el daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros.

Efectivamente, es inevitable que la industria petrolera cause graves y potenciales daños en el medio ambiente y en la población; sin embargo, las diversas legislaciones sobre hidrocarburos promueven el aprovechamiento de este recurso natural y no renovable como es el petróleo, bajo el fundamento de su carácter estratégico para las modernas economías del mundo, pues se busca asegurar el abastecimiento energético y de combustible de un país. (Forero Useche 2011).

No obstante, es válido establecer mecanismos legales que mitiguen y, eventualmente, resarzan estos graves y potenciales riesgos. Así, suelen establecerse normas de protección ecológica y de supervisión administrativa, a las que podemos agregar, en los contratos petroleros, cláusulas regulatorias de dos formas conocidas de daños materiales: el lucro cesante y el daño emergente.

La industria petrolera es compleja. Se dedica a la explotación de un recurso natural de difícil extracción como es el hidrocarburo, ya sea que se presente en estado líquido, al que se le conoce como crudo, o en estado gaseoso, como gas natural, requiere de una alta tecnología.

Pero a esta complejidad tecnológica se agrega una complejidad jurídica. La intervención de muchos actores, por razones financieras y de especialización como operadores, contratistas, subcontratistas, hace que el contrato petrolero resulte ser un

contrato que contiene en sí muchos contratos, y esta condición es un aspecto que no puede dejarse de tenerse en cuenta al momento de diseñar las cláusulas de lucro cesante y daño emergente.

A lo dicho, debe agregarse que, en países como el nuestro, el sistema jurídico establece que el Estado es propietario del yacimiento petrolero y que el petróleo puede ser objeto de propiedad por los particulares, desde que es extraído por las empresas petroleras, lo cual resulta relevante tener en cuenta, pues ello determina la responsabilidad por los daños causados por lucro cesante y daño emergente, en la ejecución de la actividad petrolera.

De manera que, insistimos en que las cláusulas de los contratos petroleros, en lo que se refiere al lucro cesante y al daño emergente, deben ser precisas, exhaustivas y rigurosas. Ello permitiría que los potenciales daños que pueda ocasionarse en el medioambiente y en la población, con ocasión de la exploración y explotación petrolera, puedan ser debida y oportunamente resarcidos, bajo el principio de que quien asuma la ejecución de una actividad sumamente riesgosa, asume la responsabilidad civil por los daños que ocasione.

Cabe anotar que la necesidad de incluir estas cláusulas en los contratos petroleros, se explica, no solo por el carácter contaminante e inflamable de este recurso energético de origen orgánico y de tipo sedimentario, sino también por los potenciales riesgos que puedan producirse por el uso de la alta tecnología que se emplea para su aprovechamiento económico, desde la perforación del pozo hasta su uso por el consumidor final. Evidentemente, durante las diferentes etapas de la economía del petróleo, pueden producirse incumplimientos contractuales u otros daños colaterales, cuyo tratamiento debe ser previsto en los contratos, conforme al marco jurídico diseñado en nuestro país.

Para comprender el problema de los daños que genera la actividad petrolera, primero haremos referencia a situaciones normales y pacíficas en la ejecución del contrato petrolero. Como bien señalan Távara y Vásquez (2008), la industria petrolera

presenta tres fases bien marcadas: a) *Upstream* (exploración y explotación); b) *Dowstream* (refinación y distribución, mayorista y minorista) y c) Actividades complementarias, transporte y almacenamiento. (Véase Esquema N° 01)

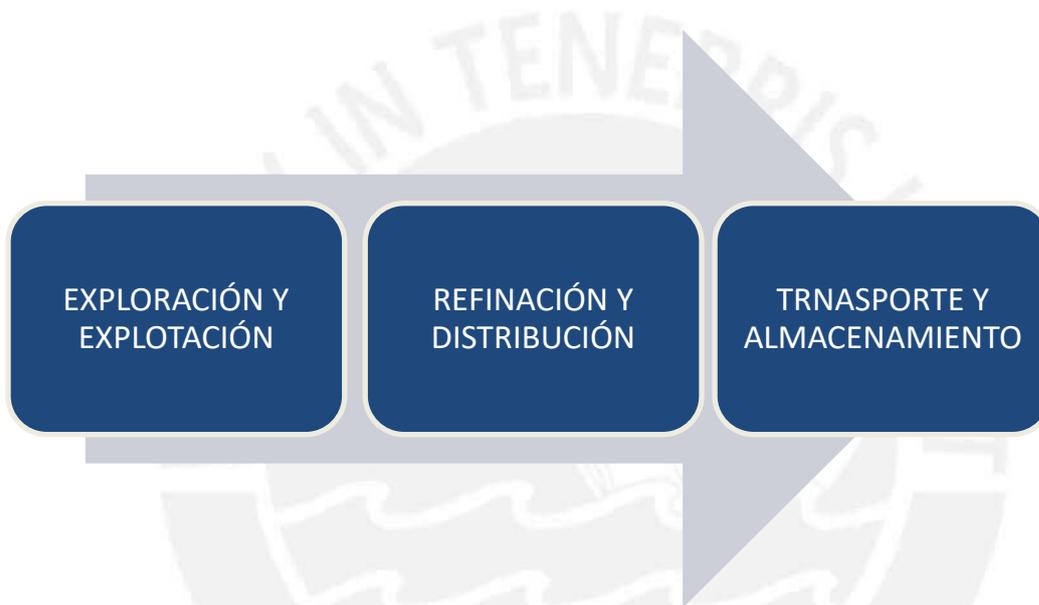
La exploración es la fase inicial que persigue la de ubicar, en el área de reserva petrolera, un pozo petrolero, a cuya producción se procede, siempre y cuando se haya encontrado reservas petroleras, cuyo volumen amerite su explotación económica. El petróleo obtenido se somete a un proceso de refinación para su uso industrial. Pero debe tenerse en cuenta que la refinación es un proceso “multiproducto”, cuya realización y diseño depende del crudo a utilizar y de las características del mercado al cual está destinado.

A las actividades económicas antes esbozadas, exploración, explotación y refinación, deben adicionarse necesariamente el transporte, el almacenamiento y la distribución. El transporte de petróleo se realiza fundamentalmente a través de ductos y mediante el empleo del cabotaje marino; el almacenamiento de petróleo demanda lugares apropiados para su ejecución y, finalmente, la distribución de petróleo se lleva a cabo de dos maneras, de forma mayorista o minorista.

De lo expuesto, podemos afirmar que las actividades del *dowstream* corresponden a las economías a gran escala, mientras que en países como el nuestro, los contratos petroleros suelen referirse fundamentalmente a las etapas de exploración y explotación, es decir, que básicamente celebramos contratos petroleros *upstream*.

En definitiva, la inversión petrolera es una actividad cuantiosa, de largo plazo y susceptible de causar graves riesgos (Forero Useche 2011). Estos son elementos de juicio que no se deben dejar de tomar en cuenta al momento de decidir si llevar o no adelante la ejecución del contrato petrolero en su fase de explotación, pues siguiendo una lógica anglosajona no le resultaría rentable a una empresa petrolera llevar adelante la producción de un pozo petrolero, cuyo volumen de extracción es económicamente inviable. En este supuesto, lo más eficiente resultaría incumplir el

contrato y pagar el respectivo resarcimiento de daño patrimonial por lucro cesante o daño emergente. Otros supuestos, en los que el afectado tiene derecho a una indemnización o resarcimiento pueden ser: cuando la empresa petrolera se benefició con servidumbres legales y no indemnizó a los afectados; cuando no comunicó oportunamente a la contraparte que no continuaría con la ejecución del contrato; cuando durante la fase de exploración ocasionó daños al medio ambiente o a las comunidades aledañas y otros supuestos, susceptibles de preverse como daños materiales por lucro cesante o daño emergente.



ESQUEMA N° 01: FASES DE LA ACTIVIDAD PETROLERA

1.2. MODALIDADES DE EXTRACCIÓN

Hemos explicado el *íter* del proceso económico en la producción del petróleo y cómo ello es posible gracias al contrato petrolero, que otorga al contratista el derecho de aprovechar los recursos petroleros del subsuelo de propiedad del Estado. Ahora bien, nuestra condición fundamental de país exportador de materias primas nos sugiere que nos centremos en las etapas por las que fundamentalmente se celebran nuestros contratos petroleros: la exploración y la explotación de hidrocarburos. Ello es relevante, pues es en razón de esas etapas que suelen producirse los daños que serán indemnizables por lucro cesante y daño emergente.

De manera que, una vez que cesa la incertidumbre de la exploración de petróleo con la localización de las reservas de petróleo y si estas tienen un volumen comercial que justifique su explotación, se procede a la perforación del pozo, a la extracción del petróleo y a su uso por el consumidor final. La exploración y la explotación, en definitiva, son etapas que en su ejecución afectan inevitablemente al medio ambiente, a las personas y a sus bienes patrimoniales, por lo que es necesario tener una idea de su magnitud para poder sopesar la indemnización de daños.

Entonces, es menester tener una idea general de la forma cómo se lleva a cabo la actividad petrolera, para prever la indemnización de los posibles daños que pueda ocasionar. Así, Forero Useche (2011) nos enseña la forma cómo se extrae el petróleo del subsuelo. Los pozos petrolíferos se perforan con el método rotatorio por el cual, una torre sostiene la cadena de perforación, formada por una serie de tubos acoplados. La cadena se hace girar uniéndola al banco giratorio situado en el suelo de la torre. Al final de la cadena se encuentra una broca para perforar las rocas y liberar el petróleo atrapado en el yacimiento.

La mayor parte del petróleo así extraído contiene una gran cantidad de gas natural en disolución. Este gas se mantiene disuelto debido a las altas presiones del depósito. Pero cuando el petróleo pasa a la zona de baja presión del depósito, el gas empieza a expandirse. Esta expansión es la que hace que el petróleo aflore a la superficie. Sin embargo, cuando el petróleo ya no llega a la superficie, es necesario instalar una bomba en el pozo para continuar con la extracción del crudo.

¿Cuándo se abandona la explotación del pozo petrolero? Cuando ya no es económicamente rentable su explotación y eso sucede cuando la velocidad del flujo de petróleo se reduce tanto y el valor para aumentarlo a la superficie aumenta tanto que el costo de funcionamiento del pozo es mayor que los ingresos que se pueda obtener por la venta del crudo, una vez descontados los gastos de explotación, impuestos, seguros y rendimiento de capital.

Otro método para aumentar la producción de los campos petrolíferos es la construcción y empleo de equipos de perforación sobre el mar Off Shore (Costa afuera). Estos equipos de perforación se colocan en una plataforma situada lejos de la costa en aguas de una profundidad de hasta varios cientos de metros. Esta plataforma puede ser flotante o descansar sobre pilotes y es resistente a las olas, al viento y hasta los hielos. Igual que en el método rotatorio, se utiliza una torre del cual se suspende y se hace girar un tubo de perforación, en cuyo extremo se coloca una broca, la cual a medida que va perforando la superficie del mar se van adicionando tubos a la cadena de perforación. De esta forma, mediante la perforación submarina, se ha llevado a cabo una importante reserva adicional de petróleo (Mc Larens Young Colombia 2010).

En todos los casos expuestos, ya sea la extracción del crudo, el aumento de la producción de los campos petrolíferos o la perforación sobre el mar, es inevitable que esta alta tecnología produzca daños, cuyo resarcimiento sería más plausible si en las respectivas cláusulas del contrato petrolero estuvieran previstas en forma expresa y detallada los diferentes supuestos de daños materiales que ameriten su pago por lucro cesante o daño emergente.

1.3. PERFORACIÓN DE UN POZO PETROLERO

La industria petrolera, como toda industria, aspira a obtener beneficios económicos. Por ello, los Estados establecen condiciones jurídicas atractivas, tanto en la legislación como en los contratos petroleros, para promover la inversión privada, en especial extranjera, en la exploración y explotación petrolera, que suele ser costosa y de alto riesgo. Ello no significa, desde luego, que frente al lícito deseo de las transnacionales de llevar adelante el negocio petrolero, se olvide que esta industria es altamente dañosa y estos daños, evidentemente, deben ser resarcidos.

Entonces, entendiendo el proceder de estas empresas en la ejecución de la industria petrolera, debemos tomar conciencia de la necesidad de que nuestros contratos alienten la explotación petrolera, sin que ello signifique sacrificar el resarcimiento de los daños que eventualmente puedan causar.

Así, en este sentido, el primer paso en la actuación de las empresas petroleras es explorar para localizar las reservas de hidrocarburos. Ello se logra mediante la perforación de un pozo exploratorio, que permita determinar una reserva de hidrocarburos con valor comercial (Forero Useche 2011).

Es más, realizada la perforación del pozo exploratorio, suelen perforarse alrededor de él otros pozos llamados de “avanzada”, con el fin de establecer la extensión del yacimiento y calcular el volumen de hidrocarburo, así como su calidad. Así, si el crudo es pesado tendrá que mezclarse con crudo ligero para su debida comercialización.

Los equipos empleados, en la perforación de un pozo petrolero para la localización de reservas de hidrocarburos, son sumamente costosos, del mismo modo, los potenciales daños que pueda causar pueden llegar a ser sumamente graves, por ello su resarcimiento por lucro cesante o daño emergente, debe estar expresamente previsto.

Podemos hacernos una idea de los daños, que eventualmente pueden causar, si tenemos en cuenta que por la profundidad proyectada del pozo y las condiciones del subsuelo a perforar, los equipos que se pueden emplear son:

- Una torre de perforación, que es una estructura metálica en el que se concentra todo el trabajo de perforación.
- Una tubería de perforación, que son tubos de acero que se van uniendo a medida que avanza la perforación.
- Brocas, que son las que perforan el subsuelo y hacen posible la apertura del pozo.
- Malacate, que es el instrumento que permite envolver y desenvolver el cable de acero que permite bajar y levantar la tubería de perforación.
- Sistema de lodos, que es la que permite preparar, almacenar, bombear, inyectar y circular constantemente un lodo de perforación, con el fin de: lubricar la

broca, sostener las paredes del pozo y sacar a la superficie el material sólido que se va perforando.

- Sistema de cementación, por el cual se prepara e inyecta un cemento especial mediante el cual se pegan a las paredes del pozo tubos de acero, que sirven como revestimiento del mismo.
- Motores, que son los medios que brindan la fuerza motriz que requiere todo el proceso de la perforación.

Así, tenemos que, desde que se inicia la investigación geológica hasta la conclusión con la perforación del pozo, puede transcurrir de uno a cinco años. Asimismo, el tiempo de perforación de un pozo responde a contingencias referidas a la profundidad programada y a las condiciones geológicas del subsuelo y puede durar de dos a seis meses. Pero durante todo este período pueden producirse daños, cuyo resarcimiento, por lucro cesante o daño emergente, debe preverse en el respectivo contrato petrolero.

En síntesis, no basta con que se diga que la industria petrolera se lleve a cabo dentro de los plazos previstos en los contratos petroleros y de acuerdo a las buenas prácticas de la industria petrolera reconocidas internacionalmente, sino que debe expresarse con precisión que todo daño que se genere con motivo de la ejecución del contrato, desde el incumplimiento de los plazos previstos y la inobservancia de las actividades petroleras acordadas hasta los daños que se produzcan al medio ambiente o a los bienes o patrimonio de las personas, los cuales deben ser debidamente resarcidos por lucro cesante o daño emergente.

1.4. LA HISTORIA DEL PETRÓLEO

Nuestra pretensión es abordar someramente los aspectos históricos acerca del petróleo. Solo nos interesan los elementos del pasado, que han hecho posible la configuración de la contratación petrolera en el presente. Ello nos permitirá demostrar cómo la inclusión y determinación de las cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros son resultado de una larga evolución jurídica, condicionada por las necesidades políticas, económicas y sociales del momento, que van desde una

menor a una mayor inclusión, en los contratos petroleros, de diversas cuestiones jurídicas, producto de una ola de nacionalizaciones del petróleo y la formación de la OPEP.

En este sentido, no es nuestro propósito hacer una reconstrucción histórica de la explotación del petróleo como recurso energético. Ello les compete a los historiadores. Nuestro objetivo en este acápite es, por el contrario, abordar en forma crítica en qué momento el petróleo, y su respectiva explotación, cobra importancia para el mundo del Derecho.

Se acepta pacíficamente que el Derecho respondió a la regulación de este recurso energético cuando Edwin Drake encontró petróleo en el siglo XIX en Pennsylvania (EE.UU.) y perforó el primer pozo del mundo con fines comerciales. Desde entonces se dio origen a una ola de exploración y explotación intensiva del petróleo como el recurso energético de la era de los automóviles y del motor a combustión (Noriega Calmet 1962). Hoy en día, no es posible negar que el petróleo, aun cuando se plantee el uso de energías alternativas, todavía es vital para nuestra civilización, a tal punto que podemos caracterizar al petróleo como el flujo sanguíneo que hace posible nuestro modo de vida en la actualidad.

De suerte que, podemos afirmar con certeza que, desde el siglo XIX a la fecha, vivimos bajo la era del petróleo, pues es tal la magnitud y la intensidad del uso de este recurso, ya sea como combustible o a través de la obtención de otros derivados, que se ha consolidado un sólido mercado mundial del petróleo. La configuración de este mercado se remonta a las célebres “Siete Hermanas” (entre las que sobresalen la Standard Oil o la Royal Dutch-Shell), como se les conocía a las primeras empresas petroleras trasnacionales, y se prolonga hasta la “era del nacionalismo” que insufló a los países productores de petróleo. Ello dio lugar a la formación del Cártel petrolero conocido como la OPEP, que no solo concentra una parte importante de los yacimientos de hidrocarburos en el mundo, sino que influye sensiblemente en la fijación del precio internacional del petróleo (Cárdenas Bucheli 2013).

Esta apretada síntesis, muestra las circunstancias que llevaron a que la actividad petrolera, por su gran trascendencia para la sociedad actual, sea objeto de regulación por el Derecho, dando lugar a un peculiar y complejo marco normativo, que ha generado la aparición de una rama jurídica especializada denominada Derecho Petrolero, que como rama del Derecho Energético, regula las actividades destinadas a la extracción, manejo y comercialización del petróleo (Mondino 1977).

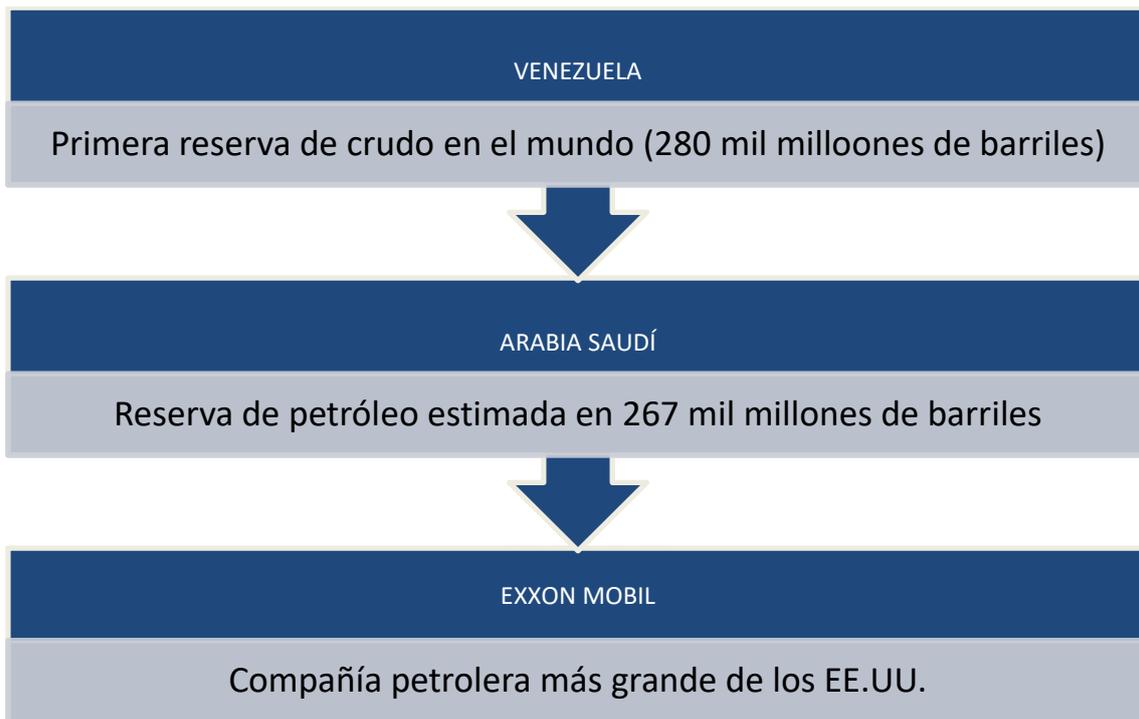
Desde entonces, al Derecho se le ha planteado una serie de problemas como los vinculados a la propiedad del suelo donde se halla el petróleo o a la propiedad del recurso mismo, pero lo que resulta relevante para nuestro estudio es el modo cómo se ha configurado la contratación para acceder a la exploración y explotación petrolera, pues ello conlleva a nuestra preocupación por establecer los supuestos de responsabilidad por daños y asumir el respectivo resarcimiento, ya sea por lucro cesante o por daño emergente.

1.5. EL MERCADO DEL PETRÓLEO

Lo expuesto en el acápite anterior, demuestra lo relevante que resulta el componente económico en materia petrolera, así como su impacto en cuanto a la contratación se refiere. Para entender la trascendencia de este mercado, es necesario tener en cuenta algunos datos útiles. Así, si bien es cierto Venezuela es la primera reserva de crudo en el mundo con 280 mil millones de barriles; sin embargo, tiene que importar crudo liviano para mezclarlo con el suyo, que es muy pesado.

Por otro lado, Arabia Saudí es el mayor productor individual de petróleo del mundo y sus reservas de petróleo están estimadas en 267 mil millones de barriles; no obstante, no reduce su producción de petróleo para hacer frente a la producción de esquisto estadounidense. (Portafolio 2015, suplemento de El Comercio).

Asimismo, la Exxon Mobil es la compañía petrolera más grande de los EE.UU. y es la economía de este país, la que ha provocado una sobre oferta mundial de petróleo con la producción de esquisto. (Véase Esquema N° 02)



ESQUEMA N° 02: DATOS PETROLEROS MUNDIALES

El mercado mundial del petróleo se rige por la inestabilidad en la fijación de los precios, ello impacta en el ámbito latinoamericano y peruano, pues son aspectos que deben tenerse en cuenta al momento de celebrar contratos petroleros, así como para diseñar las cláusulas por lucro cesante y daño emergente. En este sentido, nos referiremos a tres aspectos puntuales: los tipos de empresas que dominan el mercado mundial, las tendencias que se observan en el mismo, los modelos oligopólicos que presenta y el cambio estructural que presenta actualmente el mercado petrolero, lo cual ha ocasionado la caída estrepitosa del precio del petróleo en el mundo.

El mercado mundial del petróleo (Távora Y Vásquez 2008), está dominado por dos tipos de empresas: (i) Las empresas transnacionales formadas en los países de intensivo consumo de energía como Europa y los EE.UU., que se concentran fundamentalmente en la refinación y comercialización de los derivados (Dowstream); y (ii) Las empresas estatales establecidas en los principales países en desarrollo productores de petróleo, que se concentran básicamente en la exploración y explotación de petróleo (Upstream).

Asimismo, se puede observar dos tendencias en el mercado petrolero mundial: (i) Los países con grandes reservas que invierten en capacidad de refinación, para lograr una mayor participación en el valor agregado de la industria, como es el caso de la PEMEX, la empresa estatal petrolera de México, (ii) Los países sin reservas abundantes, que internacionalizan sus empresas para asegurar el abastecimiento de la demanda interna, como es el caso de la PETROBRAS, de Brasil o la REPSOL, de Argentina.

Además, hay que tener en cuenta, (Palazuelos 2011) que en el mercado internacional del petróleo se configuraron dos modelos oligopólicos opuestos: el modelo anglosajón de las “Siete hermanas”, entre los años 1950-1970, que resultó eficiente y más estable por la coincidencia de los intereses de sus miembros y el modelo oligopólico de la OPEP, entre los años 1973-1980, un cártel que resultó inestable e incierto, por la diferencia de los intereses de sus miembros, los desacuerdos internos, la ascensión de nuevos competidores y la falta del control del *Dowstream*, lo cual provocó que en materia de contratos petroleros se evolviera hacia la incorporación de nuevas cláusulas en los mismos, no solo en materia tributaria y contable, sino también en materia jurídica, como es el caso de la responsabilidad civil, por lo que abogamos por la incorporación del lucro cesante y el daño emergente en las respectivas cláusulas, como medios que mitiguen el pago de potenciales daños resarcibles. (Véase Esquema N° 03)

MODELO ANGLOSAJÓN DE LAS SIETE HERMANAS

- 1950-1970: Más eficiente y estable

MODELO OLIGOPÓLICO DE LA OPEP

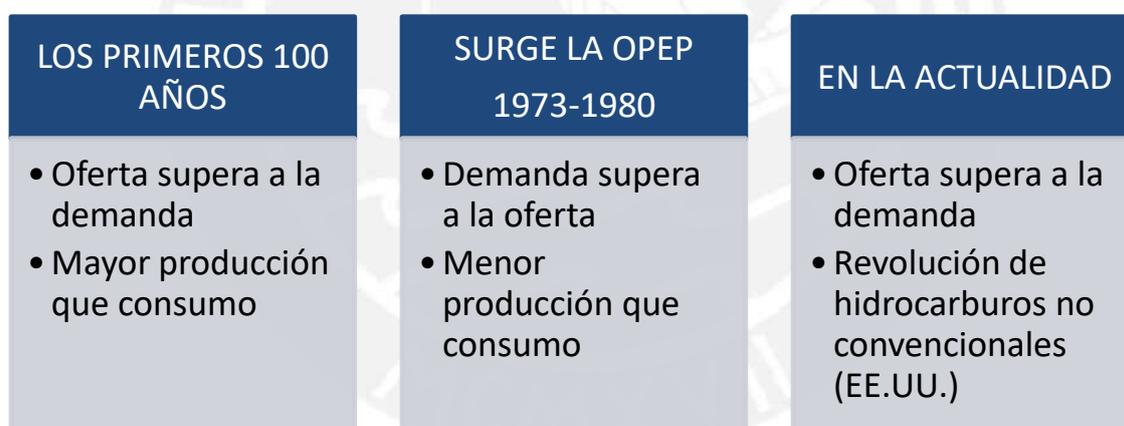
- 1973-1980: Más inestable e incierto

ESQUEMA N° 03: MODELOS OLIGOPÓLICOS DEL MERCADO INTERNACIONAL DEL PETRÓLEO

Sin embargo, cabe anotar que para el consultor colombiano en energía Armando Zamora (Marticorena Solís 2015, entrevista realizada en el Suplemento Portafolio del diario El Comercio), la estrepitosa caída del precio del petróleo, que vive actualmente el mundo y que bordea los \$40 dólares por barril de petróleo (según el crudo Brent, de referencia internacional), se explica por un cambio estructural en el mercado del petróleo. Señala el consultor colombiano:

La estrepitosa caída del petróleo “se debe, básicamente, a un cambio estructural del mercado. La industria petrolera ha vivido hasta ahora dos etapas muy claras: en sus primeros cien años, la oferta era lo que dominaba la industria, es decir había más producción que consumo, todo esto sucedió hasta la primera crisis del petróleo en 1973. En la década de los 80, la demanda, cuando se inició la segunda etapa, empezó a ir por delante de la oferta, es cuando vimos el gran incremento de los precios; y hoy, la revolución de los hidrocarburos no convencionales en EE.UU. ha hecho que volvamos a entrar en un período en que la oferta va delante de la demanda”.

(Véase Esquema N° 04)



ESQUEMA N° 04: FLUCTUACIONES DEL MERCADO INTERNACIONAL DEL PETRÓLEO

Como se puede apreciar, hoy en día, el mercado petrolero internacional se encuentra saturado, debido a la sobre oferta de petróleo, en razón de la producción de esquisto estadounidense y, además, la demanda se encuentra estancada, con el consiguiente resultado de la caída del precio del petróleo. Sin embargo, la política de precios de la OPEP, y en especial de Arabia Saudí, es la de no reducir la producción de

petróleo, con el fin de ejercer presión a la baja del precio del crudo para disminuir la oferta mundial y hacer no rentable la producción esquistoso estadounidense.

Cabe mencionar, como señala el internacionalista y docente PUCP Oscar Vidarte, que la respuesta saudí frente a la industria de esquistoso estadounidense responde a razones geopolíticas (Portafolio 2015, suplemento de El Comercio). Así, señala el docente:

“...dentro de la geopolítica del Medio Oriente, Arabia Saudí es el principal rival de Irán, por lo que este país representa un aliado poderoso para Estados Unidos. Tanto es así que el Gobierno Estadounidense ha sido flexible con Abdalá bin Abdulaziz (rey árabe fallecido, sucedido por su hermano Salmán, quien continúa la misma política de precios del petróleo) en lo que se refiere a la defensa de los derechos humanos en contraste con otros países de la región”. (El agregado es nuestro).

Frente a este panorama mundial del precio del petróleo, ¿qué papel cumple la OPEP? La OPEP, que bombea 32.5 millones de barriles por día (bpd), no logra ponerse de acuerdo sobre una nueva política de producción de petróleo. Así, entre sus miembros (entre los que se encuentran Qatar, Kuwait, Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudí, Venezuela, Argelia e Irán), hay ciertas fricciones. Así, mientras Irán pugna por incrementar fuertemente su suministro, Arabia Saudí ofrece mantener estable su nivel de producción de petróleo, dentro de la lógica ya señalada de hacer cerrar varias operaciones de esquistoso en los EE.UU. (Véase Esquema N° 05)



ESQUEMA N° 05: PAÍSES MIEMBROS DE LA OPEP (Produce 31' bdp)

Es interesante destacar que esta peculiar situación del mercado petrolero mundial, ha provocado que los precios de los *commodities* regresen a la normalidad, es decir, que los precios de las materias primas, como el petróleo, respondan a los fundamentos básicos de la ley de la oferta y la demanda. (Terazono 2015, Portafolio, suplemento de El Comercio). En otros términos, a un aumento de la producción de petróleo (por la producción de esquisto estadounidense y la falta de recorte de la OPEP) y a una débil demanda, el precio del crudo se ha desplomado.

Esta situación, de abundancia de petróleo y depresión de los precios, tiene trascendencia en materia de contratación petrolera por la aparición del *backwardation*, que inhibe la contratación a largo plazo e incentiva la contratación a corto plazo, de manera que una empresa petrolera puede vender su posición actual en un contrato a un precio mayor de lo que le cuesta comprar el siguiente contrato de futuro. Al respecto, Terazono sostiene:

“La backwardation (...) se utiliza como referencia a las condiciones en las que cuesta más comprar un commodity en el mercado al contado que para su entrega futura”.

(...)

“La backwardation suele indicar una situación ajustada de oferta y demanda a corto plazo. Cuando los suministros son abundantes y los precios de los commodities caen, los precios tienden a estar en la condición opuesta...”.

(...)

“...las últimas tendencias en los mercados de commodities, en particular la caída del precio del petróleo, han hecho del sector una propuesta muy poco atractiva para aquellos inversionistas que invierten a largo plazo”.

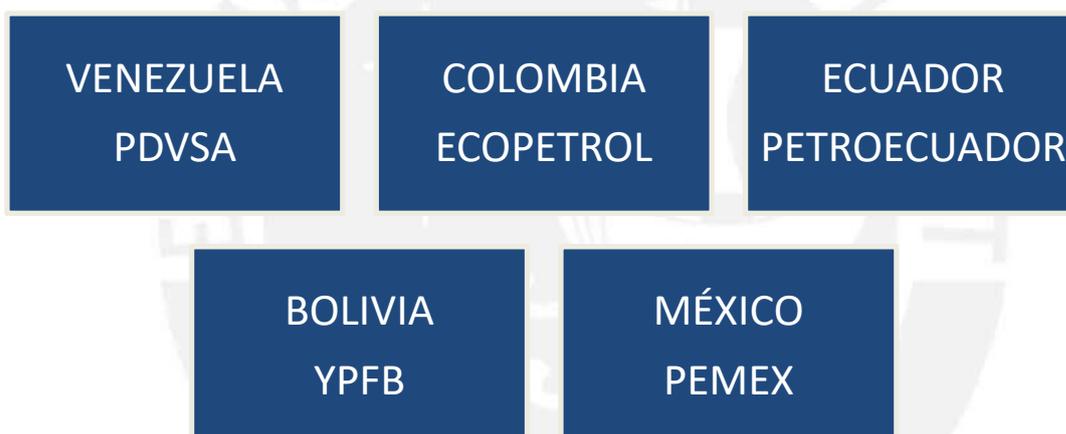
(...)

“En un mercado en backwardation, pueden vender sus posiciones existentes a un precio mayor de lo que cuesta comprar el siguiente contrato de futuros”.

Estos aspectos económicos, ínsitos a la contratación petrolera, deben tenerse en cuenta en la contratación petrolera, pues consideramos que no son excluyentes condiciones atractivas para la inversión en petróleo con cláusulas sobre lucro cesante y daño emergente, frente a potenciales daños que puedan producirse en aras de una esperada justicia contractual.

En cuanto al mercado latinoamericano del petróleo, este responde históricamente tres etapas bien marcadas. La primera vinculada al desarrollo liderado por las empresas multinacionales como la Standard Oil o la Royal Dutch-Shell. La segunda referida a una mayor intervención del Estado, mediante la creación de empresas estatales. La tercera marcada por reformas estructurales como la liberalización y la remoción de barreras a la inversión privada (Hernández 2008).

Evidentemente, la situación petrolera mundial impacta en el ámbito latinoamericano, tanto en el marco legal como en el diseño de los contratos petroleros. En el sector petrolero latinoamericano, encontramos como exportadores netos de hidrocarburos a los siguientes países: México, Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia. (Véase Esquema N° 06)



ESQUEMA N° 06: EXPORTADORES NETOS DE HIDROCARBUROS EN LATINOAMÉRICA

En general, podemos señalar que México (PETROMEX) cuenta con importantes reservas de petróleo y apunta a desarrollar los esquistos como en EE.UU.; Venezuela (PDVSA) posee importantes reservas de petróleo, pero tiene el problema de contar con una rígida legislación petrolera, además de poseer crudo pesado; Ecuador (PETROECUADOR) sustenta su inversión pública en los recursos provenientes de la venta del crudo; Bolivia (YPFB) renegoció exitosamente sus contratos petroleros y obtiene mejores regalías, así como un gas barato para su población.

El caso emblemático lo representa Colombia (ECOPETROL), cuya atractiva legislación petrolera y sus flexibles contratos petroleros, son vistos en el Perú como un modelo a seguir, si de atraer inversión en la actividad petrolera se trata, en especial, si nos encontramos inmersos en un mercado petrolero internacional de bajos precios y contamos con crudo pesado. Enseguida, pasamos a examinar el mercado petrolero peruano, teniendo en cuenta el contexto mundial de precios y nuestro crudo pesado, sin que ello signifique que atraer la inversión extranjera en petróleo, mediante un régimen legal flexible, se contradiga con la determinación de las cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros.

El mercado peruano del petróleo no es ajeno a este proceso latinoamericano arriba esbozado. Sin embargo, como primer país latinoamericano en que se perfora un pozo petrolero, fuimos víctimas de la ola mundial de las transnacionales “sedientas” de petróleo, de la cual es un ejemplo ominoso los yacimientos de petróleo de Talara y el *affaire* de la “página once”, a lo cual sobrevino la creación de una empresa petrolera nacional, PETROPERÚ, durante el gobierno militar desarrollista de Velasco Alvarado y que culmina con la creación de PERUPETRO, a quien se le encarga la celebración de los contratos petroleros con las empresas petroleras privadas, ya sean nacionales o extranjeras, para acometer actividades de *upstream*, relegándose a la empresa petrolera estatal a actividades de *dowstream*, dentro de un marco de expedición de leyes atractivas a la inversión extranjera en petróleo de los últimos años (Hernández 2008).

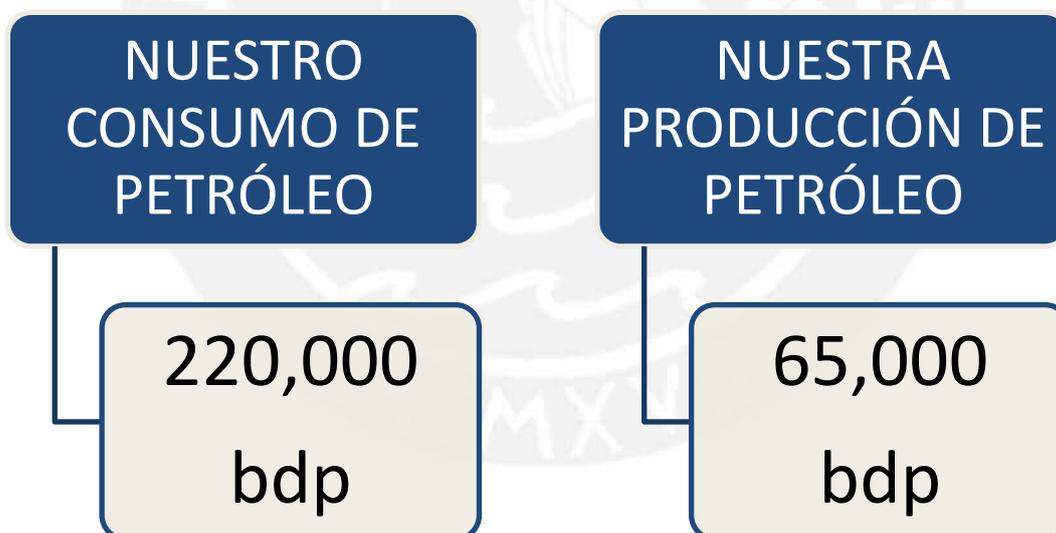
Sin embargo, es necesario cuestionarnos, ¿es realmente atractivo el régimen legal petrolero en el Perú? ¿Son adecuados los contratos petroleros? ¿Es necesaria la determinación del lucro cesante y el daño emergente y estos, a su vez, no inhiben la contratación petrolera? ¿Debe incursionar PETROPERU en la exploración y explotación petrolera?

La respuesta a estas interrogantes exigen una breve referencia al sector petrolero peruano, a su régimen legal, al contexto internacional del precio del crudo y al carácter pesado de nuestro petróleo. A ello nos referiremos en el siguiente punto.

Sin embargo, creemos que ello no impide que la empresa estatal PERUPETRO pueda incursionar en la exploración y explotación petrolera. Así, países vecinos como Chile, considerado como modelo de economía neoliberal, explotan sus recursos cupríferos a través de una empresa estatal, de suerte que la exploración y explotación de petróleo por la empresa estatal en nuestro país no es objeto sino de una decisión política.

1.6. LA ACTIVIDAD PETROLERA EN EL PERÚ: HACIA EL MODELO COLOMBIANO

¿Cuál es la situación de la actividad petrolera en el Perú en la actualidad? En primer lugar, debemos señalar que la industria petrolera corresponde al sector primario de la economía. Además, consumimos 220,000 bdp, mientras que solo producimos 65,000 bdp. La conclusión es inevitable: somos un país importador neto de petróleo. Nos vemos obligados a importar el diferencial energético para cubrir la demanda interna. (Entrevista de Carlos Bessombes B. al especialista Anthony Laub, socio principal del estudio Laub & Quijandría, en el diario La República, el 30 de agosto de 2015). (Véase Esquema N° 07)



ESQUEMA N° 07: SITUACIÓN DE LA ACTIVIDAD PETROLERA EN EL PERÚ

A lo expuesto, habría que agregar (Saldarriaga 2015, Portafolio, suplemento de El Comercio), que el contexto internacional del petróleo, en el cual se libra una guerra económica entre las empresas y las naciones petroleras del mundo, se caracteriza por una sobre oferta de crudo y una dramática baja de precios del petróleo.

Definitivamente, ello impacta negativamente en el Perú, pues trae como consecuencias que: la inversión en hidrocarburos se encuentra estancada, el desplome de la exploración y la explotación petrolera y el escaso interés en las subastas petroleras. Al respecto, Saldarriaga señala que.

“Los más afectados (con la guerra del petróleo) son los exportadores netos de hidrocarburos (...). Pero también los importadores netos –como el Perú– vienen sintiendo el impacto.

Este se verifica en el desplome de la actividad exploratoria y el poco interés en las subastas petroleras (...). También en la alarmante caída de la producción, las regalías, el canon y los impuestos que el sector hidrocarburos aporta al fisco” (El agregado es nuestro).

En esta misma línea de análisis, Beatriz Merino, presidenta de la Sociedad Peruana de Hidrocarburos, (Saldarriaga 2015), señaló en la conferencia Oil y Gas, desarrollada en julio de 2015 que:

“El efecto positivo en la balanza comercial es solo una mirada de corto plazo. Esconde la caída de las inversiones de largo plazo y la pérdida de autonomía energética, que debe ser una política de Estado”.

Frente a este panorama energético, ¿qué se ha hecho en el Perú? Coincidimos con el especialista Anthony Laub, antes citado, en que el desolador panorama energético antes descrito, es consecuencia de una errada política energética, un rígido régimen legal de hidrocarburos y un pésimo performance en los contratos petroleros. A ello debemos agregar que no solo poseemos poco petróleo, sino que nuestro crudo es pesado y, por ende, es más costoso desarrollar que el crudo liviano. Al respecto señala el especialista:

“El tema petrolero en el Perú es sumamente complejo. Cada vez se ha vuelto más álgido. No hemos llegado a suscribir ningún contrato petrolero nuevo en los últimos años. Tampoco tenemos ningún descubrimiento de petróleo importante y la producción ha venido declinando de manera importante”.

¿Qué hacer frente a este complicado panorama energético? Coincidimos, parcialmente, con el especialista en que el régimen legal de hidrocarburos debe establecer condiciones más atractivas a la inversión como: reduciendo las regalías y los montos de inversión, pero discrepamos en no exigir la participación conjunta con la empresa estatal PETROPERÚ, mediante contratos de *joint venture*. Al respecto el especialista Anthony Laub señala:

“...Perupetro en sus últimas rondas en vez de flexibilizar y convertir nuestro alto riesgo geológico (tenemos poco petróleo) en algo mucho más atractivo para el inversionista petrolero lo ha endurecido. Es decir, ha exigido mayores regalías, mayores incrementos de inversión, y ha exigido eventualmente también participaciones conjuntas con la empresa estatal, lo que puede constituirse en un impuesto adicional. Entonces, en vez de haber flexibilizado los términos y las condiciones por lo menos de manera temporal, los endureció”.

Además, también coincidimos en cuanto a superar la tramitología mediante la creación de una ventanilla única, que aligere los trámites; sin embargo, no nos parece un óbice insuperable someter los acuerdos con los inversionistas petroleros a la Ley de Consulta Previa a las Comunidades, para obtener el visto bueno de un Proyecto (salvo las inversiones Offshore), pues ello lo consideramos más un problema de información o comunicación, en cuanto a que dichas inversiones respetarán el medio ambiente y dejarán un canon en beneficio de la población, pero todo ello debe estar previsto en el contrato con cláusulas de lucro cesante y daño emergente, aplicables si fuera el caso.

En definitiva, como señala el especialista Anthony Laub, se impone una completa reestructuración de PERUPETRO; flexibilizar el régimen legal de hidrocarburos, dotar a PERUPETRO de herramientas jurídicas para promover la contratación petrolera, reducir las regalías, en suma, crear condiciones atractivas a la inversión petrolera, debido a nuestro alto riesgo geológico, pues poseemos poco petróleo y, el que poseemos es crudo pesado, que resulta más costoso desarrollar que el crudo liviano. En este, sentido señala que:

“Perupetro (...) tiene que ser reestructurado y (...) se le debe dotar con mayores herramientas para que pueda desarrollar su labor de promoción y contratación de manera exitosa. Tenemos que convertirnos en un país que sea lo suficientemente atractivo para que empresas de mediano tamaño comiencen a venir al Perú. No voy a decir las grandes, que simplemente no vienen al país, porque tenemos un riesgo geológico muy alto. No somos un país con vastas reservas de petróleo, pero sí podemos interesar a empresas de mediano calado”.

De lo expuesto en este acápite, podemos inferir, en nuestra opinión, que no se condice con nuestra propuesta de determinar el lucro cesante y el daño emergente en los contratos petroleros, porque la flexibilización propuesta en la contratación petrolera en nuestro país, se limita esencialmente a la disminución de las regalías y a la disminución de la presión tributaria, mientras que el problema del resarcimiento por daños causados en la actividad de hidrocarburos, es todavía un aspecto que todavía no ha alcanzado el debido respeto que merece en nuestro país, lo cual hace vigente nuestra propuesta, pues nadie cuestiona los beneficios económicos legítimos de las empresas petroleras, pero estos no deben producirse, a pesar de los daños que eventualmente puedan causar.

Finalmente, haremos una breve referencia al modelo jurídico colombiano en materia de hidrocarburos. Ello nos parece pertinente, pues la legislación y contratación petrolera en Colombia son vistas, en el Perú, como paradigmas a seguir por nuestro incipiente derecho petrolero. En líneas generales, el modelo colombiano de contratación petrolera es más atractivo y flexible que el peruano. En este sentido (Anthony Laub 2015), la legislación de hidrocarburos en Colombia se presenta como un modelo a seguir en su indiscutible éxito por el notable incremento de la producción de crudo. Por ello, sugiere acertadamente que PERUPETRO debió:

“...modificar las fórmulas como se venían estableciendo en los contratos. Revisar un poco lo que había estado haciendo Colombia, que hoy produce aproximadamente un millón de barriles de petróleo al día y no hace mucho producía un tercio de eso. Es un ejemplo positivo de cómo es que se hacen las cosas de manera correcta y nosotros tendríamos que buscar y estudiar estos ejemplos exitosos”.

El consultor colombiano (Zamora 2015), comparte la admiración por el modelo colombiano al señalar que:

“La industria petrolera colombiana es un caso de éxito en Latinoamérica. Pasó de producir 450 mil barriles por día en el 2004 a duplicar prácticamente su producción en apenas ocho años”.

Sin embargo, Saldarriaga (2015) hace un llamado de alarma al indicar que el sistema colombiano, que se propone como modelo al sector petrolero peruano, tampoco escapa a la crisis mundial del petróleo. En este sentido sostiene:

“Colombia, modelo para el sector petrolero peruano, no escapa a la crisis mundial del sector. La actividad exploratoria en esta nación cayó 90% en el último año. El golpe es grande porque esta industria explica el 20% de los ingresos fiscales colombianos y el 55% de sus exportaciones.

Según Alejandro Martínez, ex presidente de la Asociación Colombiana de Petróleo, (Saldarriaga 2015):

“La paralización de la exploración en Colombia es la más fuerte y costosa del mundo, pues se complica con las demoras en licencias ambientales, conflictos sociales y ataques de las FARC”.

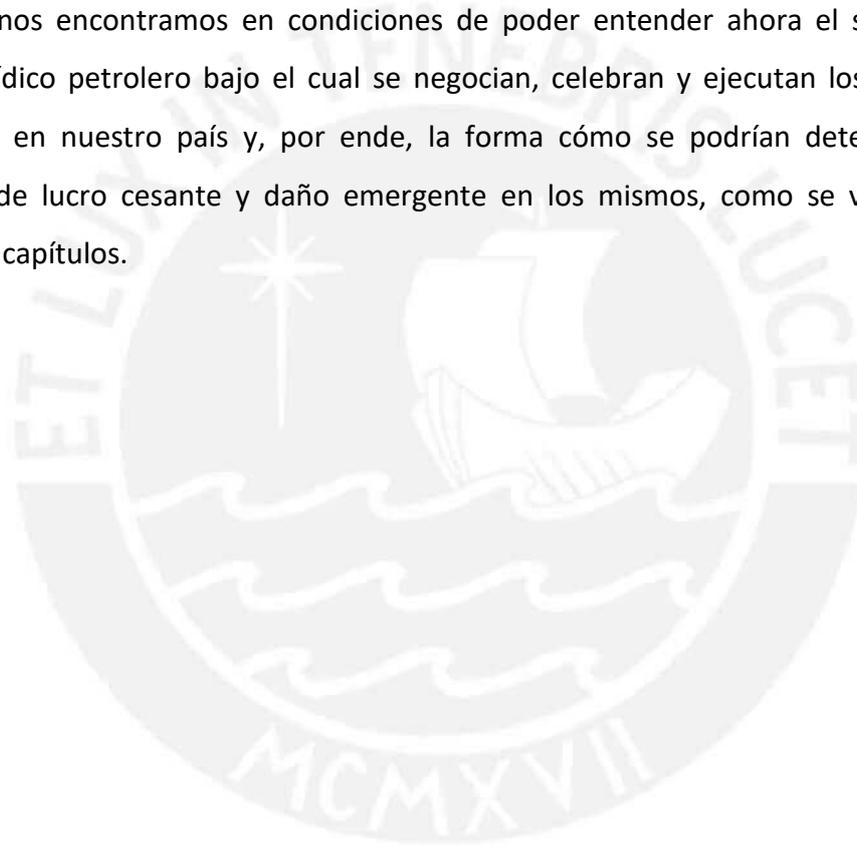
Frente al pánico generado en Colombia, debido a la baja de precio del crudo y la sobre oferta de petróleo, Zamora (2015), considera que ello es una exageración, pues las flexibles condiciones contractuales de su modelo, la hace competitiva a altos o bajos precios. Así, sostiene que:

“...Colombia está entrando en pánico más allá de lo necesario porque las condiciones contractuales que tiene son muy flexibles. Colombia es muy competitiva a altos precios, pero también lo es a bajos precios, porque los sistemas contractuales y de regalías reaccionan con el precio. Se trata de contratos que estuvieron diseñados cuando el precio estaba a \$30 el barril”.

Agrega, además, que el gobierno colombiano no debe apurarse a renegociar los contratos petroleros, ante la caída del precio del crudo. Señala que:

“(El gobierno colombiano) está sobrerreaccionando, más aun si anuncia que está dispuesto a renegociar. Eso tendría que hacerse en los países que tienen condiciones mucho más onerosas y no muy flexibles (como el caso del Perú), por ejemplo Venezuela, que no tendrá inversión si no hace un cambio en su modelo contractual”. (Los agregados son nuestros).

Gracias a este sucinto marco técnico, histórico y económico general acerca del petróleo, nos encontramos en condiciones de poder entender ahora el sentido del marco jurídico petrolero bajo el cual se negocian, celebran y ejecutan los contratos petroleros en nuestro país y, por ende, la forma cómo se podrían determinar las cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los mismos, como se verá en los siguientes capítulos.





CAPÍTULO 2

EL CONTRATO PETROLERO

2.1. EL CONTRATO

2.1.1. Definición.-

El contrato petrolero es el marco que sirve de matriz a las cláusulas de lucro cesante y daño emergente, cuya necesidad de su determinación son objeto de estudio del presente trabajo. Podemos adelantar que se trata de un contrato complejo, hasta cierto punto una especie de contrato coligado, pues es un contrato que en sí mismo presenta diversos contratos, así puede contener elementos que corresponden a los contratos de suministro, arrendamiento, compraventa, garantía, entre otros, pero, para establecer en detalle sus aristas, consideramos pertinente partir de la idea del contrato en general, como expresión del negocio jurídico, que es posible gracias al principio de la autonomía privada.

Uno de los principios fundamentales del derecho contractual (Soro Russel 2014) es el de la Autonomía de la Voluntad Privada, que faculta a las partes a crear una **relación jurídica obligatoria**. Es gracias a ella que emerge el contrato como el medio más idóneo para explotar y hacer circular el llamado «oro negro».

Hoy, en el derecho moderno, el contrato, como la expresión más recurrente de negocio jurídico, es concebido como una categoría jurídica abstracta, producto del iusnaturalismo racionalista, que abandonó el sentido práctico y casuístico del derecho romano, el cual era reactivo a toda definición abstracta y etérea en materia contractual (La Cruz y otros 2003). Es más, el contrato se sustenta en la ideología del liberalismo, que privilegia la voluntad de los particulares y reduce al Estado al papel de gendarme de la autonomía privada, al punto que se concibe la libertad económica como un derecho fundamental de la persona (Bart 1998).

Ahora bien, ¿qué es el contrato? En una primera aproximación, podemos señalar que el contrato es el acuerdo de voluntades con contenido patrimonial. (art. 1351 CC peruano). Esta noción proviene de la romanística pandectista y tiene su más lograda caracterización en la doctrina francesa, la alemana y la italiana, de las cuales es tributario nuestro Código Civil vigente en materia de contrato. Téngase en cuenta que el art. 1351 de nuestro CC reproduce fundamentalmente el art. 1321 del CC italiano.

Artículo 1351 del CC peruano: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Artículo 1321 del CC italiano: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas”.

En la doctrina encontramos (Cabanellas de Torres 1982), siguiendo a Aubry y Rau, que el contrato es una especie del género llamado convención. Así, señala que:

“La convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, mientras que el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”.

Asimismo, el tratadista argentino que acabamos de citar, cita a Savigny para quien el contrato:

“...es el **concierto de dos o más voluntades**, sobre una declaración de voluntad común, **destinada a reglar sus derechos**”. (El resaltado es nuestro).

En el Perú, (Arias Schreiber Pezet 1987), se define el contrato como el acuerdo entre dos o más partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular, o extinguir obligaciones con contenido patrimonial y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia.

Finalmente, aunque podríamos elaborar un listado de definiciones sobre contrato, pero a los fines del presente trabajo coincidimos con que (Simental Franco 2009):

“A la luz del trasiego comercial contemporáneo, de los fenómenos de la globalización y del neoliberalismo presentes de una u otra manera en prácticamente cualquier rincón del planeta (...) No hay forma de negar la vigencia del contrato, el cual es, (...) el principal fenómeno jurídico y social generador de obligaciones en todo el mundo...” (El subrayado es nuestro).

2.1.2. Características.-

Para una mejor comprensión de las características y naturaleza de un contrato petrolero, consideramos pertinente analizar las características del contrato desde diversos enfoques, con especial referencia al contrato petrolero.

A) Por la forma como se formula en la realidad: Encontramos las siguientes características:

➤ Tienen que existir dos o más partes que presten su consentimiento: Este consentimiento, que se expresa a través de un acuerdo de voluntades, es resultado de la autonomía de la voluntad privada, por la cual los particulares tienen la facultad de regular sus relaciones jurídicas, evidentemente dentro de la ley y sin afectar los derechos de terceros. Pero esta libertad contractual es fruto del iusnaturalismo racionalista que surge en el Renacimiento, que será acogido por el Code Civil de Napoleón y de ahí irradiado por todo el mundo (Roca Guillamón 1985).

Consideramos que esta característica es aplicable a los contratos petroleros, pues muchas veces el contratista está formado por un consorcio de empresa por razones de especialización y financiamiento, lo cual significa para los objetivos de nuestro estudio que eventualmente pueden incurrir en responsabilidad solidaria respecto de los daños.

➤ Son fuentes de obligaciones: Para quienes intervienen en él, pues (Barbero 1967), es la más amplia categoría de los hechos constitutivos de obligaciones y de relaciones jurídicas, a través de la cual se desarrolla la vida de los negocios.

Ello se aprecia nítidamente en la contratación petrolera, pues, el contratista asume, fundamentalmente, una serie de obligaciones relativas a las fases de exploración y explotación, así como las responsabilidades por los daños que puede ocasionar y que son indemnizables por lucro cesante y daño emergente.

➤ Recaen sobre cosas o servicios de naturaleza patrimonial: No estamos hablando de otra cosa sino del objeto sobre cual recae el contrato. El objeto no es más

que la realidad sobre la cual se proyecta la voluntad negocial y que no son más que los intereses regulados, que pueden consistir en bienes o en servicios. (López Díaz 2006)

Para el caso del contrato petrolero, son resarcibles fundamentalmente los daños patrimoniales, ya sea por lucro cesante o por daño emergente.

B) Por su función práctica: (Barbero 1967) señala que pueden presentar las siguientes características:

➤ De intercambio, como ocurre con los contratos de compraventa, arrendamiento, suministro y de obra o de servicio.

Ello se presenta en el contrato petrolero que puede verse como un contrato complejo, un contrato de contratos, que puede incluir en sí mismo un suministro, un arrendamiento o contratos de obras o de servicios.

➤ De comodidad, tal es el caso del mutuo, comodato y depósito, que eventualmente podrían presentarse en un contrato petrolero.

➤ De garantía, como es el caso de la garantía mobiliaria, anticresis, hipoteca, fianza y mandato de crédito.

Así, suele acompañarse al contrato petrolero fianzas bancarias de realización automática, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas.

➤ Auxiliares, que ayudan a concluir otros negocios como se produce con el mandato, el contrato de agencia y el de mediación.

El contrato de mandato es frecuentemente usado en las empresas petroleras, que acuden a representantes para cumplir funciones diversas con ocasión de la actividad petrolera.

C) **Por la combinación de contratos o de elementos contractuales:** En el trato jurídico pueden aparecer contratos con características complejas, pues combinan diferentes tipos de contrato o varias prestaciones de diversos tipos de contrato (Enneccerus 1935). Así, de acuerdo a esas características, pueden ser:

➤ **Uniones de contratos:** Cuando aparecen diversos tipos de contratos y presentan a su vez tres casos:

- **Unión meramente externa,** son varios contratos sin que exista dependencia de uno respecto del otro, por lo que cada uno sigue las reglas que le son propias.

- **Unión con dependencia bilateral o unilateral,** cuando varios contratos son queridos como uno solo, de suerte que la existencia de uno depende de la existencia del otro, pero cada contrato se rige por las reglas que le son pertinentes.

- **Unión alternativa,** por el cual se celebra uno u otro tipo de contrato, según se cumpla o no una determinada condición. Ejm: Si en seis meses me titulo, me donan un auto; en caso contrario, me lo dan en comodato.

➤ **Contratos mixtos:** Aquí no aparece una pluralidad de contratos, sino un solo contrato, pero con elementos esenciales de diversos contratos. En este caso, se aplican las reglas de los diversos tipos de contratos, siempre que no contradigan el carácter específico y el fin total del contrato. Este es el caso aplicable, en nuestra opinión, a los contratos petroleros, pues en sí constituye un solo contrato, pero reúne elementos que corresponden a diversos contratos. Así, tenemos:

- **Contratos combinados:** Cuando uno de los contrayentes se obliga a realizar varias prestaciones principales, que corresponden a diferentes tipos de contratos y el otro se obliga solo a una contraprestación unitaria. Por ejm: Una de las partes arrienda una habitación y guarda en custodia determinados bienes muebles y la otra solo se obliga a una contraprestación.

- Contratos mixtos en sentido estricto: Cuando el contrato contiene un elemento que a su vez representa un contrato de otro tipo. Por ejm: Una donación puede contener una compraventa cuando si se vende una cosa por debajo de su valor. En este caso prevalecen las reglas del contrato determinante.

- Contratos de doble tipo: Cuando el total del contenido de un contrato encaja en dos tipos distintos de contrato. Por ejm: Cuando se promete el alquiler de una habitación a cambio de un servicio de portería, es tanto un contrato de arrendamiento como un contrato de servicios.

De esta última clasificación rescatamos, para fines de esta investigación, a los contratos combinados, aunque nosotros preferiríamos llamarlos contratos múltiples o coligados, pues son de suma importancia en el estudio de los contratos en el mundo actual, en especial, de los contratos petroleros, pues se trata de un contrato, que contiene en sí mismo otros contratos.

Nos explicamos. Si bien su nomen iuris es el de “contrato petrolero”, y las partes, el Estado y la transnacional petrolera celebran “un contrato petrolero”, en realidad, están concluyendo varios tipos de contrato en sus diversas cláusulas, como puede ser el de depósito de crudo, la fianza bancaria, la adquisición de maquinarias, el arrendamiento de terrenos, la contratación de personal nacional y extranjero, el suministro de petróleo, entre otros.

D) Por su estructura: Alude a las características tradicionales de los contratos y son los siguientes:

- Unilaterales y Bilaterales: Esta clasificación no se refiere al número de contratantes, sino a las obligaciones a cargo de una o ambas partes. Así, son unilaterales los que generan obligaciones para una sola de las partes; en cambio, son bilaterales aquellos contratos que generan obligaciones recíprocas para cada una de las partes, como ocurre con la compraventa.

La importancia de esta distinción radica en que solo en los contratos sinalagmáticos o bilaterales es aplicable la facultad resolutoria por incumplimiento contractual. Así, si en un contrato petrolero una de las partes incumple con sus obligaciones, la otra puede resolverlo, sin perjuicio del correspondiente resarcimiento.

➤ Onerosos y Gratuitos: Es gratuito cuando solo una de las partes se beneficia con la consecuencia del contrato sin asumir contraprestación alguna, como sucede con la donación. En cambio, es oneroso cuando la prestación de una parte encuentra su razón de ser en la de la otra.

En el caso de los contratos petroleros el carácter oneroso se presenta cuando el Estado, a través de PERUPETRO S.A., concede la explotación de un yacimiento de hidrocarburos a cambio del pago de una regalía.

➤ Conmutativos y aleatorios: Es conmutativo cuando el beneficio y perjuicio que significa el contrato para las partes puede determinarse desde el momento mismo de su celebración, por ejemplo, la compraventa o el arrendamiento. Por el contrario, es aleatorio, cuando no se puede determinar desde su celebración el beneficio o perjuicio que significa para cada una de las partes la celebración del contrato. Por ejm: La renta vitalicia o el juego y la apuesta.

En materia petrolera, consideramos que hay un componente aleatorio en la etapa de exploración, pero una vez descubierto el pozo petrolero, el contrato se convierte en conmutativo.

➤ Principales y accesorios: Los contratos principales son los que existen por sí mismos. Por ejm: el contrato de compraventa. En cambio, los accesorios, también llamados de garantía, son los que siguen la suerte del contrato principal. Así, la nulidad del contrato principal acarrea la nulidad del contrato accesorio.

Esto lo podemos ver en la contratación petrolera cuando al declararse nulo este, queda sin efecto la fianza bancaria.

➤ Instantáneos y de Tracto Sucesivo: Los contratos instantáneos son los que se ejecutan en el momento mismo de su celebración. Ejm: Una compraventa al contado. Por su parte, los de tracto sucesivo o ejecución continuada son aquellos en los que la ejecución de las prestaciones se realiza en un período determinado. Por ejm: el contrato de arrendamiento.

Los contratos petroleros son esencialmente de tracto sucesivo, pues el suministro de combustible es continuo y el pago del contratante es periódico por el tiempo de duración del contrato.

2.1.3. Principios Jurídicos.-

Los principios jurídicos aplicables al contrato, y por extensión al contrato petrolero, se remontan a Roma y trasuntan nuestros CC de 1852, 1936 y el vigente de 1984, a través de los sucesivos influjos europeos de Francia, Alemania e Italia. Asimismo, nos parece pertinente hacer referencia a los principios jurídicos esbozados por UNIDROIT, que resulten aplicables a nuestro estudio y que, en el fondo, adelantamos, significan un retorno a los principios desarrollados por la romanística a partir del Derecho Romano. Veamos enseguida el estudio de los principios jurídicos en nuestro Derecho y, luego, abordemos los principios del UNIDROIT.

A) Principios jurídicos: del Derecho Romano al Derecho Peruano:

El Derecho contractual peruano, en materia civil, se construye a partir del principio de la Autonomía de la Voluntad, el cual fue establecido a partir del modelo jurídico francés del CC de 1804, como resultado del trabajo de los romanistas del Renacimiento.

Las ideas de contrato o de autonomía de la voluntad, como categorías jurídicas abstractas no existían en Roma, sino más bien se hablaba de la promesa, la *STIPULATIO*, como un mecanismo verbal y rudimentario de celebrar contratos (Escobar Córdoba 2012)

No le falta razón, al autor citado, cuando señala que el principio de la autonomía de la voluntad se contradice en Roma con un derecho sustentado en el esclavismo, la falta de libertad política y la preeminencia del autoritarismo, que son ajenos a una sociedad democrática sustentada en la libertad y la igualdad.

La Revolución Industrial y el liberalismo económico fueron los factores históricos y sociales que hicieron posible el desarrollo de la autonomía de la voluntad, pero ¿cómo explicar que este se desarrolle a partir del derecho romano? Ello se debe a que cuando el derecho romano se orientalizó, durante el Imperio tardío, se hizo apto para el enfoque occidental del Derecho (Monateri 2006).

Este nuevo contexto social, favorable al individualismo y a la actividad privada, hace posible el desarrollo de la autonomía de la voluntad, pues a partir del iusnaturalismo teológico medieval tomista, que caracterizaba al humanismo, las fuerzas sociales hacen emerger un iusnaturalismo racionalista durante el Renacimiento, impulsado por la burguesía, que conlleva a la construcción de un sistema de derechos basados en la libertad, la igualdad y la propiedad privada (Roca Guillamón 1985).

En esta misma línea de pensamiento, gracias a la **Escuela del Derecho Natural** se proclamó la idea de que la voluntad humana, manifestada a través del contrato, es la principal fuente de obligaciones (Ourliac y Malafosse 1969, 114).

Los grandes modelos jurídicos, que desarrollaron el principio de la autonomía de la voluntad, fueron el francés y el alemán. Pero, a diferencia de nuestro derecho, respondieron a las necesidades sociales del momento. Así, en Francia, en 1789, la clase social emergente, representada por la burguesía individualista, impone la protección de los derechos subjetivos a través del Code Civil de 1804, que a decir de Domat y Pothier, al acoger los principios de igualdad y libertad, desarrollan el principio de la autonomía de la voluntad en su máximo grado (Soro Rusell 2014).

En el caso de Alemania, la dación del BGB, que entró en vigencia en el año de 1900, obedece a las nuevas necesidades contractuales exigidas por el desarrollo de la industria, el comercio y las ciudades. Aprovechando la tradición pandectística romanista, elaboró la categoría abstracta de Autonomía Privada, que se expresa fundamentalmente a través de la teoría del negocio jurídico, del cual una de sus expresiones más importantes son los contratos.

Finalmente, haremos referencia a Italia, que constituye una fuente relevante en materia de autonomía de la voluntad y de los contratos en el CC peruano de 1984. Hemos reconocido, líneas arriba, que los modelos principales a seguir en la materia que nos ocupa en el presente trabajo son el francés y el alemán, de estos dos modelos los italianos optan por el modelo alemán, al cual le otorgan una perspectiva muy particular, recepcionado por nuestro derecho, en cuanto a la autonomía privada, negocio jurídico y contratos.

En el CC italiano de 1942, se elabora un nuevo concepto de negocio jurídico, que relega a un segundo plano la voluntad y le otorga mayor trascendencia al comportamiento, a la conducta. Es por ello que en Italia (arts. 1321 y 1324), los *contratos son concebidos como un instrumento para el intercambio de bienes y servicios*, en el que se basa la producción y la expresión de la iniciativa privada, de la cual parte y se desarrolla la vida económica (Silva Sánchez 2001, 347).

En cuanto al derecho peruano, la dación del CC de 1852 no responde a las necesidades sociales y económicas del momento, como ocurrió en Francia, sino a los intereses de la élite dominante, que con un aparente hálito modernizador, lo que buscaba era perpetuar sus privilegios a través del flamante CC. Tan es así que en ella subsisten, paradójicamente, instituciones jurídicas del derecho romano-castellano, producto de tres siglos de dominación española junto a disposiciones sobre autonomía de la voluntad proveniente del derecho francés (Guzmán Brito 2001).

El concepto de acto jurídico, como reconocimiento al *imperium* de la autonomía de la voluntad o autonomía privada para regular las relaciones jurídicas

entre los particulares, fue recogida en nuestra tradición jurídica a partir del CC de 1936 y, luego, en el CC vigente de 1984.

Finalmente, llegamos al CC del '84, obra de diversas comisiones reformadoras y revisoras y en la que se desperdicia la oportunidad de corregir el error en que se incurrió en el CC derogado al usar la expresión “acto jurídico” en vez de “*negocio jurídico*”, que resulta la correcta.

En el CC vigente del '84, observamos una tercera influencia foránea, la del CC de 1942, que se refleja notoriamente en los libros sobre acto jurídico y de los contratos. En este caso, los italianos, elaboran la noción de la autonomía privada siguiendo la teoría del negocio jurídico de los alemanes, que tiene su máxima expresión en la regulación de los contratos, ya que los contratos no son más que un negocio jurídico por su contenido patrimonial.

B) Los Principios Unidroit:

En el año de 2004, salió a la luz la segunda edición de los Principios Unidroit, cuyo objetivo, como se manifiesta en su propia introducción, es abordar cuestiones que interesen a los operadores económicos y a los juristas internacionales (Unidroit 2004). En este sentido, su aplicación, en materia de contratación petrolera, resulta interesante.

De su preámbulo se desprende que estos principios son conjuntos de reglas y normas aplicables no solo a los contratos internacionales, sino también a los contratos internos o nacionales, siempre y cuando sean incorporados por las partes en el respectivo contrato y no se opongan a normas imperativas del derecho interno.

Es necesario acotar, como bien precisa el instrumento que glosamos, que si las partes acuerdan someter las controversias que deriven del contrato al arbitraje, los árbitros no están obligados necesariamente a un determinado ordenamiento jurídico en particular.

Esto, en nuestra opinión, aparentemente no resulta aplicable a los contratos petroleros que celebra el Estado peruano con las empresas extranjeras, pues suele pactarse una cláusula que somete toda controversia a arbitraje y dentro del derecho peruano; sin embargo, ello sí es posible en caso se presente algún vacío o laguna en nuestra legislación.

En el Capítulo 1 sobre Disposiciones Generales de los Principios Unidroit, se establecen algunos principios generales, que como desarrollo de la autonomía de la voluntad, nos parece importante resaltar.

Así tenemos los siguientes principios:

- Libertad de contratación: Por el cual las partes son libres de para celebrar un contrato y para determinar su contenido. Esta libertad de contratar puede estar limitado por razones de interés público, así el Estado como *dominus* de los yacimientos de hidrocarburos puede reservar para sí su explotación económica, como se hizo durante el gobierno de Velasco Alvarado.
- Libertad para determinar el contenido de los contratos: Que puede estar limitada por normas de orden público, como cuando es establecen leyes antimonopolios, se prohíban cláusulas injustas en los contratos o se instituyen regímenes especiales de responsabilidad.
- Carácter vinculante de los contratos: Que nos remite al principio de ***pacta sunt servanda***, por el cual el contrato es ley entre las partes. Pero este principio no es absoluto, pues un contrato puede modificarse o renegociarse cuando así lo acuerden las partes. De suerte que, toda modificación constituye una excepción, la cual es plausible siempre y cuando lo acuerden las partes.

Así, aunque en un contrato petrolero se haya pactado la estabilidad jurídica aplicable al contrato, este sí es renegociable pero de tal forma que se compense con otras cláusulas, las modificaciones que pudieran resultar perjudiciales a una de las partes contratantes, por evidente sentido dialéctico de justicia contractual.

- Primacía de las normas de carácter imperativo: Es decir, no se puede evadir las normas de orden público, ya sea que provengan del derecho nacional, del derecho supranacional o hayan sido incorporadas por las partes en el contrato.

Estos principios resultarán de suma importancia para entender los principios jurídicos aplicables a los contratos petroleros, con las peculiaridades propias a ellos, como señalaremos posteriormente.

2.2. EL CONTRATO PETROLERO

2.2.1. Definición.-

Definido el contrato en general, ahora nos corresponde definir el contrato petrolero en particular. Al respecto, podemos señalar que el contrato petrolero constituye (Arellano Soto 1984):

“...Un vínculo jurídico entre dos o más partes que se obligan a realizar algunas de las actividades hidrocarburíferas (exploración, explotación, transporte, distribución, comercialización, de servicio, etc.) estableciendo derechos y obligaciones de cada una de las partes además de las especificaciones técnicas referentes a la actividad concreta, fijando también la participación de la renta que se proyecta obtener así como de la cláusula arbitral y de las causales de rescisión”.

De esta definición, se desprende una serie de elementos que conforman el contrato petrolero. En primer lugar, que en el contrato petrolero hay por lo menos dos partes, el contratante y el contratista. El contratante suele ser una empresa estatal de derecho privado, que actúa en representación del Estado. El contratista puede ser una empresa petrolera transnacional o incluso varias empresas petroleras, que pueden asociarse como contratistas.

En segundo lugar, este contrato petrolero, como todo contrato, genera derechos y obligaciones entre las partes. Así, el contratista tiene fundamentalmente la obligación de producir petróleo y el derecho de venderlo, mientras que el contratante tiene el derecho de supervisar y percibir un pago a favor del Estado y la obligación de emitir las autorizaciones correspondientes.

En tercer lugar, el contrato petrolero obliga a realizar “actividades hidrocarburíferas”, compuesta por las diferentes fases del proceso productivo del petróleo, que se han explicado en el capítulo anterior. Pero lo interesante aquí es que pueden presentarse diversas situaciones. Así, el contratista puede obligarse a realizar todas esas actividades, lo cual sería poco probable, por la especialización y volumen de inversión que demandan. Lo más probable es que se ejecuten por asociación entre varias empresas que actúen como contratista, lo cual resulta más eficiente y racional, desde el punto de vista económico.

En cuarto lugar, la complejidad de las actividades petroleras a ejecutar, así como la intervención de múltiples sujetos en su ejecución, provoca una enorme complejidad a nivel jurídico-contractual. Podríamos decir que el contrato petrolero es un contrato de contratos, es un contrato complejo, un contrato coligado, en el cual se entrecruzan cláusulas de diversos tipos contractuales. Así, tiene de un contrato de compraventa cuando hay la necesidad de adquirir maquinaria para la explotación; de un contrato de arrendamiento, si se necesita alquilar equipos o locales vinculados a la actividad petrolera; de un contrato de suministro, pues la contratista tiene la obligación de proveer de petróleo al Estado para asegurar el abastecimiento energético. Este carácter complejo del contrato petrolero, nos llevaría a discutir sobre su naturaleza jurídica, pero ello no es objeto del presente trabajo.

Por último, los conflictos que se susciten con ocasión del contrato petrolero se resuelven en sede arbitral, en los términos y condiciones señalados en el respectivo contrato. Así, en el supuesto que se ocasionen daños resarcibles por lucro cesante o daño emergente, estos se resolverán mediante arbitraje siguiendo las normas del derecho civil, que es el derecho privado por excelencia.

La definición que venimos de glosar es aplicable, en nuestra opinión, a nuestra realidad, pues puntualiza los aspectos más relevantes que el Estado, a través de PERUPETRO S.A., debe tener en cuenta al momento de negociar y celebrar los contratos petroleros con la empresa transnacional, así como al momento de la supervisión de su ejecución por la contratista. Ello, evidentemente, nos será de mucha

utilidad para determinar las cláusulas de lucro cesante y daño emergente, cuya complejidad, podemos adelantar, resulta de la complejidad misma del contrato petrolero.

Obviamente, nos encontramos frente a una definición formal, como corresponde a las definiciones en el campo del derecho. Sin embargo, el elemento fáctico trasluce un evidente desequilibrio entre las dos partes: la empresa petrolera contratista y el Estado anfitrión contratante. La empresa petrolera foránea se erige en la parte fuerte del contrato, cuyo poder económico impone sus condiciones en el contrato petrolero, mientras que la contratante representa a un Estado endeble, que configura la parte débil, que muchas veces no protege a los pobladores, cuyas tierras contienen petróleo y mucho menos se toma en cuenta su voluntad al momento de contratar. Tal es el caso de los pobladores y las tierras de las Comunidades Nativas, que han sido afectados por la explotación de petróleo en la selva peruana. En este sentido, mediante D.S. N° 012-2008-EM, se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de Hidrocarburos, que implementa en nuestro derecho el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Conceptualizado el contrato petrolero en los términos antes señalados, se hace imperativo establecer mecanismos que hagan posible recomponer en cada caso la evidente desigualdad entre las partes contratantes. Ello demanda repensar la idea de justicia en desmedro de la seguridad jurídica, pues más que asegurar la estabilidad jurídica de las empresas petroleras, que no estamos negando, debe privilegiarse el efectivo cumplimiento de las disposiciones legales y la justa reparación de los afectados, como muestra de un alto desarrollo jurídico, cultural y moral.

De esta forma, se evitaría que las empresas petroleras infractoras escapen al cumplimiento del pago de resarcimiento de daños, ya sea por la falta del establecimiento de cláusulas de lucro cesante y daño emergente o por su redacción ambigua o imprecisa. Por ello, el diseño de estas cláusulas, en los contratos petroleros, demanda la intervención de juristas altamente especializados en el marco jurídico sobre petróleo, que conozcan no solo las normas civiles, sino también las normas

constitucionales y regulatorias para establecer las cláusulas con términos jurídicos adecuados y precisos, como corresponde al lenguaje jurídico, en especial cuando se trata de un contrato petrolero, cuyo rol es estratégico en el aseguramiento del abastecimiento energético del país.

2.2.2. Características.-

Todo contrato petrolero se caracteriza por: a) Presentar una determinada estructura; b) Establecer determinadas cláusulas y c) Ser celebrado por determinadas partes. Naturalmente, estas características influyen en la determinación de las cláusulas de lucro cesante y daño emergente, pues deben responder a la finalidad para la cual fue celebrado el contrato: la producción de petróleo y el aseguramiento del abastecimiento energético del país.

a) Por su estructura: El contrato petrolero suele seguir el orden en que las cosas deberían de suceder en un proyecto petrolero (Cordaid 2012). Así, en primer lugar, se confecciona una introducción con las declaraciones de las partes contratantes; a continuación se establece una lista de términos, a modo de glosario, que tiene por finalidad establecer el significado de los diferentes términos técnicos y jurídicos que se emplean en el documento; y, finalmente, se redactan las cláusulas que forman el cuerpo del contrato, con la debida precisión que exige una actividad económica tan compleja. (Véase Esquema N° 08)

b) Por sus Cláusulas: Las cláusulas del contrato petrolero constituyen el cuerpo esencial del mismo. Estas cláusulas versan fundamentalmente sobre: (i) La exploración y las operaciones de desarrollo y de valoración; (ii) La aplicación de términos fiscales una vez iniciada la producción comercial, (iii) Aspectos vinculados al contenido legal: obligaciones y derechos de las partes, **responsabilidad por incumplimiento y el correspondiente resarcimiento**, la resolución del contrato, etc.; (iv) Resolución de disputas. En el modelo peruano, las disputas en materia petrolera se dirimen en sede arbitral, como arbitraje de derecho y bajo las normas del derecho peruano y (iv) Cláusulas de confidencialidad y otros aspectos previstos en el contrato.

Finalmente, a modo de información, pues no forman parte del propósito de nuestro trabajo, se adicionan aspectos relativos a los procedimientos de contabilidad para calcular los costos petroleros, así como los diversos modelos de contratos accesorios, como fianzas bancarias o acuerdos de operaciones conjuntas.

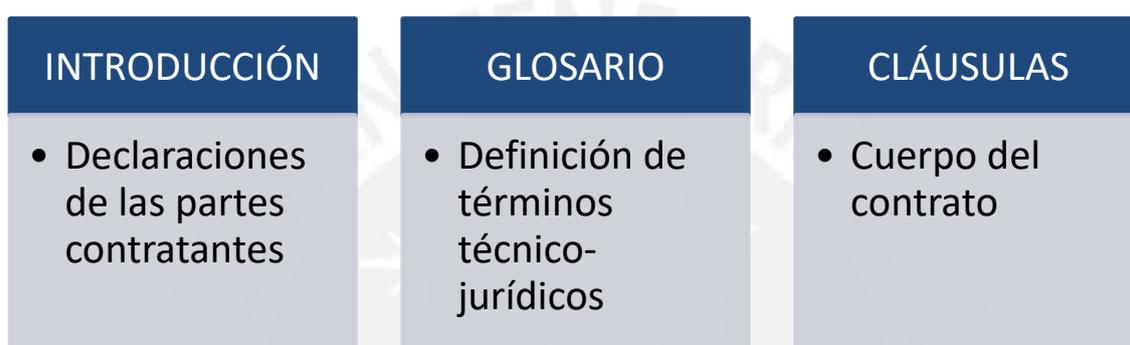
Asimismo, debemos señalar que tradicionalmente los contratos petroleros limitaban sus cláusulas a los aspectos técnicos, legales y financieros de la extracción del petróleo. Sin embargo, hoy en día cada vez más acogen en su estructura cláusulas vinculadas a la responsabilidad social de las empresas, así como a la protección del medio ambiente, respecto a cuyos daños cobra mayor relevancia los aspectos vinculados a la responsabilidad civil de daños.

Sin embargo, si bien es cierto que las cláusulas de estos contratos regulan los diversos aspectos de la actividad petrolera, lo que nos interesa fundamentalmente es que se incluya la regulación del lucro cesante y el daño emergente en relación a los daños, que eventualmente se puedan producir por incumplimiento contractual, por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o por daños que se ocasionen a las Comunidades Nativas, a la biodiversidad y al medio ambiente.

c) **Por las partes que lo celebran:** La celebración de un contrato petrolero es resultado de una negociación larga, compleja y técnica, en la que intervienen dos partes bien definidas: por un lado, la Empresa Petrolera Nacional, a la que corresponde la administración de los yacimientos hidrocarburíferos, que son de propiedad de la Nación y, por el otro, la Empresa Petrolera Internacional, que puede tomar la denominación de contratista, licenciatario o concesionario, según el modelo de contrato petrolero que se suscriba (Cordaid 2012).

Además, la empresa contratista, licenciataria o concesionaria puede estar integrada por un consorcio. En este caso, cada empresa es una parte individual en el contrato, pero son tratados como una sola entidad y tienen responsabilidad mancomunada en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

También es pertinente señalar que muchas veces la empresa petrolera internacional interviene en el contrato a través de una empresa filial constituida en el país productor de petróleo, ya sea para optimizar los impuestos, por el régimen de financiamiento del proyecto, por el régimen de protección de la inversión extranjera o por otros requisitos legislativos locales. En este caso, cuando se negocia a través de una empresa filial, se suele exigir que la empresa matriz garantice que la empresa filial cumplirá con la ejecución del contrato o eventualmente indemnice por el incumplimiento del mismo por lucro cesante o daño emergente.



ESQUEMA N° 08: ESTRUCTURA DE UN CONTRATO PETROLERO

2.2.3. Clases de Contratos Petroleros.-

Los contratos petroleros son los instrumentos jurídicos que viabilizan la producción de petróleo para asegurar el abastecimiento energético de un país. Desde que se inició la actividad petrolera, se han ido configurando diversos modelos contractuales, de manera que la regulación del lucro cesante y el daño emergente está directamente vinculada al modelo contractual que se elija.

Así, podemos señalar que a lo largo de la historia de la industria petrolera, se han sucedido diversas formas jurídicas contractuales relativas a la exploración y explotación del petróleo. Entre ellas tenemos el contrato de concesión que, en los tiempos modernos, ha sido desplazado por el contrato de servicios (Mondino 1977).

Ensayando una clasificación general de los contratos petroleros (Cordaid 2012), encontramos que los principales tipos de contratos son: (i) Contrato de concesión, (ii)

Contrato de Producción Compartida, (iii) Contrato de Servicios y (iv) Contrato de Joint Venture.

Esta clasificación, como toda clasificación en el Derecho, tiene un valor didáctico y meramente ilustrativo, pues en la práctica, los contratos petroleros suelen tomar elementos de uno u otro tipo de contrato, lo cual ahonda su complejidad. Así, por ejemplo, los Contratos de Licencia, en nuestro país, toman elementos de los Contratos de Producción Compartida y de los Contratos de Servicios.

a) Contrato de Concesión:

Es la forma contractual primigenia y más antigua, que fue desarrollada en EE.UU. desde que se inició la producción del petróleo con fines comerciales. Su nota característica más relevante radica en que la empresa es la que goza de la propiedad del petróleo en el subsuelo y al Estado anfitrión solo le corresponde percibir impuestos y regalías.

b) Contrato de Producción Compartida:

En esta modalidad contractual, a diferencia del contrato de concesión, el Estado es el propietario del recurso petrolero en el subsuelo y la empresa es tan solo propietaria de una parte del petróleo extraído.

c) Contrato de Servicios:

De la misma forma que la modalidad contractual anterior, el Estado también es propietario del petróleo en el subsuelo, mientras que la empresa no es propietaria ni del yacimiento ni del petróleo extraído, sino que solo tiene derecho a que se le pague con una cuota del petróleo extraído.

d) Contrato de Joint Venture:

Es el modelo contractual en el que una empresa petrolera estatal, en asociación con una empresa petrolera privada, nacional o extranjera, deciden asumir en forma conjunta los derechos de exploración, explotación, desarrollo, producción y venta del petróleo.

2.3. EL CONTRATO PETROLERO PERUANO

El contrato petrolero que se celebra en el Perú es el Contrato de Licencia. Este contrato y su objeto de regulación, el petróleo, están sujetos a un complejo marco normativo que comprende normas jurídicas constitucionales, administrativas y del derecho civil.

En este sentido, nos ocuparemos, enseguida, a sistematizar el marco jurídico aplicable a la contratación petrolera y, por ende, al petróleo. Luego, en un esfuerzo de abstracción nos ocuparemos de sistematizar los principios jurídicos aplicables al contrato petrolero, a la luz del marco jurídico que rige en materia petrolera en nuestro país. Finalmente, nos ocuparemos de establecer las notas distintivas del Contrato de Licencia peruano, así como su proceso de celebración

2.3.1. Marco legal.-

En primer lugar, debemos señalar que del artículo 66 de la Constitución del '93 se desprende que el petróleo es un recurso natural no renovable, cuya utilización y otorgamiento a los particulares, sean nacionales o extranjeros, se rige por una ley orgánica.

Al respecto, el art. 66 señala:

“Los **recursos naturales**, renovables y **no renovables**, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

(El resaltado es nuestro).

En segundo lugar, la ley orgánica a la que hace referencia el texto constitucional y que regula la actividad petrolera está constituida por la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado por D.S. N° 042-2005-EM, que en su artículo 1° establece:

“La presente Ley Orgánica norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional”.

Además, en su artículo 6° prevé la creación de PERUPETRO S.A., como Empresa Estatal de Derecho Privado organizada como Sociedad Anónima y entre cuyas atribuciones sobresale la del inc. b) que la faculta a:

”Negociar, celebrar y supervisar, en su calidad de Contratante, por la facultad que le confiere el Estado, en virtud de la presente Ley, **los contratos** que ésta establece, **así como los convenios de evaluación técnica**”. (El resaltado es nuestro).

De esta norma jurídica se desprende que PERUPETRO S.A. tiene como objetivos sociales, entre otros:

- Negociar y suscribir contratos petroleros en nombre del Estado peruano.
- Ejercitar la supervisión de los contratos petroleros.
- Promover la inversión en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

Nótese que la ley antes señalada establece expresamente “Negociar, celebrar y **supervisar**...los contratos (petroleros)...”. (El resaltado y el agregado son nuestros). Ello demuestra que el Estado peruano confiere a PERUPETRO la facultad de celebrar contratos petroleros en calidad de contratante, y al ser considerada como una Empresa Estatal de Derecho Privado, conlleva a que estos contratos petroleros estén sujetos al derecho civil y leyes especiales.

En tercer lugar, al estar sujeto al derecho civil, al contrato petrolero le son aplicables las normas del Código Civil aplicables a todo contrato, destacando en especial las referidas al derecho civil patrimonial (reales, obligaciones y contratos) y en especial las referidas a la Ley Contrato, que buscan blindar los contratos que celebran las empresas foráneas con el Estado peruano. Así, el art. 1357 del CC establece:

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

En cuarto lugar, en lo que se refiere a leyes especiales, estas no son otras que las referidas a aspectos específicos de la actividad petrolera, a la protección del medio ambiente y a la supervisión de la inversión extranjera, los cuales se encomiendan a diversas entidades administrativas como OSINERMINING e INDECOPI, bajo el principio de que el Estado promueve la actividad económica de los particulares, pero bajo su debida regulación y control.

Así, tenemos que OSINERMINING, conforme a los artículos 2° y 5° de la Ley N° 28964 del 2007, se establece que:

“...tiene por función velar por la conservación y protección del medio ambiente, así como por el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas en el desarrollo de las actividades de hidrocarburos”.

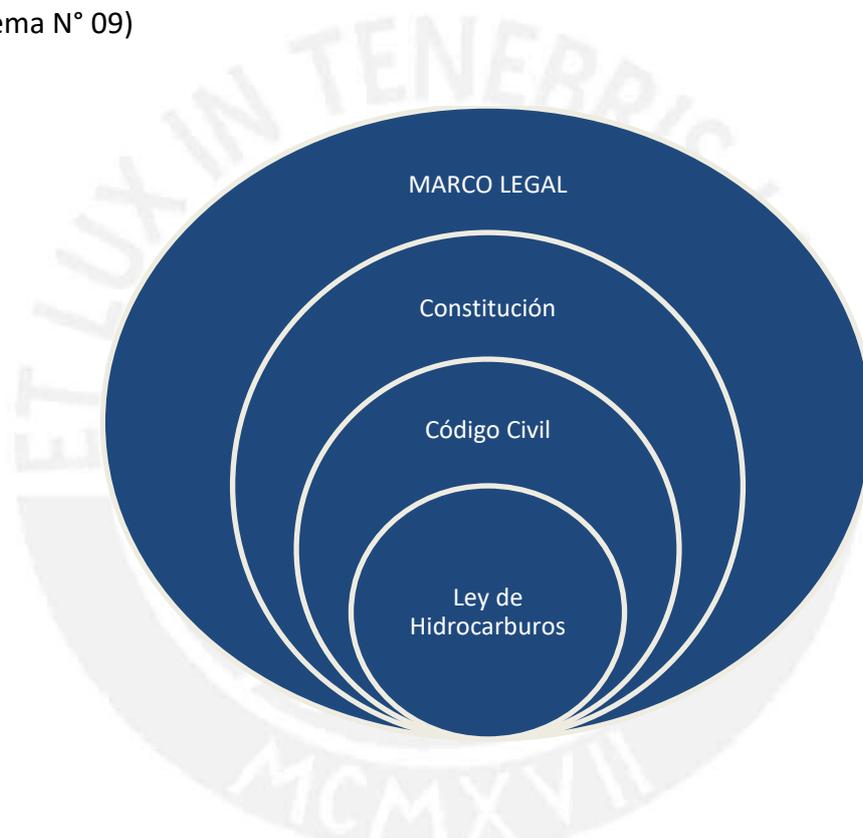
Por su parte, a INDECOPI, según el D. Ley N° 25868 de 1992, en concordancia con el art. 61 de la Constitución Política del Estado y el art. 5° de la Ley N° 26221, le compete:

“...velar por el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica”.

Por último, del art. 6° de la Ley N° 26221, antes transcrita, se desprende que la facultad de contratar que se le otorga a PERUPETRO S.A. tiene un carácter limitativo y restrictivo, pues solo se le autoriza a negociar y celebrar contratos petroleros, pero no a ejecutarlos sino tan solo a supervisarlos. En otros términos, ello significa que no puede incursionar en la exploración y explotación petrolera, salvo que se proceda a su respectiva modificación.

De lo expuesto, concluimos (Távora y Vásquez 2008) que, el diseño de esta legislación petrolera atractiva y abierta a la inversión extranjera, responde a la necesidad de asegurar el abastecimiento energético del país, en razón de nuestro ostensible déficit petrolero.

De esta forma, en nuestro esquema legal petrolero, se erige a PERUPETRO S.A., como la empresa estatal responsable de celebrar los contratos petroleros con los inversionistas nacionales o extranjeros. Sin embargo, como consecuencia de la ola privatizadora, de carácter neoliberal, antiestatista y proclive a la inversión privada, que se implementó en nuestro país a partir de la década de los noventa, se excluye a PETROPERU de las actividades de exploración y explotación, de suerte que las actividades básicas de la industria petrolera son asumidas por las empresas transnacionales del petróleo. Que PETROPERU incurra en la industria petrolera es un asunto de política energética y de modificación del marco legal vigente. (Ver Esquema N° 09)



ESQUEMA N° 09: MARCO LEGAL DE LOS CONTRATOS PETROLEROS

2.3.2. Principios Jurídicos.-

Para determinar los principios jurídicos aplicables a los contratos petroleros, hay que precisar, en primer lugar, que en su regulación intervienen normas jurídicas del Derecho Público y del Derecho Privado. Ello implica establecer, en segundo lugar, los principios jurídicos que se derivan del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, así como los que provienen del Derecho Civil, que es lo que nos interesa, en última instancia, dado que nuestro interés se centra en el lucro cesante y

el daño emergente, que para su resarcimiento, no podemos dejar de tener en cuenta que nos referimos a contratos sobre recursos naturales energéticos de propiedad del Estado.

Veamos enseguida los principios jurídicos que se derivan, en primer lugar, del Derecho Constitucional, luego, del Derecho Administrativo y, finalmente, del Derecho Civil.

2.3.2.1. Principios Jurídicos Constitucionales:

Los principios jurídicos relevantes en materia constitucional son los siguientes:

A) Principio de la propiedad estatal de los hidrocarburos: Por este principio, al Estado le corresponde la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos, es decir, del petróleo que se halla en el subsuelo. Ello se desprende del artículo 66 de la Constitución vigente de 1993 que reza:

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento...”.

De este artículo se colige que los hidrocarburos son recursos naturales no renovables y que al Estado le corresponde la propiedad y el aprovechamiento de los mismos, la misma que se viabiliza a través de los contratos petroleros (Cordaid 2012).

Asimismo, el artículo 8 de la Ley N° 26221 de 1993, Ley Orgánica de Hidrocarburos, establece que el Estado es propietario de los hidrocarburos “in situ” y que le otorga a PERUPETRO S.A. el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos para que pueda celebrar contratos de exploración y explotación. Además, precisa que este derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos será transferido al contratista en el momento en que entre en vigencia el Contrato de Licencia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

De lo dicho se desprende que a las empresas petroleras les corresponde el 100% de propiedad sobre el hidrocarburo extraído, por lo que tiene la libre disponibilidad sobre ellos, la libertad absoluta para fijar su venta según la oferta y la demanda y puede exportarlos libre de impuestos

B) Principio del interés general en el desarrollo de la actividad petrolera: En la **legislación colombiana**, la ley N° 1274 de 2009 establece que la industria petrolera es una actividad de interés público. Tal mención expresa no figura en nuestra Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, aunque resulta sintomático que, cuando el gobierno expide Decretos Supremos para aprobar los contratos petroleros celebrados con empresas extranjeras, declare que busca promover el desarrollo de la actividad hidrocarburífera para “garantizar el futuro abastecimiento de combustibles”, de lo cual se desprende, aunque no lo diga expresamente, para el Estado peruano la industria petrolera es una actividad de interés público.

Una de las consecuencias prácticas de este principio, como lo establece la **jurisprudencia colombiana**, a través de la sentencia C – 641/10, sobre indemnización por imposición de una servidumbre de hidrocarburos, radica en que el interés particular del titular de cualquier derecho real sobre un bien inmueble debe ceder y soportar una servidumbre petrolera, por el principio de la función social de la propiedad, por el cual el derecho de propiedad no es absoluto, sino está sujeto a limitaciones, como se establece en el artículo 70 de la Carta Magna, en concordancia con el artículo 923 del CC.

2.3.2.2. Principios Jurídicos Administrativos:

Para establecer estos principios jurídicos del campo administrativo, hay que señalar que estos se centran en la etapa precontractual, en la fiscalización y en el cuidado del medio ambiente. Así tenemos:

A) Principio de planeación: Que comprende desde la exteriorización de la voluntad de la Administración relacionada con la necesidad de celebrar un contrato petrolero hasta su suscripción. Corresponde a la etapa precontractual, que comprende

desde la exteriorización de la voluntad de la administración pública en la necesidad de celebrar un contrato hasta su suscripción. Ello en razón de que conforme al artículo 2 de la Ley N° 26221, "el Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos", para lo cual se ve en la imperiosa necesidad de celebrar contratos petroleros para garantizar el abastecimiento de combustible en el país.

B) Principio de fiscalización: Conforme al artículo 5 de la Ley N° 26221, OSINERG es el organismo competente para fiscalizar los aspectos legales y técnicos de las actividades de hidrocarburos. La Ley N° 26734 fue la que creó OSINERG (Organismo Supervisor de la Inversión de Energía), pero al transferírsele la supervisión de las actividades mineras se convierte en OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), creada por la Ley N° 28964 del 2007. Esta ley establece en sus artículos 2 y 5 como misión y funciones las de regular, supervisar y fiscalizar, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la actividad de hidrocarburos.

C) Principio de protección del medio ambiente: Que aparece regulado en el artículo 68 de la Constitución Política del Estado, por el cual el Estado promueve la conservación de la diversidad biológica y la protección del medio ambiente. Asimismo, le compete a OSINERMINING velar por la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de las actividades de hidrocarburos, conforme se establece en los artículos 2 y 5 de la Ley N° 28964.

D) Principio de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica: El artículo 2 de la Ley N° 26221 señala expresamente:

"El Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica...".

Estos principios administrativos, en nuestra opinión, son resultado de la evolución económica que ha experimentado nuestro país, lo cual ha impactado en el derecho administrativo, que pasa de una visión estatista de la economía a la promoción

del libre mercado, bajo la regulación y supervisión de los entes administrativos (Espinoza 2000).

De manera que, estos principios nos muestran que del carácter monopólico y empresarial del Estado durante los años setenta del S. XX, hemos pasado hacia una economía de libre competencia y de libre acceso a la actividad económica de los particulares durante la década de los noventa, en donde el Estado cumple un rol promotor, supervisor y subsidiario en la economía (Kresalja 2001).

Ello se materializa a través del Régimen Económico de la Constitución de 1993, que en sus artículos 58 y siguientes establece, dentro de un régimen de economía social de mercado, que la iniciativa privada es libre y se realiza dentro de un mercado de libre competencia, que se rige por la ley de la oferta y la demanda.

No es nuestro propósito abordar temas económicos, que escapan a los límites del presente trabajo, sino referirnos a sus implicancias en la cuestión motivo de la presente investigación.

Así, podemos constatar que en materia de contratación petrolera, nos hemos dirigido del monopolio de la exploración y explotación petrolera en manos de PETROPERÚ a la apertura y libre competencia, en la que PERUPETRO S.A. se encarga de negociar, celebrar y supervisar los contratos petroleros con las empresas petroleras, conforme a las modalidades establecidas en la Ley N° 26221. De suerte que, nos encontramos frente a un notable giro copernicano, en materia económica, jurídica y petrolera, pues pasamos del estatismo a ultranza a una economía liberal hiperbolizada.

Pero esta actividad económica, centrada en el ámbito petrolero, se hace sobre la base de que debe enmarcarse dentro de un régimen jurídico de libre competencia, en el que concurren un gran número de ofertantes y consumidores. De esta forma, el organismo público al que le compete velar por esta libre concurrencia de ofertantes es INDECOPI.

INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Industrial) fue creada por D. Ley N° 25868 de 1992 con el fin de proteger:

“...el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia...”.

Esta facultad se la confiere el art. 61 de la Constitución que establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia en el mercado.

Artículo 61 de la Constitución peruana: 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.

Asimismo, por el D. Legislativo N° 807 se precisan las facultades de las Comisiones y Oficinas que la conforman, siendo de nuestro especial interés la Comisión de Libre Competencia, por cuanto es el organismo competente al que se debe acudir por prácticas monopólicas que afecten la libre competencia y el libre acceso al mercado de hidrocarburos.

Finalmente, todo lo expuesto se encuadra dentro de una legislación atractiva a la inversión en petróleo, con el fin de asegurar el abastecimiento de combustible, en tanto que el petróleo es uno de los elementos fundamentales en las estrategias económicas de todos los Estados, así como un factor importante en la estrategia de seguridad nacional.

2.3.2.3. Principios Jurídicos del Derecho Civil:

Estos son los principios que, evidentemente, merecen nuestro mayor interés, por cuando el meollo de nuestro trabajo se centra en el lucro cesante y daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros. Ello se justifica por cuanto el artículo 12, segundo apartado, de la Ley N° 26221, Ley de Hidrocarburos, señala categóricamente que:

“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” (El subrayado es nuestro).

Esta norma jurídica somete los contratos petroleros al derecho privado, por ende, les son aplicables las reglas generales aplicables a los contratos según el Código Civil. Así lo dispone el artículo 1353 del CC cuando señala que:

Artículo 1353 del CC peruano: Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Asimismo, la norma que venimos glosando, nos remite al artículo 1357 de nuestro CC, sobre Contrato-ley.

Artículo 1357 del CC peruano: Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

De esta norma jurídica se desprende que el contrato petrolero, tiene la particularidad de ser, por un lado, un Contrato-Ley, y por el otro, de ser producto de la libre voluntad de los contratantes.

Por lo expuesto, podemos concluir que los principios jurídicos que se aplican, por excelencia, a los contratos petroleros son los de: la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, la libertad de contratación, de vinculación, de contrato-ley y del interés público.

A) Principio de la Autonomía de la Voluntad: De este principio, ya hemos dado amplia cuenta en el acápite referido a los principios jurídicos del contrato en general. Resta remarcar que la propia Ley de Hidrocarburos nos remite al Derecho Civil en cuanto a la negociación, celebración y supervisión de los contratos petroleros.

Esto es así porque todo contrato en general, y los contratos petroleros en particular, son resultado de un acto de autonomía privada, es decir, del acuerdo de voluntades, en aplicación del principio jurídico de la autonomía de la voluntad, que faculta a los particulares a regular sus relaciones jurídicas, en este caso patrimoniales. En este sentido, el artículo 1351 del CC señala que:

Artículo 1351 del CC peruano: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En otros términos, por mandato de la Ley de Hidrocarburos y del artículo antes glosado, el Estado peruano, a través de PERUPETRO S.A., Empresa Estatal de Derecho Privado, organizada bajo la forma Sociedad Anónima, concierta libremente, con las empresas petroleras, la explotación de los yacimientos hidrocarburíferos, como si se trataran de dos entes privados: de Empresa a Empresa.

Esta libertad para producir un acto de autonomía privada se refleja a través de la libertad contractual y la libertad de contratación.

B) Principio de Libertad Contractual: Es el que establece el CC como la libertad de la que gozan las partes contratantes, PERUPETRO S.A. y la empresa petrolera, para determinar el contenido del contrato petrolero. La libertad contractual está prevista en el artículo 1354 que establece:

Artículo 1354 del CC peruano: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato (petrolero), siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. (El agregado es nuestro)

El contenido del contrato petrolero versa fundamentalmente sobre la exploración y las operaciones de desarrollo; los derechos y las obligaciones de las partes; la responsabilidad por incumplimiento; la indemnización; la resolución del contrato y, por qué no, cláusulas relativas al lucro cesante y al daño emergente.

C) Principio de Libertad de Contratación: Es el que establece la Constitución como la libertad de la que están investidas las partes contratantes, PERUPETRO S.A. y la empresa petrolera, para celebrar contratos. La libertad de contratación está prevista en el artículo 62 de la Constitución de 1993 que señala que:

Artículo 62 de la Constitución peruana: La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

La libertad de contratación permite a la parte decidir si contrata o no y con quién contrata. Esta libertad está limitada por normas administrativas referidas a la aprobación del contrato petrolero, a la selección del contratista y a la promoción de la inversión extranjera.

D) Principio de Vinculación: Es el que establece el CC, en aplicación del aforismo *pacta sunt servanda*, por el cual el contrato petrolero, celebrado como resultado de la común intención de las partes, constituye ley entre las partes. En este sentido el artículo 1361 establece que:

Artículo 1361 del CC peruano: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresa en el contrato responde a la voluntad común de las partes, y quien niega esa coincidencia debe probarla.

Por este principio, las partes en ejercicio de su autonomía privada, acuerdan la celebración de un contrato petrolero. Este contrato petrolero, celebrado legalmente, es de cumplimiento obligatorio para las partes contratantes, con la particularidad de que está sujeto a las garantías de un Contrato-ley.

E) Principio de Contrato-Ley: El artículo 12 de la Ley de hidrocarburos somete los contratos petroleros a los alcances del Contrato-ley previsto en el artículo 1357 del CC, el cual establece que:

Artículo 1357 del CC peruano: Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

De esta norma jurídica, se desprende que el contrato petrolero tiene la particularidad de ser, por un lado, un Contrato-Ley, y por el otro, de ser producto de la libre voluntad de los contratantes.

Someter el contrato petrolero al régimen del Contrato-ley tiene la finalidad de brindar garantías y seguridades a la inversión privada en hidrocarburos. Así, lo ratifica el último apartado del artículo 62 de la Constitución de 1993 cuando señala que:

Artículo 62 de la Constitución peruana:

(...)

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente. (El resaltado es nuestro)

De suerte que, el Contrato de Licencia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos es un “Contrato-Ley”, que es protegido por la Constitución del Estado y que solo puede ser modificado por acuerdo entre las partes: PERUPETRO y el Contratista.

F) Principio del Interés Público: El principio del interés público no está previsto expresamente en nuestra Ley de Hidrocarburos, como ocurre en la legislación colombiana, pero al someter la Ley de Hidrocarburos los contratos petroleros a los alcances del artículo 1357 del CC, sobre Contrato-ley, los vincula al interés público.

Artículo 1357 del CC peruano: Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato. (El subrayado es nuestro)

Este interés público se materializa a través del establecimiento de normas administrativas referidas a la aprobación de los contratos petroleros, a la selección del contratista y a la promoción de la inversión extranjera.

En otros términos, el contrato petrolero se genera dentro del marco del derecho privado como expresión de la autonomía privada, pero, además, está sujeta a una serie de normas jurídicas administrativas, que deben tenerse en cuenta en la formación del contrato petrolero y la selección del contratista. (Véase Esquema N° 10)

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS	PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL
<ul style="list-style-type: none">• Propiedad estatal• Interés general	<ul style="list-style-type: none">• Planeación• Fiscalización• Protección del medio ambiente• Libre competencia	<ul style="list-style-type: none">• Autonomía privada• Libertad contractual<ul style="list-style-type: none">• Libertad de contratación• De Vinculación• De Contrato Ley• De interés público

ESQUEMA N° 10: PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES A LOS CONTRATOS PETROLEROS

2.3.2.4. Principios jurídicos del derecho internacional.-

Los contratos petroleros celebrados entre empresas privadas extranjeras y los Estados son considerados, bajo la óptica del Derecho Internacional, como Contratos de Estado o State Contrats (Chueca 1989).

Estos contratos de Estado contienen cláusulas sobre los derechos y obligaciones de las partes; sobre normas técnicas, financieras, tributarias y contables y sobre el derecho aplicable al contenido de los contratos, así como al arreglo de las diferencias que surjan entre las partes.

De acuerdo al marco jurídico nacional y a lo dispuesto en las cláusulas de los contratos petroleros celebrados por PERUPETRO S.A. con las empresas multinacionales del petróleo, las controversias que surjan entre las partes están sometidas a arbitraje internacional a través del CIADI, pero bajo las reglas del derecho peruano. Incluso se prevé, en las cláusulas sobre aspectos técnicos que se observarán los usos y costumbres aplicables a la industria petrolera internacional. Además, el contrato petrolero peruano es considerado como un Contrato-ley como garantía de estabilidad a la inversión extranjera.

De lo expuesto, se desprende, en nuestra opinión, que en el contrato petrolero se aplica tanto el derecho interno como el derecho internacional. El derecho interno en la negociación y suscripción del contrato, así como derecho aplicable a la solución de las diferencias entre las partes por el tribunal arbitral.

Pero, además, se aplica el derecho internacional en tres niveles. El primer nivel alude a la solución de controversias mediante arbitraje internacional ante el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a las Inversiones), que conforme al art. 42 de la Convención de Washington de 1965 que crea el CIADI se establece que:

“El tribunal se pronuncia sobre la controversia de acuerdo con las reglas de derecho adoptadas por las partes”.

En este sentido, a decir de Weil (1981), el derecho interno es el ordenamiento jurídico de base que le brinda al contrato:

“...el carácter de un acto jurídico generador de derechos y obligaciones, da a las partes la facultad de elegir las reglas de derecho llamadas a regir sus relaciones y prevé cómo se determinaran estas reglas en ausencia de una elección expresada por las partes”.

En el caso de nuestro país, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que a decir de Chueca (1989) es relevante en materia contractual, las partes del contrato petrolero acuerdan la aplicación del derecho interno a las controversias

que puedan surgir entre ellas. En este caso, hay plena coincidencia entre el ordenamiento jurídico de base y el derecho aplicable al contenido del contrato.

El segundo nivel se refiere a los usos y costumbre aplicables a la industria petrolera internacional. En otros términos, nos encontramos frente a un caso de remisión, en nuestra opinión, al derecho internacional aplicable a la actividad de hidrocarburos.

Por último, el tercer nivel hace referencia a la aplicación del derecho internacional cuando el derecho interno transgrede principios jurídicos consagrados internacionalmente, como un reflejo de la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.

Ello se refleja en una sentencia arbitral sobre el caso Letco, citado por Chueca (1989), que reconoce los principios del derecho internacional que norman los contratos y su violación. Al respecto, la sentencia arbitral señala:

“El derecho del Estado (liberiano) contratante es reconocido como fundamental en su propio territorio, pero no por ello deja de estar sometido al control del Derecho Internacional» y “las normas y principios del Derecho Liberiano (aplicables, deben estar) conformes con los principios generalmente aceptados del Derecho Internacional que regulan la validez de los contratos y las consecuencias de su violación”. (El agregado es nuestro).

En cuanto a lo que concierne, concretamente a nuestro tema de investigación, lo expuesto nos muestra, una vez más, que es gracias al principio de la autonomía de la voluntad que podemos negociar con las empresas multinacionales la incorporación de cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros, a fin de establecer, preventivamente, el adecuado resarcimiento por los daños causados, ya sean de origen contractual o extracontractual

2.3.3. Notas distintivas del contrato petrolero peruano.-

Conforme a la Ley N° 26221, Ley de Hidrocarburos, PETROPERU S.A. está facultado a celebrar, en nombre del Estado peruano, Contratos de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Entonces el Contrato petrolero que se usa en el Perú es el Contrato de Licencia.

Entre las notas distintivas del Contrato de Licencia peruano podemos señalar que se trata de un contrato petrolero mixto, pues toma elementos propios de otros tipos de contratos petroleros, del Contrato de Producción Compartida y del Contrato de Servicio. De suerte que, del primero toma el elemento de que el Estado es propietario del petróleo en el subsuelo, mientras que del segundo, acoge el principio por el cual el Estado le retribuye a la empresa petrolera por su servicio concediéndole la propiedad absoluta sobre el petróleo extraído y su libre venta y exportación según la oferta y la demanda, a cambio del pago de una determinada regalía.

Como todo contrato petrolero, en el Contrato de Licencia peruano se estila colocar: la Identificación de la Partes, una Lista de Definiciones Aplicables al Contrato, las Cláusulas Relativas a las Actividades de Hidrocarburos, Procedimientos Contables, Contratos Accesorio como las Cartas Fianzas y Convenios de Evaluación Técnica.

El contrato de Licencia es resultado de la negociación de dos Partes bien determinadas: PERUPETRO S.A. y la Empresa Petrolera Contratista. PERUPETRO es el contratante y es una empresa estatal de derecho privado, que actúa en representación del Estado. El Contratista puede estar formada por una empresa petrolera o por la asociación de varias empresas, debido a la alta especialización y al volumen de inversiones que demanda la actividad de hidrocarburos.

Los hidrocarburos “in situ” son de propiedad del Estado, pero la propiedad de los mismos es transferido por PERUPETRO S.A. al Contratista, desde el momento de la suscripción del Contrato (art. 8 de la Ley N° 26221). Además, el Contratista se obliga a pagar al Estado, por intermedio de PERUPETRO S.A., la regalía en efectivo en las condiciones y en el plazo estipulado en el Contrato. (Véase Anexo N° 01)

La Lista de Definiciones que se establece al inicio del Contrato tiene por finalidad establecer el significado de los diversos términos técnico-jurídicos, que se emplean a lo largo del Contrato. Así, entre ellos se definen, a guisa de ejemplo, términos como: Hidrocarburo, Petróleo, Contrato, Partes, Contratista, Caso Fortuito o Fuerza Mayor, Exploración, Explotación, Supervisión, Subcontratista, entre otros. Sin embargo, entre ellos no figuran el Lucro Cesante y el Daño Emergente, por cuya inclusión en el contrato petrolero abogamos en el presente trabajo.

(Véase Anexo N° 02)

Las Cláusulas relativas a la Actividad de Hidrocarburos constituyen el cuerpo central del Contrato de Licencia y regulan los diversos aspectos vinculados esencialmente a la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Estas cláusulas versan fundamentalmente sobre aspectos técnicos, legales y financieros sobre la actividad petrolera. Además, se incorporan anexos relativos a contratos accesorios como las Cartas Fianzas Bancarias sin beneficio de excusión, irrevocable, incondicional y de realización automática. (Véase Anexo N° 03)

De manera que, como todo contrato, el contrato de licencia genera derechos y obligaciones entre las partes. Así, el contratista tiene fundamentalmente la obligación de producir petróleo y el derecho de venderlo, mientras que el contratante tiene el derecho de supervisar y percibir un pago a favor del Estado y la obligación de emitir las autorizaciones correspondientes.

Cabe recordar que históricamente, a nivel internacional, los contratos petroleros, en sus inicios se limitaban a regular aspectos relacionados básicamente a la propiedad de los hidrocarburos y al pago de regalías. Luego, a través del tiempo, y por las diversas coyunturas económicas y políticas que rodeaban a la actividad petrolera, se fueron incorporando diversas cláusulas referentes a: la exploración, explotación, desarrollo y producción; las obligaciones y derechos de las partes; la fijación de normas tributarias una vez iniciada la producción comercial y la resolución de disputas en la vía arbitral.

En tiempos más recientes, se incorporaron cláusulas relacionadas a la responsabilidad social de la empresa y a la protección del medio ambiente; por lo que, en esta lógica, consideramos conveniente que se incorporen, en los contratos petroleros que celebra PERUPETRO S.A. con la Empresa Petrolera Contratista, cláusulas referentes al lucro cesante y al daño emergente para el resarcimiento de los daños materiales que se produzcan por incumplimiento contractual, por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o por daños extracontractuales que se ocasionen a las Comunidades Nativas, a la biodiversidad y al medio ambiente.

2.3.4. Proceso de celebración del contrato petrolero peruano.-

Enseguida, nos ocuparemos del proceso de celebración de un Contrato de Licencia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Perú. Para ello, debemos tener presente que la actividad de PERUPETRO S.A. se desarrolla en tres momentos: (i) La Promoción de la Inversión en la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, (ii) La Licitación, Suscripción y Supervisión de los Contratos de Licencia y (iii) La Recaudación de las regalías en efectivo en el monto y en el plazo establecidos en el Contrato. (Véase Esquema N° 11)



ESQUEMA N° 11: ACTIVIDAD DE PERUPETRO

La celebración del Contrato Petrolero de Licencia, en sí, comprende dos etapas: la etapa precontractual, que corresponde al derecho público y la etapa de celebración y suscripción, que corresponde al derecho privado. El proceso de celebración es el siguiente:

Según el artículo 11 de la Ley N° 26221, Ley de Hidrocarburos, los contratos petroleros podrán celebrarse, a criterio del contratante, previa negociación directa o por convocatoria. Es decir, la administración pública, en primer lugar, debe exteriorizar su voluntad de celebrar un contrato petrolero, frecuentemente mediante licitación. Celebrado y suscrito que sea el contrato, se exige, además, según el segundo apartado del artículo citado, que sean aprobados por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas.

En otros términos, no basta con el simple acuerdo entre las partes contratantes, PERUPETRO S.A. y la Empresa Petrolera Contratista, como sucede en el derecho privado, de acuerdo al artículo 1351 del CC, según el cual el contrato es el acuerdo entre dos o más partes con contenido patrimonial, sino que además se requiere que se realice por escrito y que se expida un acto administrativo que lo convalide, como es el Decreto Supremo expedido por el Presidente de la República y que sea refrendado por los ministros del ramo. (Véase Esquema N° 12)



ESQUEMA N° 12: PROCESO DE CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO PETROLERO

Asimismo, conforme al artículo 12 de la Ley antes citada, una vez celebrados, aprobados y suscritos los contratos petroleros, solo podrán ser objeto de modificación por acuerdo escrito entre las partes. Esta modificación está sujeta al mismo trámite de convalidación indicado en el precedente párrafo.

En lo que respecta a la selección del contratista, debemos señalar que para calificar como empresa contratista y estar habilitada para iniciar negociaciones de un contrato con PERUPETRO S.A., debe reunir los requisitos legales para ser calificada como contratista, esto es, capacidad jurídica, económica, financiera, técnica, operacional, medioambiental y por concepto de responsabilidad social empresarial.

Esto está previsto en el D.S. N° 047-93-EM, que aprueba el Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras, previsto en el artículo 14 de la Ley N° 26221. De esta forma podemos precisar, que para calificar como empresa contratista debe tratarse de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, del sector de hidrocarburos. También se considera como empresa petrolera a las personas naturales que se dediquen a estas actividades.

Pueden presentarse como proponente individual o colectivo (ya sea como consorcios, uniones temporales o promesa de sociedad futura); deben constituir una sociedad y fijar domicilio en la capital de la República (artículo 15) y si es colectivo, serán solidariamente responsables ante el contratante por las obligaciones establecidas en el contrato (artículo 16).

Además, la empresa petrolera no debe encontrarse en situación de quiebra, no debe encontrarse impedida para contratar con el Estado, sus estados financieros deben estar auditados y debe acreditar su capacidad operacional, presentando información sobre las actividades de exploración y explotación realizadas en los últimos cinco años (artículo 4 del D.S. antes citado).

Asimismo, el artículo 10 del D.S. establece los elementos en base a los cuales se efectúa la evaluación de la capacidad técnica, económica y financiera y define qué se

entiende por estas capacidades. Los elementos que se toman en cuenta para la evaluación de estas capacidades son dos: a) La ubicación y extensión del área solicitada y b) El programa y el cronograma de inversiones requerido.

Se indica que se entiende por capacidad técnica a la experiencia y medios con que cuenta la empresa extranjera para realizar actividades petroleras, según las prácticas y técnicas aceptadas por la industria petrolera internacional.

Asimismo, la capacidad económica y financiera consiste en la solvencia, solidez y respaldo económico y financiero de la empresa petrolera, que garanticen la ejecución de sus obligaciones contractuales.

En cuanto a la capacidad medioambiental, esta se establece en el artículo 14 de la Ley de Hidrocarburos cuando a propósito de la calificación de la contratista se le exige:

“...el estricto cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente”.

Ello también se dispone en el artículo 10 del Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras cuando se señala que deben realizar la actividad petrolera:

“...con estricto cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente”.

Ni la Ley de Hidrocarburos ni el Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras hacen alusión a la responsabilidad social de las empresas. Ello, creemos, es muestra del inmenso poder económico de estas empresas al imponer sus condiciones a un Estado endeble que claudica en la protección de los intereses nacionales o que carece de suficientes expertos en materia jurídico-petrolera, que sin espantar a los inversionistas extranjeros y dentro de una regulación atractiva a la inversión extranjera, establezcan cláusulas que redunden en beneficio de las poblaciones aledañas a la industria petrolera, pues ella es un todo indivisible caracterizado por la inseparable identidad de sus objetivos, que van desde la perforación de un pozo hasta su uso por el consumidor final.

2.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CONTRATOS PETROLEROS

2.4.1. La responsabilidad civil.-

Sobre responsabilidad civil existe una literatura jurídica altamente especializada. No es nuestro propósito ahondar en el tema de la responsabilidad civil. Ello escapa a los fines del presente trabajo. Lo que nos interesa es tener conceptos claros y precisos, que nos sean de suma utilidad para el objetivo del presente trabajo: la determinación expresa y precisa del lucro cesante y daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros por incumplimiento contractual.

En este sentido, siguiendo a Cabanellas de Torres (1982), podemos definir la responsabilidad civil como:

“...la obligación de indemnizar a otro por el daño que se le ha inferido, otorgando el derecho de exigir su cumplimiento al responsable del daño”. (Cabanellas de Torres 1982)

Esta definición tiene la bondad de establecer que la empresa contratista incurrirá en responsabilidad civil contractual o aquiliana cuando calce en los supuestos fácticos, previstos en el contrato o la ley, que permitan activar el respectivo resarcimiento de daños por lucro cesante y daño emergente.

Asimismo, podemos señalar (Narvárez Álvarez 2008) que la responsabilidad civil:

“...es la obligación jurídica de indemnizar el daño causado por quien generó la lesión en los bienes o la persona de otro”.

Esta definición, llevada al campo petrolero, tiene una connotación más amplia, que la que hicimos referencia en relación al contrato petrolero, pues comprende, además, otros supuestos relativos al medio ambiente, la biodiversidad y el daño cultural.

Finalmente, nos parece oportuno acudir a la doctrina italiana (Roppo 1993, p. 63), la cual define, con meridiana claridad, a la responsabilidad civil como:

“Aquella situación del sujeto a quien le corresponde soportar las consecuencias, para él desfavorables de los daños sufridos por la víctima”.

En términos simples, en la doctrina civilista peruana (León Hilario 2011) señala que por la responsabilidad civil:

“El Derecho impone que una persona se haga cargo del deber de resarcimiento del daño causado a otro”.

Enseguida, nos avocamos al estudio de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, no sin dejar de hacer la salvedad de que recurrimos a esta clasificación para fines didácticos y expositivos, pues basta recordar, como se señala en la doctrina, que puede presentarse la protección aquiliana del crédito para dejar sin piso esta clasificación.

2.4.2 Objetivo de la responsabilidad civil.-

Hemos podido constatar que en la mayoría de ordenamientos jurídicos, incluido nuestro Derecho, la responsabilidad civil tiene como objetivo reparar el daño causado a la víctima, es decir, dejarla en la posición en que se encontraba antes de la producción del daño. (Santos Dávalos 2014)

Además, es necesario anotar que en el ámbito internacional (Santos Dávalos 2014), la compensación se sustenta en el principio establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de la Fábrica Chonzón, por el cual se sostuvo que:

“...la compensación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si dicho acto ilícito no se hubiera cometido”. (Santos Dávalos 2014)

Es por ello, como señala Santos Dávila (2014), en el arbitraje de inversión, lo que se busca es determinar “el valor justo de mercado”, entendido como:

“...el precio al que un activo sería vendido entre un comprador y un vendedor hipotéticos e independientes, si tuvieran información suficiente (...) e hicieran la transacción de manera prudente y sin coacción de ningún tipo”.

2.4.3 La responsabilidad civil contractual.-

En la responsabilidad civil contractual se lesiona los intereses jurídicos de una de las partes. (Véase esquema N° 13). Ahora bien, ¿qué se entiende por responsabilidad civil contractual?

Para León Hilario (2011), la responsabilidad civil contractual consiste en:

“La situación asumida por el deudor ante el incumplimiento imputable de una obligación, ya sea por la inexecución o por la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida”.

En estos términos se encuentra regulado en los artículos 1314 y ss. del CC.

ARTÍCULO 1314

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de una obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Esto mismo puede ocurrir durante la vida del contrato petrolero. Así, la empresa petrolera que contrata con el Estado peruano y no cumple con la prestación pactada o no lo hace correctamente, incurre en responsabilidad civil contractual que origina la obligación de resarcir por los daños causados por lucro cesante o daño emergente.

Al respecto, nos parece oportunas las reflexiones de Osterling (2003), quien señala con suma claridad que:

“La responsabilidad contractual se presenta por la inexecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad”.

Ello significa, aplicado al punto central de nuestro trabajo, que aunque el contrato petrolero tiene una naturaleza eminentemente ecléctica en cuanto le es

aplicable normas jurídicas del derecho público y el derecho privado, en lo que respecta a responsabilidad civil, que genera la obligación de indemnizar por lucro cesante o daño emergente, le es aplicable las normas jurídicas del derecho civil. En este sentido, la responsabilidad civil contractual, en un contrato petrolero, se sustenta en el incumplimiento contractual, es decir, por el incumplimiento de una obligación emanada del contrato, o en la ejecución defectuosa de la prestación.

Se exige que este incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sean imputables al deudor por dolo o culpa, es decir, que siguiendo la tradición francesa, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo para incurrir en este tipo de responsabilidad. Ello implica que si no se prueba el dolo o la culpa, no se incurre en responsabilidad. Al respecto, es pertinente tener en cuenta los artículos 1316 al 1320 del CC.

ARTÍCULO 1316

“La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor”

ARTÍCULO 1317

“El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”. (El subrayado es nuestro)

ARTÍCULO 1318

“Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

ARTÍCULO 1319

“Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

ARTÍCULO 1320

“Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Además, el supuesto imputado puede liberarse de responsabilidad si acredita que el evento dañoso se produjo por caso fortuito o fuerza mayor. Sobre este punto, debemos tener presente el artículo 1315 del CC.

ARTÍCULO 1315

“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

2.4.4. Análisis de la responsabilidad civil contractual en los contratos petroleros peruanos: L100-1; L130-1; L133-1 y LZ38-1.-

De los cuatro contratos petroleros a los que hemos tenido acceso, hay una serie de obligaciones cuyo incumplimiento genera que se incurra en responsabilidad y surja la obligación de indemnizar por lucro cesante o daño emergente.

A manera de ejemplos ilustrativos, pues los supuestos indemnizables por lucro cesante o daño emergente serán analizados en el último capítulo, podemos mencionar que en los contratos petroleros que hemos revisado para el presente trabajo (L100-1; L130-1; L133-1 y LZ38-1) se presentan como caso de incumplimiento contractual los siguientes:

- A) No realizar la actividad exploratoria en el plazo pactado.
- B) No cumplir con la cuota mensual de producción de barriles de petróleo según los términos del contrato.
- C) No iniciar la etapa de explotación, a pesar de haberse declarado de que se han hallado reservas de hidrocarburos con valor comercial.
- D) No cumplir con mezclar el petróleo pesado o bituminoso con petróleo ligero o dulce para que alcance un mejor precio en el mercado de petróleo.
- E) No cumplir con las buenas prácticas internacionales en la exploración y explotación del petróleo, entre otros supuestos que serán objeto de un mayor desarrollo en el capítulo de esta investigación.

Sin embargo, es oportuno señalar que en los contratos revisados, para los fines del presente estudio, se suele establecer de forma expresa las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, que liberan de responsabilidad por un incumplimiento contractual, a las partes contratantes. Es así que, tomando como referencia el contrato petrolero referido al Lote 130, celebrado entre PERUPETRO S.A. y CEPESA PERU S.A. el 2009, se señala puntual y expresamente que:

CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

“Ninguna de las Partes es imputable por la inejecución de una obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, durante el término en que dicha Parte obligada se vea afectada por causa de Caso Fortuito o Fuerza Mayor y siempre que acredite que tal causa impide su debido cumplimiento”.

Pero, como es característico en este tipo de contratos, que suelen iniciar su contenido con una lista de definiciones, que permitan entender los términos técnicos y jurídicos usados en el mismo, debemos concordar la cláusula antes citada con la siguiente cláusula:

CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES

“1.6 Caso Fortuito o Fuerza Mayor

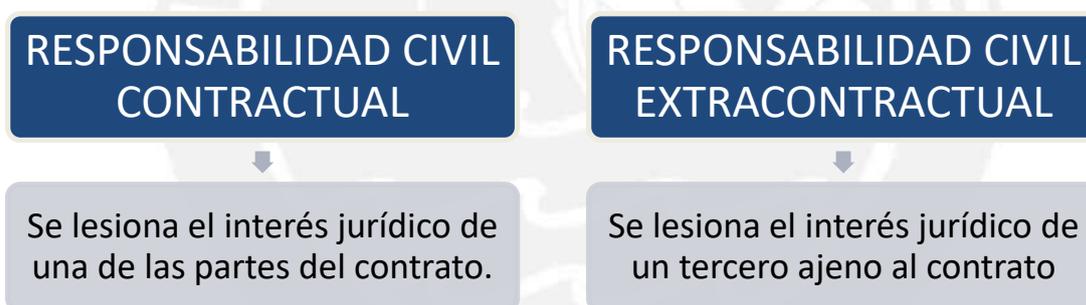
Se entiende como tal, entre otros los siguientes: incendios, temblores, terremotos, maremotos, derrumbes, avalanchas, inundaciones, huracanes, tempestades, explosiones, actos fortuitos imprevisibles, conflictos bélicos, guerrillas, actos terroristas, sabotajes, conmoción civil, bloqueos, demoras incontrolables en el transporte, huelgas, paros, imposibilidad de obtener, no obstante haberlo previsto, facilidades adecuadas para el transporte de materiales, equipos y servicios, así como las autorizaciones, aprobaciones, licencias y permisos a cargo de las autoridades competentes; o cualquier otra causa, ya sea similar o distinta de aquellas específicamente enumeradas aquí, que estén fuera del control razonable y no pudieran ser previstas, o que, habiendo sido previstas, no pudieran ser evitadas”.

Nótese que las obligaciones cuyo incumplimiento generan responsabilidad, así como las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, que venimos de enumerar, se centran fundamentalmente en el contratista. Ello se explica, fundamentalmente, por la sencilla razón de que en los contratos petroleros el Estado anfitrión, como propietario

de los recursos petroleros del subsuelo, le otorga a la contratista, mediante contrato, derechos que le permiten el aprovechamiento de dichos recursos a cambio del pago de una regalía y la actividad petrolera es ejercida fundamentalmente por el contratista, quien para llevarla a cabo asume una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso, genera responsabilidad y la obligación de indemnizar por lucro cesante o daño emergente.

2.4.5. La responsabilidad civil aquiliana.-

En la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, se lesiona los intereses jurídicos de un tercero ajeno al contrato. Ello ocurre potencialmente en la industria petrolera, que es una actividad de alto riesgo y que en el despliegue de su desarrollo puede atentar contra la biodiversidad, las personas y su patrimonio. Ello, evidentemente, puede producir daños potenciales que no se vinculan al contrato en sí, pero que generan una responsabilidad por la comisión de los mismos, susceptibles de ser resarcidos. (Véase Esquema N° 13)



ESQUEMA N° 13: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

En este sentido, siguiendo a Osterling (2003), podemos señalar que la responsabilidad aquiliana no se sustenta en un vínculo contractual, sino que:

“...se presenta por el ataque injustificado a un derecho que la ley cautela y que, por consiguiente, se obliga a reparar... (ya sea por lucro cesante o por daño emergente)...” (el agregado es nuestro)

En esto mismo sentido, León Hilario (2011) señala que la responsabilidad civil aquiliana:

“...es la sanción que el derecho impone contra los actos ilícitos civiles, bajo la cláusula general prevista en el art. 1969 del CC., por el cual quien causa un daño a otro tiene la obligación de indemnizarlo”.

Nuestro CC reproduce fundamentalmente lo mismo:

ARTÍCULO 1969

“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Esto quiere decir que, como para la determinación de la responsabilidad no se toma en cuenta el contrato, entonces lo que se toma como referencia es el evento dañoso que provoca un desequilibrio que impone al agente el deber de reparar. En otros términos, a diferencia de la responsabilidad contractual, en la que el responsable es claramente identificable por el incumplimiento contractual; en el caso de la responsabilidad aquiliana es necesario establecer el daño, quién es el responsable y si existe nexo de causalidad entre el imputado y el evento dañoso. Si ello ocurre, entonces se responde por los daños causados mediante una indemnización por lucro cesante y daño emergente. El estudio del daño y el nexo de causalidad serán objeto de estudio y reflexión en el capítulo tercero del presente trabajo.

En conclusión, a diferencia de la responsabilidad contractual, en el que los supuestos por los que se incurre en responsabilidad están señalados en el mismo contrato, en la responsabilidad extracontractual puede producirse por un sinnúmero de eventos dañosos, de ahí que se hable en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, en materia petrolera, de la reparación integral del daño. A manera de referencia, en el siguiente capítulo haremos una somera referencia a supuestos en los que se puede incurrir en responsabilidad extracontractual, que den lugar a la indemnización por lucro cesante o daño emergente como se verá en el último capítulo de nuestro trabajo.

2.4.6. La responsabilidad civil aquiliana en la Industria Petrolera: Estado – Empresa y Empresa – Población.-

La empresa petrolera puede incurrir en responsabilidad civil frente al Estado o frente a los particulares, su patrimonio y el medio ambiente. En el primer caso, esta responsabilidad resulta del contrato petrolero y genera la obligación de indemnizar por lucro cesante y daño emergente. En el segundo caso, se configura una responsabilidad civil aquiliana que da lugar a una indemnización por múltiples conceptos, que van desde del daño moral al daño cultural, sin perjuicio que sea factible de indemnizarse por lucro cesante o daño emergente.

Sin embargo, insistimos, la determinación del lucro cesante y el daño emergente por incumplimiento contractual es el propósito de nuestro trabajo, sin perjuicio de realizar una somera explicación de la responsabilidad civil extracontractual, que pueda producirse en una relación triangular entre el Estado, la empresa petrolera y la población.

Los contratos petroleros son las herramientas jurídicas que hacen posible el desarrollo de la industria petrolera. La determinación de la responsabilidad civil y el pago por lucro cesante y daño emergente, adquieren una peculiaridad distinta y compleja, por las características altamente complejas de la actividad petrolera: es de largo plazo, alto riesgo y demanda ingentes sumas de dinero para su exploración y explotación.

Ello explica que los Estados encarguen a las empresas petroleras transnacionales la economía del petróleo, fundamentalmente su exploración y explotación, pero insistimos en que resulta necesario establecer cláusulas claras y precisas, por las cuales se incurra en responsabilidad civil, que genere la obligación de indemnizar por lucro cesante y daño emergente. Ello en cuanto a la responsabilidad civil contractual.

Sin embargo, lo que acabamos de sostener no implica que se deje de lado la responsabilidad civil aquiliana en la que eventualmente pueda incurrir la empresa petrolera en el ejercicio de sus actividades. De esta forma, nos pronunciamos por que

tal responsabilidad abarque, de manera integral, todos los impactos dañosos generados con ocasión de la actuación de la misma. De manera que, no solo debe restringirse a los impactos en el medioambiente, en la biodiversidad y en las Comunidades Nativas, sino también debe incluir los impactos en la salud pública, en las condiciones socioeconómicas, el daño cultural y los diferentes efectos que se deriven de la actividad petrolera. (Narvárez Álvarez 2008)

Ello explica la necesidad de que el Estado diseñe un marco legal de hidrocarburos que contemple la indemnización de los particulares cuando son afectados en su propiedad o en sus bienes, como ocurre con la servidumbre petrolera o la indemnización por el uso del territorio de las Comunidades Nativas.

Consideramos que, ante los eventuales daños que pueda generar la contratista en el ejercicio de la actividad petrolera, el Estado no puede mostrarse indiferente. Su rol fundamental es velar por el desarrollo y bienestar de la Nación y, aunque debe regirse por el contrato celebrado con la contratista, ello no significa que claudique a su función esencial de servicio a la Nación. Claro está que debe velar por el cumplimiento de la ley y debe observar el debido cumplimiento de los contratos, pero si ocurriese que la empresa petrolera no asumiera su responsabilidad frente al daño causado, entonces al ente estatal no le queda otra opción que asumir él mismo el costo de los daños ocasionados.

De manera que los daños no deben quedar sin ser resarcidos, pues como señala el autor, antes citado, la obligación de responder por los daños causados se sustenta en el principio universal de justicia, que tiene como fin último indemnizar de los detrimentos que se ocasionen a los particulares como consecuencia del incumplimiento de una relación jurídica obligatoria.

Es por ello que Oilwatch (2006) señala que la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual:

“...es el instrumento jurídico que nos permite demandar a las empresas petroleras, no solo por los daños que resulten del incumplimiento contractual, sino también por los daños provocados en la biodiversidad, el medio ambiente y las comunidades nativas”.

En relación a la responsabilidad extracontractual, Forero Useche (2011) señala que esta se caracteriza por dos notas distintivas claramente diferenciables: a) Es objetiva y directa y b) Es diferenciada y compartida. Es objetiva, pues se asume por el ejercicio de la actividad riesgosa misma y directa, porque se establece la causalidad entre el autor y el efecto dañoso. Es diferenciada, ya que puede disgregarse en diversos grados: culposa, por actos de omisión intencional, imprudente o negligente y es compartida, por cuanto vincula tanto a la empresa contratista como al Estado. A la contratista, como principal responsable por todas las demandas por daños y, al Estado, por responsabilidad residual, al haber claudicado en su deber de garante y de supervisor de la protección de la biodiversidad del medio ambiente y de las comunidades nativas.

Finalmente, Oilwatch (2006) sostiene, y con lo cual concordamos, que se puede presentar casos de responsabilidad en los Estados, por la falta de control para asegurar la conservación de la biodiversidad y del medio ambiente, como del bienestar de las Comunidades Nativas. De modo que, como consecuencia de la trascendencia de los valores e intereses protegidos, esta responsabilidad estatal no prescribe debido a la magnitud de los daños que se ocasiona en el ejercicio de la actividad petrolera.

2.4.7. ¿Puede el contrato petrolero estar bajo protección aquiliana? La regulación jurídica italiana.-

Esta interrogante nace del aporte de la jurisprudencia y la doctrina italianas (Busnelli, 1963), por el cual se plantea la protección aquiliana del crédito. Esto significa, en otros términos, que una relación típicamente contractual puede ser lesionada no por el deudor, sino por un tercero.

En este caso el daño resarcible no es atribuible a ninguna de las partes contratantes, ya sea por inexecución de la obligación o por cumplimiento tardío o

defectuoso, sino que el daño proviene de un tercero ajeno al contrato y que hace imposible que este cumpla con su destino natural.

Piénsese en el caso de una empresa petrolera que no pueda ejecutar las actividades de hidrocarburos, porque las maquinarias adquiridas no llegaron a tiempo por una huelga portuaria o lo cumpla de manera defectuosa, porque tales maquinarias presenten alguna avería de origen.

En este supuesto, distinto a los otros antes analizados, el tercero no es el lesionado, sino por el contrario es a quien se le atribuye la lesión. Evidentemente, no hay vínculo contractual que enlace al tercero con las partes, por lo que nos parece adecuado que se recurra a la aplicación del principio jurídico universal, por el cual quien cause un daño a otro, por dolo o culpa, tiene la obligación de resarcirlo. En otros términos, a pesar de que se trata de una relación contractual, se está recurriendo a una protección de carácter extracontractual, valga la redundancia, como es la aquiliana.

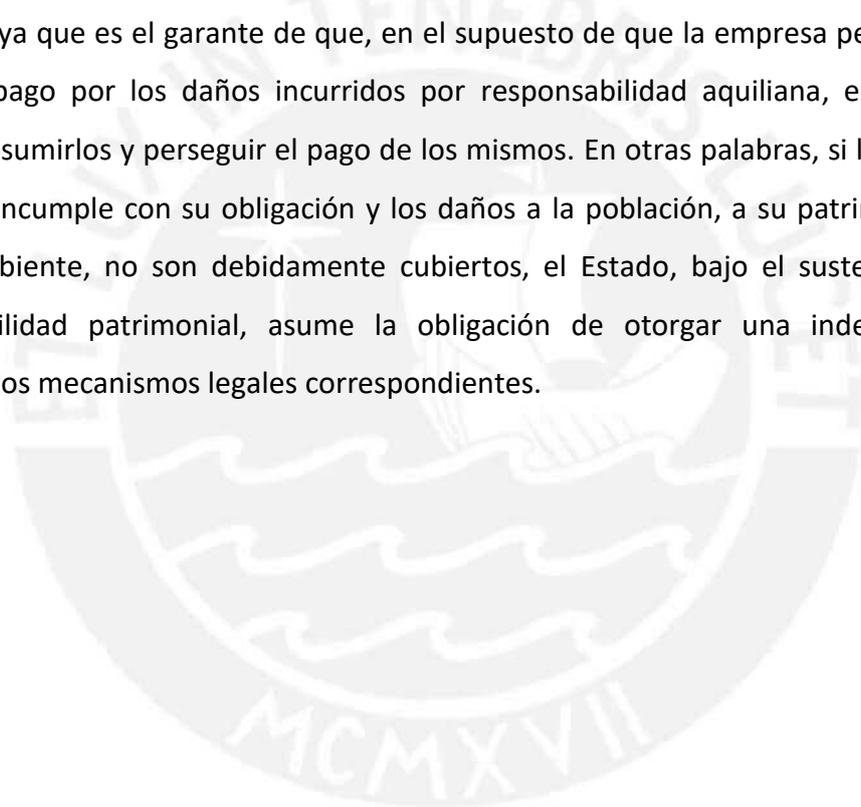
2.4.8. Responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial en materia petrolera.-

La responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial son dos instituciones que pertenecen al campo de las obligaciones. Pero son distintas. A decir de Breccia (1991), por la responsabilidad patrimonial se afecta el universo del patrimonio del deudor, con todos sus bienes presentes y futuros, a la ejecución de un crédito que no ha sido honrado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad patrimonial es claramente distinta a la responsabilidad civil, porque no hace que surja ningún deber para el responsable, ya de por sí vinculado al cumplimiento de la obligación; en cambio, en la responsabilidad civil, sí nace un deber del responsable de resarcir el daño, ya sea por incumplimiento de la obligación o por cumplimiento defectuoso, ya sea por la comisión de un acto ilícito.

¿Es aplicable lo expuesto en materia petrolera? Creemos que sí. Como sabemos, toda empresa petrolera puede incurrir en responsabilidad civil contractual o extracontractual, por los daños causados en el ejercicio de las actividades de hidrocarburos. Se incurre en responsabilidad contractual por inejecución de la obligación o por su cumplimiento tardío o defectuoso; se incurre en responsabilidad extracontractual por los daños causados en la población, su patrimonio o en el medio ambiente. En ambos supuestos, la empresa asume el pago de un resarcimiento por lucro cesante o por daño emergente.

Sin embargo, ¿cómo aparece la responsabilidad patrimonial? Esta corresponde al Estado, ya que es el garante de que, en el supuesto de que la empresa petrolera no honre el pago por los daños incurridos por responsabilidad aquiliana, entonces le compete asumirlos y perseguir el pago de los mismos. En otras palabras, si la empresa petrolera incumple con su obligación y los daños a la población, a su patrimonio y al medio ambiente, no son debidamente cubiertos, el Estado, bajo el sustento de su responsabilidad patrimonial, asume la obligación de otorgar una indemnización mediante los mecanismos legales correspondientes.





CAPÍTULO 3

EL DAÑO EN LA ACTIVIDAD PETROLERA

3.1. EL DAÑO

El Derecho es el resultado de la inteligencia humana, que persigue alcanzar una sociedad más justa, así como la convivencia pacífica y civilizada de sus miembros. Mas es inevitable que en el desenvolvimiento de las relaciones humanas, se produzcan eventos dañosos como un accidente de tránsito, un acto de difamación o un derrame de petróleo, que originen la obligación a reparar a los afectados con dichos eventos, bajo la premisa del célebre aforismo jurídico que reza: “Quien causa un daño a otro tiene el deber de indemnizarlo”. (Art. 1969 CC)

Este capítulo tiene como propósito no solo entender el concepto jurídico de daño en general, sino, en especial, enfocarnos en el concepto de daño en materia petrolera. Para este fin creemos necesario diferenciar entre el daño contractual, y el daño producto de la responsabilidad civil extracontractual, pues el impacto del lucro cesante y el daño emergente, será distinto, según el tipo de daño de que se trate.

Dejamos constancia, de antemano, que en la doctrina se han desarrollado muchos trabajos en relación a la responsabilidad aquiliana en materia petrolera; en cambio, en cuanto a responsabilidad civil contractual los trabajos son escasos, por lo que nuestra labor, en muchos casos, se sostendrá en la construcción de criterios aplicables a la responsabilidad que resulta del incumplimiento contractual o del cumplimiento defectuoso en materia petrolera, que da lugar a la indemnización por lucro cesante y daño emergente.

3.1.1. Definición.-

En una primera aproximación, el daño puede entenderse como:

“...detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes”. (Cabanellas de Torres 1980)

Para el derecho romano, el daño:

“...comporta una conducta antijurídica, lo cual implica evidentemente un nexo de causalidad entre el evento dañoso y el autor del mismo”. (Iglesias 1982)

Téngase presente que en nuestra legislación civil, no se toma en cuenta la antijuricidad como un elemento para establecer la responsabilidad civil por el daño causado como sí ocurre en la legislación germana como en la argentina.

También se considera que daño es sinónimo de perjuicio y que es:

“...el detrimento que sufre una persona por la inejecución de una obligación. Además, para ser reparado, el daño debe ser cierto y no hipotético”. (Osterling Parodi y Castillo Freyre 2003)

Por nuestra parte, consideramos que, en materia contractual petrolera, resulta de mucha utilidad la concepción que entiende el daño como un perjuicio resultado de la inejecución de una obligación o de un cumplimiento defectuoso que, para efectos del presente trabajo, que da lugar a la responsabilidad civil contractual, frente a lo cual la determinación del lucro cesante y el daño emergente resulta trascendental. No negamos la importancia de los daños producidos extracontractualmente a las poblaciones, al medio ambiente o a la biodiversidad, pero, aunque no es el propósito central de nuestro trabajo, haremos referencia a ellos, porque resultan relevantes para la sociedad.

3.1.2. Teorías.-

No existe una concepción uniforme acerca de la noción de daño. Tal es así que la noción de daño, su clasificación y sus alcances son motivo de arduos debates en la doctrina y, a lo sumo, suele ser planteado en los tribunales cuando emiten su jurisprudencia, puesto que la noción de “quien causa un daño a otro tiene la obligación de indemnizarlo” es tan laxa, que admite una infinidad de tipos de daños, según la capacidad de inventiva de los abogados, a tal punto que puede hablarse desde el daño material hasta el daño existencial o del proyecto de vida.

De manera que, sobre la noción de daño existen posturas divergentes y hasta contrapuestas en la doctrina. Ello nos obliga a indagar sobre su naturaleza y alcances para establecer una línea clara y coherente de lo que debe entenderse por daño en el ejercicio de la actividad petrolera (Monateri 1998).

Así, para un sector de la doctrina consiste en la afectación de un interés por un hecho ilícito; otros, siguiendo la tradición romanística, lo identifican con el menoscabo de un derecho o un bien jurídico y, finalmente, hay quienes sostienen, desde una perspectiva dogmática y formal, que es producto de la violación de un interés o derecho jurídicamente protegido.

Concordamos con la postura formal que establece que el daño es producto de la afectación de un interés jurídicamente protegido, pues se trata de una situación subjetiva, cuya protección tiene su respaldo en el derecho sustancial producido por el Estado y en las cláusulas contractuales, que son resultado de la autonomía privada y a las que las partes acordaron someterse, siempre y cuando no sean contrarios a la ley, al orden público ni afecten a terceros.

Sin embargo, no desmerecemos la posición de Frúgoli (2009), quien ensayando una definición integradora sobre el daño señala que:

“... el daño es un concepto unitario que abarca la lesión o lesiones y la resarcibilidad de la proyección o (como generalmente ocurre) proyecciones del menoscabo de la persona, producida/s por el hecho causa fuente de la obligación”.

Esta definición, evidentemente, va más allá de los daños de origen contractual, pero que es útil para situaciones propias de la responsabilidad extracontractual.

3.1.3. Clases.-

Tal importancia ha alcanzado el estudio del daño como fenómeno jurídico, que se le ha individualizado como objeto de estudio del derecho al punto que hoy en la Doctrina se habla de un Derecho de Daños. Esta postura nos es útil para entender el

porqué de la multiplicación de los tipos de daños, con la consecuente “inflación” de las reparaciones. En ese sentido, asumiendo el riesgo que supone toda clasificación, que se justifica más por razones didácticas y que muchas veces resultan ser arbitrarias, encontramos en la doctrina (Frúgoli 2009), tres amplias teorías que engloban los diversos tipos de daños:

- a) La teoría que establece una única clasificación en dos daños: el daño moral y el daño patrimonial (Trigo Represas – López Mesa 2005).
- b) La teoría que establece un *tertium genus*, fuera del daño moral y el daño patrimonial (Iñiguez, 2009).
- c) La teoría que habla de una clasificación sustentada en el daño a la persona y de la cual se desprenden diversas subclasificaciones (Mossetiturraspe 2009; Burgos 2009; Fernández Sessarego 1986).

Frente a esta clasificación León Hilario (2011) señala que existen dos modelos sobre la clasificación de los daños: (i) El Modelo Alemán, que clasifica el daño en patrimonial y no patrimonial y (ii) El Modelo Francés, que lo clasifica en material y moral. (Véase Esquema N° 14)

MODELO ALEMÁN

- Daño patrimonial
- Daño no patrimonial

MODELO FRANCÉS

- Daño moral
- Daño material: lucro cesante y daño emergente

ESQUEMA N° 14: CLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS

El modelo alemán se sustenta en el principio de que solo se compensa cuando se afectan derechos, frente a lo cual la doctrina italiana postuló que solo se compense cuando se afecte un interés jurídico tutelado.

Asimismo, la doctrina alemana entiende por daño patrimonial todo aquello que menoscabe el patrimonio de una persona; no obstante, cabe recalcar que ello también se extiende a la afectación de la capacidad de generar riqueza.

En cuanto al daño no patrimonial, la postura germánica señala que este se compensa solo cuando así lo establece la ley. Ahora bien, como regla general no se conceden daños no patrimoniales en el campo de las obligaciones (responsabilidad contractual); sin embargo, en algunos, a pesar de tratarse de incumplimiento de obligaciones, se conceden daños no patrimoniales. Así, por ejemplo, la relación entre la empresa petrolera y un ingeniero de petróleo por prestación de servicios, es de carácter contractual, pero, si con motivo del ejercicio de su actividad, se producen daños en su integridad física, debe resarcirse como daño no patrimonial.

El modelo francés es el que acoge el derecho peruano. Este modelo opone el daño moral al daño material. De manera clara y sencilla, se afirma que el daño moral es lo ficticio y el daño material es lo tangible.

El daño moral presenta dos categorías: a) El dolor como padecimiento anímico, que es el daño moral en sentido estricto y que tiene carácter temporal, pues el hombre no puede encontrarse permanentemente en dolor; y b) La violación de los derechos de la personalidad (daño a la salud, a la integridad física, el daño biológico, etc.), que tiene carácter permanente y, por ende, es irreversible. Cabe agregar que por el daño moral se cumple la función punitiva o sancionadora de la reparación civil. Además, se valoriza según el criterio de EQUIDAD, pues no es posible probar su *quantum*. Por último, no es posible aplicar al daño moral el lucro cesante y el daño emergente, los cuales solo se restringen al daño material.

Por su parte, el daño material también presenta dos categorías bien conocidas:

a) El daño emergente, que está representado por una pérdida económica que se determina contablemente y que suele incluir, no solo los gastos de curación y sepelio, sino también la “*pérdida de la chance*”, es decir, de la oportunidad de obtener una utilidad o ganancia futura y;

b) El lucro cesante, que es el beneficio o ganancia que se dejó de obtener producto del daño causado.

Este daño material se vincula a una obligación contractual y no se transmite a los herederos. Sobre el lucro cesante y el daño emergente ahondaremos en el siguiente capítulo.

Aunque estas teorías resultan valiosas para entender los tipos de daños, para los efectos de nuestro presente trabajo, proponemos una clasificación de los daños en:

- a) Daños de origen contractual y
- b) Daños de origen extracontractual.

De esta forma, ubicamos nuestra investigación principalmente dentro de los daños de origen contractual, como resultado del incumplimiento de las obligaciones relevantes del contrato o por su cumplimiento defectuoso. Sin embargo, hacemos una somera alusión a los daños de origen extracontractual, por los daños que la actividad de hidrocarburos produce en la población, su patrimonio o en el medio ambiente. No olvidemos que ya antes hemos deslizado la posibilidad de la protección aquiliana de una relación contractual.

3.2. EL DAÑO EN LA ACTIVIDAD PETROLERA

Después de haber revisado la noción del daño en general, hemos establecido que el tipo de daño que interesa, a los fines del presente trabajo, es el daño material, que es el único resarcible por daño emergente o lucro cesante, sin importar que provenga de un daño de origen contractual o extracontractual. Sin embargo, nos resulta de interés abordar no solo los daños de origen contractual, sino también los de

carácter extracontractual, pues durante la vida del contrato petrolero pueden generarse ambos tipos de daños.

3.2.1. Definición.

La actividad petrolera es una actividad económica de cuantiosas inversiones, de alta tecnología y de alto riesgo, por lo que es inevitable que se produzcan una infinidad de daños. Así, durante la vida del contrato puede producirse un derramamiento de petróleo, incendios en el tendido del oleoducto o imprevistos en la perforación de los pozos, que originen que el contratista incumpla con lo pactado, que cumpla en forma parcial, defectuosa o tardíamente o que produzca daños en la población, su patrimonio, en la biodiversidad o el medioambiente.

Frente a estos supuestos, es necesario establecer la debida responsabilidad civil, pues si no es atribuible al caso fortuito o fuerza mayor, que lo liberan de responsabilidad, entonces el incumplimiento total o parcial o cualquier otro daño extracontractual, le es imputable, y se debe resarcir por lucro cesante y daño emergente.

Huelga decir que los eventos dañosos que impactan en la población, en la biodiversidad y en el medio ambiente, muchas veces son de largo plazo, de carácter acumulativo y generan sinergismos con otros elementos ambientales o en la salud humana (Frúgoli 2009). En este caso, evidentemente, los perjudicados tienen todo el derecho a demandar el respectivo resarcimiento de daños por responsabilidad civil aquiliana.

No hemos encontrado una definición de daño en la actividad petrolera en materia contractual, por lo que nos atrevemos a formular la siguiente empleando algunos de los elementos de los autores antes citados:

“El daño en la actividad petrolera, en materia contractual, es el perjuicio o detrimento que resulta del incumplimiento de las obligaciones relevantes del contrato o de su cumplimiento defectuoso, que da lugar a que se incurra en responsabilidad civil y que

genera la obligación del pago de un resarcimiento del daño por lucro cesante o daño emergente.

Evidentemente, debe tratarse del incumplimiento de una obligación relevante, entendiéndose por obligación relevante a la que se vincula a la finalidad esencial del contrato petrolero: producir petróleo y pagar la correspondiente regalía.

La definición propuesta solo es válida para el ámbito contractual, es decir, únicamente es aplicable para los daños que resulten del vínculo contractual entre la contratista y el Estado anfitrión.

Sin embargo, ello no impide a que por nuestra parte formulemos una definición más amplia que comprenda todo tipo de daños, en especial los que generan una responsabilidad extracontractual. Así, entendemos por daño en la actividad petrolera en sentido lato como:

“El perjuicio o menoscabo que ocasiona una empresa, en el ejercicio de la actividad petrolera, no solo en la persona y los bienes de las personas naturales, sino también en la biodiversidad, en el medio ambiente, en las Comunidades nativas y en su cultura”.

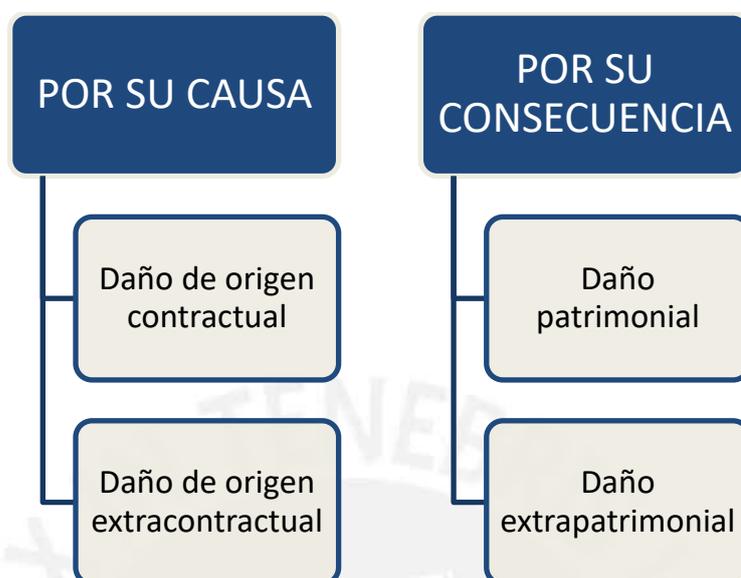
Esta definición no solo toma en cuenta los intereses individuales, en cuanto a su persona y a sus bienes, sino también los intereses generales, pues las poblaciones tienen derecho a un medio ambiente libre de contaminación, así como al respeto de su cultura y costumbres. En el siguiente acápite, abordaremos los diferentes tipos de daños que se producen con ocasión del ejercicio de la actividad petrolera.

3.2.2. Clases.-

Podemos clasificar el daño en la actividad en la actividad petrolera en dos clases:

a) Por su causa en: Daño de origen contractual y Daño de origen extracontractual y;

b) Por su consecuencia en: Daño patrimonial y Daño extrapatrimonial. Veamos cada una de estas clases. (Véase Esquema N° 15)



ESQUEMA N° 15: CLASES DE DAÑOS EN LA ACTIVIDAD PETROLERA

3.2.2.1. Por su causa.-

En la actividad petrolera pueden presentarse, por su fuente u origen, dos clases de daños: a) Los que provienen de un contrato petrolero, ya sea por la inejecución de una obligación o por su cumplimiento tardío o defectuoso, lo cual obliga a la empresa petrolera a resarcir al Estado el daño ocasionado por lucro cesante o daño emergente; y b) Los que provienen de una relación extracontractual en ejercicio de la actividad petrolera, por daños a la población, a su patrimonio, al medio ambiente o a la biodiversidad, que generan la obligación de resarcir, en aplicación de la cláusula general prevista en el artículo 1969 del CC, según la cual quien causa un daño a otro tiene la obligación de indemnizarlo. (Santos Dávalos 2014)

Aunque esta distinción de la fuente de los daños en contractual y extracontractual, suele ser criticada en la Doctrina, consideramos con Santos Dávalos (2014), que resulta de suma trascendencia, puesto que los tipos de responsabilidad, contractual o extracontractual:

- (1) Están sujetos a distintos plazos de prescripción.
- (2) Tratan de forma diferenciada los daños imprevisibles, así en la responsabilidad contractual el deudor solo responde por los daños previsibles.
- (3) Aprecian en forma distinta la culpa del actor. En la responsabilidad contractual, se requiere de dolo o culpa grave, leve o levísima; en la extracontractual, basta con establecer la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño, sin que medie dolo o culpa.
- (4) Regula de distinta forma el daño moral. De manera que se pueden resarcir los daños morales derivados del incumplimiento contractual.

En síntesis, determinar la causa eficiente del daño es un factor relevante para establecer el *quantum* del resarcimiento debido al deudor.

Veamos, enseguida, por separado, el daño de origen contractual y el de origen extracontractual.

3.2.2.1.1. Daño de origen contractual.-

Es el que proviene de un contrato petrolero, por el incumplimiento de una obligación preexistente. Un caso concreto de este incumplimiento se presenta, por ejemplo, cuando el operador no cumple con la cuota mínima de producción de barriles de petróleo diario. En este caso nos encontramos frente a un caso de responsabilidad civil contractual, cuyos supuestos deben estar claramente previstos en el respectivo contrato. A estos tipos de daños de carácter contractual, hemos hecho referencia en el segundo capítulo al analizar la responsabilidad contractual en los contratos petroleros peruanos L100-1; L130-1; L133-1 y LZ38-1.

En dichos contratos, se presentan como caso de incumplimiento contractual, que causen un daño a la contraparte contractual, los siguientes:

- A) No realizar la actividad exploratoria en el plazo pactado.

- B) No cumplir con la cuota mensual de producción de barriles de petróleo según los términos del contrato.
- C) No iniciar la etapa de explotación, a pesar de haberse declarado de que se han hallado reservas de hidrocarburos con valor comercial.
- D) No cumplir con mezclar el petróleo pesado o bituminoso con petróleo ligero o dulce para que alcance un mejor precio en el mercado de petróleo.
- E) No cumplir con las buenas prácticas internacionales en la exploración y explotación del petróleo, entre otros supuestos que serán objeto de un mayor desarrollo en el capítulo de esta investigación.

3.2.2.1.2. Daño de origen extracontractual.

Se refiere a todo daño que no es contractual. Este daño se configura cuando se genera un daño que el perjudicado no está jurídicamente obligado a soportar y, por ende, que no deriva del incumplimiento de una obligación preexistente. Este daño se origina recurrentemente con ocasión de la comisión de delitos o ilícitos civiles.

De manera que, el daño de origen extracontractual proviene de una relación extracontractual, que no tiene su origen en el contrato, en el ejercicio de la actividad petrolera. En este caso se configura un caso de responsabilidad civil aquiliana, aplicable a los daños ocasionados con motivo de la ejecución de las actividades inherentes a la industria petrolera, que linden con la comisión de delitos o ilícitos civiles.

En este sentido, el concepto de daño esbozado por Frúgoli (2009), sobre la concepción unitaria del daño, nos permite abarcar no solo los daños de origen contractual, sino también los daños que dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual en la actividad petrolera porque une, de manera indisoluble, las nociones jurídicas de lesión y de resarcibilidad, aplicándolo no solamente a las personas, sino que lo extiende incluso al medio ambiente, a la biodiversidad, al territorio e incluso a la cultura de los pueblos afectados.

Siguiendo el criterio planteado, consideramos pertinente proponer la siguiente clasificación de los daños en materia petrolera, que se originan de la responsabilidad aquiliana, con un criterio meramente ilustrativo y complementario de nuestro trabajo, que comprenda los siguientes puntos: (i) Daño a la biodiversidad; (ii) Daño al medioambiente, que comprende: el daño al ecosistema marino y el daño al ecosistema terrestre; Daño a las Comunidades Nativas, que abarca a su vez: el daño a la economía y el daño a la cultura y costumbres (Forero Useche 2011).

3.2.2.1.2.1. Daño a la biodiversidad.-

Nuestra biodiversidad se ve fundamentalmente afectada en la selva, donde la implementación de las distintas fases de la actividad petrolera, desde la tala de árboles, pasando por la construcción de carreteras, hasta el derrame de petróleo altera toda la biodiversidad y contamina y extingue la flora y la fauna de la zona.

Para realizar la actividad petrolera, se hace inevitable la deforestación, por la necesidad, que tiene el contratista, de clarear el bosque amazónico para levantar los campamentos y la infraestructura, que le permitan llevar adelante la economía del petróleo.

Aunque este daño va de la mano con la destrucción del medio ambiente y el perjuicio de la salud de los pobladores de las Comunidades Nativas, consideramos necesario analizarlos por separado, con el fin de reflejar la dimensión del daño, por lo cual la respectiva indemnización debe ir acorde a la gravedad del perjuicio causado.

3.2.2.1.2.2. Daño al medioambiente.-

La industria petrolera suele tener inevitablemente un impacto negativo en el medio ambiente. Tan es así que un caso recurrente de daños al medio ambiente está representado por el derrame de petróleo por rotura de los oleoductos. Ello genera la obligación de la empresa petrolera de resarcir por tales daños. Pero no basta con tomar las debidas medidas de limpieza y restauración de las zonas afectadas, sino que además debe indemnizarse por lucro cesante y daño emergente a las personas afectadas.

En este sentido, como el contratista es el responsable de las diversas operaciones petroleras, esta responsabilidad se extiende sobre todas las actividades necesarias para mitigar o resolver todo daño producido en el medio ambiente. Bajo esta línea de razonamiento, las leyes prevén que el contratista sea quien repare el daño que ha ocasionado en el medio ambiente o compense adecuadamente a los afectados.

Ello se refleja en los contratos petroleros cuando establecen que deben cumplir con la ley aplicable y realizar las operaciones petroleras, de acuerdo a las buenas prácticas internacionales de la industria petrolera. Así, en el contrato petrolero referido al Lote 100, celebrado entre PERUPETRO S.A. y COMPAÑÍA CONSULTORA DE PETRÓLEO S.A., celebrado el 2004 se expresa que:

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: PROTECCIÓN AMBIENTAL Y RELACIONES COMUNITARIAS

“13.1 El Contratista, de acuerdo a ley, cumplirá las normas y disposiciones del ‘Reglamento de Medio Ambiente para las Actividades de Hidrocarburos’ aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM y modificatorias, del Decreto Legislativo N° 613 ‘Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales’ y demás disposiciones pertinentes. Para este efecto, de ser necesario, PERUPETRO facilitará las coordinaciones entre el Contratista y las autoridades competentes”.

El daño al medio ambiente comprende, asimismo, el daño al ecosistema marino y el daño al ecosistema terrestre. Veamos cada uno de ellos.

A) Daño al ecosistema marino:

Se produce por el derrame de petróleo en el mar. Ello produce que la nata de petróleo quede flotando sobre la capa marina, lo cual produce que la luz solar no pueda entrar en el mar, afectando el proceso de la fotosíntesis, que impacta negativamente en los microorganismos y que altera sucesivamente toda la cadena alimenticia en el mar.

Casos emblemáticos de derrame de petróleo son los que ocurrieron en Nigeria en el 2008 y el del Golfo de México en el 2010. En el primer caso, la empresa petrolera

anglo-holandesa Shell produjo un derrame de petróleo en el delta del río Níger, afectando a 15,600 pescadores de la zona. La empresa llegó a un acuerdo para pagar a los afectados una compensación de \$84 millones de dólares, con lo cual se pagará a cada pescador \$3,300 dólares y los \$30 millones de dólares restantes se destinarán a la comunidad devastada por el derrame de petróleo.

En este caso, se incurrió en grave negligencia y se están resarcando los daños materiales de una forma diminuta y no diferenciada, pues debió precisarse, que además del pago del lucro cesante y el daño emergente, también debió resarcirse el daño moral o daño a la persona, así como el daño medioambiental. En este caso la compensación resulta insuficiente y reducida como se verá al analizarse el caso del derrame de petróleo en el Golfo de México.

En el 2010, se produjo un derrame de petróleo equivalente a cinco millones de barriles de crudo en el Golfo de México, cuando la plataforma petrolera Deepwater Horizon, de propiedad de la compañía Transocean, operada por British Petroleum Co, explota y se incendia, causando graves estragos en la flora y fauna marina. En el 2015, la empresa petrolera llegó a un acuerdo con la justicia estadounidense y con los cinco Estados afectados (Alabama, Florida, Luisiana, Misisipi y Texas) para pagar \$18,700 millones de dólares en un plazo de 18 años.

Este monto es astronómicamente superior al otorgado a Nigeria, suficiente no solo para cubrir el lucro cesante y el daño emergente, sino también los daños a la persona y el daño medioambiental. Quizás esta diferencia, con el caso nigeriano, responda a diferencias de nivel de precios y de costo de vida.

B) Daño al ecosistema terrestre:

Se produce por el derrame de petróleo en la superficie terrestre. Las costas, playas, rocas, ríos y lagos, se cubren de petróleo y toda la flora y fauna se contamina y se extingue. Un caso recurrente que podemos citar, a propósito de este tipo de daño, es el derrame de petróleo que se produce en la selva peruana en el oleoducto

norperuano, que provoca graves daños en los procesos del ecosistema, además de causar graves daños en la vida y la salud de las poblaciones nativas de la zona.

En este caso la OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental), determinó mediante Resolución Directoral N° 844-2015-OEFA/DFSAI, la responsabilidad administrativa de PETROPERU S.A. por incumplimiento de las acciones de mantenimiento, del plan de contingencia para detectar y controlar a tiempo los derrames ocurridos y por derramar petróleo al ambiente provocando daño a la flora, a la fauna y daño potencial a la vida y a la salud humana. Asimismo, se estableció medidas correctivas para mitigar tales daños.

Sin embargo, consideramos que ello no impide que se llegue a un arreglo con los pobladores para otorgar una compensación suficiente que cubra los daños materiales, personales y medioambientes ocasionados, sin perjuicio de que los pobladores afectados puedan demandar en sede judicial el debido resarcimiento por los daños causados.

Consideramos que los pobladores también deberían contar con la posibilidad de demandar el resarcimiento de daños en la vía arbitral. Normalmente se reserva esta vía a las partes intervinientes en el contrato petrolero: el Estado y la multinacional. Pero, creemos, que esta atribución también debería otorgárseles a los pobladores nativos, en la lógica de elevar (Hernández Zubizarreta 2015) a Derecho Humano el Derecho a una Reparación Justa por los Daños Causados, en especial, por los causados por las empresas petroleras multinacionales.

Asimismo, sostiene Hernández Zubizarreta (2015) que los contratos comerciales, como los contratos petroleros esgrimen como fundamento de defensa para la inversión, la “seguridad jurídica” y la protección de los contratos (lo que en el Perú se hace mediante los Contratos Ley). En tal sentido, los tribunales internacionales de arbitraje solo acogen las demandas de las empresas multinacionales y de los Estados y no las de los individuos, reflejando no solo una asimetría inaceptable en

beneficio de las multinacionales, sino olvidando, además, que el derecho internacional de los DD.HH. es jerárquicamente superior a las normas comerciales y de inversiones.

Es en este sentido que, el autor antes citado plantea: "...la creación de una Corte Mundial de Empresas Transnacionales y Derechos Humanos, que reemplace a los actuales tribunales internacionales arbitrales que solo favorecen a los intereses de las empresas transnacionales".

3.2.2.1.2.3. Daño a las Comunidades Nativas.

Existen cientos de Comunidades Nativas en la Selva peruana y ellas se encuentran directamente perjudicadas por la actividad petrolera, que despliegan las empresas transnacionales del petróleo si tomamos en cuenta que, más del 70% de la Amazonía está cubierta por lotes para exploración y explotación petrolera, los mismos que se superponen a áreas naturales protegidas y territorios indígenas. De manera que, un derrame de petróleo, como el mencionado antes, evidentemente causa un enorme daño a la biodiversidad y a las Comunidades Nativas, no solo en su economía, sino también en su cultura y sus costumbres.

No debemos olvidar que mediante D.S. N° 012-2008-EM, se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de Hidrocarburos, que implementa en nuestro derecho el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Este Convenio ratificado por el Estado es de suma trascendencia, pues señala fundamentalmente:

"Que en caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o 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...".

Este Convenio exige que se consulte a los pueblos indígenas si están de acuerdo con la explotación de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo de su

territorio; sin embargo, en la práctica los gobiernos de turno se muestran reacios a ejecutar esta sana práctica democrática.

El daño a las Comunidades Nativas abarca, a su vez, el daño a su economía y el daño a su cultura y costumbres.

A) Daño a su economía:

En toda sociedad humana, el componente económico suele ser fundamental en la actividad social. Por ello, en cuanto a su economía, los pobladores de la selva presentan una estructura económica simple, ya que viven de la pesca en los ríos y de los recursos que le brinda la selva; sin embargo, los recurrentes derrames de petróleo contaminan los ríos que son fuente de alimento y agua para estos pueblos. Es obligación del Estado velar por el bienestar de estos pueblos que son una muestra de la interculturalidad bajo la cual vive nuestro país.

B) Daño a su cultura y costumbres:

La cultura y las costumbres representan la impronta que caracteriza a toda sociedad humana y que la hace distinta de otras. El reconocimiento y respeto de toda manifestación cultural humana es una muestra de la convivencia pacífica y armónica de los pueblos. Por ello, la tala de árboles, la quema de bosques, el tendido de oleoductos, la contaminación de los ríos, se justifican por el despliegue tecnológico en la exploración y explotación de petróleo, pero ello no debe atentar contra la cultura y costumbres de las Comunidades Nativas, cuya identidad cultural debe ser respetada, bajo el principio de la tolerancia pacífica en un territorio marcado por la diversidad cultural.

3.2.2.2. Por su consecuencia.-

En la actividad petrolera, se puede distinguir jurídicamente, a decir de Santos Dávalos (2014), según qué se haya dañado, entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial. Esta clasificación coincide con el modelo alemán, que clasifica el daño en patrimonial y no patrimonial. Por ende, para el sistema germánico solo se compensa cuando se han afectado derechos patrimoniales y no patrimoniales.

Sin embargo, nosotros consideramos, siguiendo el modelo italiano, que acoge nuestro sistema contractual, que aquello que se debe compensar es un interés jurídicamente tutelado. Veamos enseguida la clasificación entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales.

3.2.2.2.1. Daño patrimonial.-

Es el que afecta lo que el sujeto tiene, su patrimonio, es decir, siguiendo la doctrina alemana, es todo aquello que menoscabe el patrimonio de una persona. Además, consideramos que abarca también la afectación de la capacidad de generar riqueza.

3.2.2.2.2. Daño extrapatrimonial.-

Es el daño que afecta no lo que el sujeto tiene, su patrimonio, sino lo que el sujeto es, es decir, siguiendo la doctrina francesa, el daño extrapatrimonial comprende al daño moral, que es lo ficticio, opuesto al daño material, que es lo tangible.

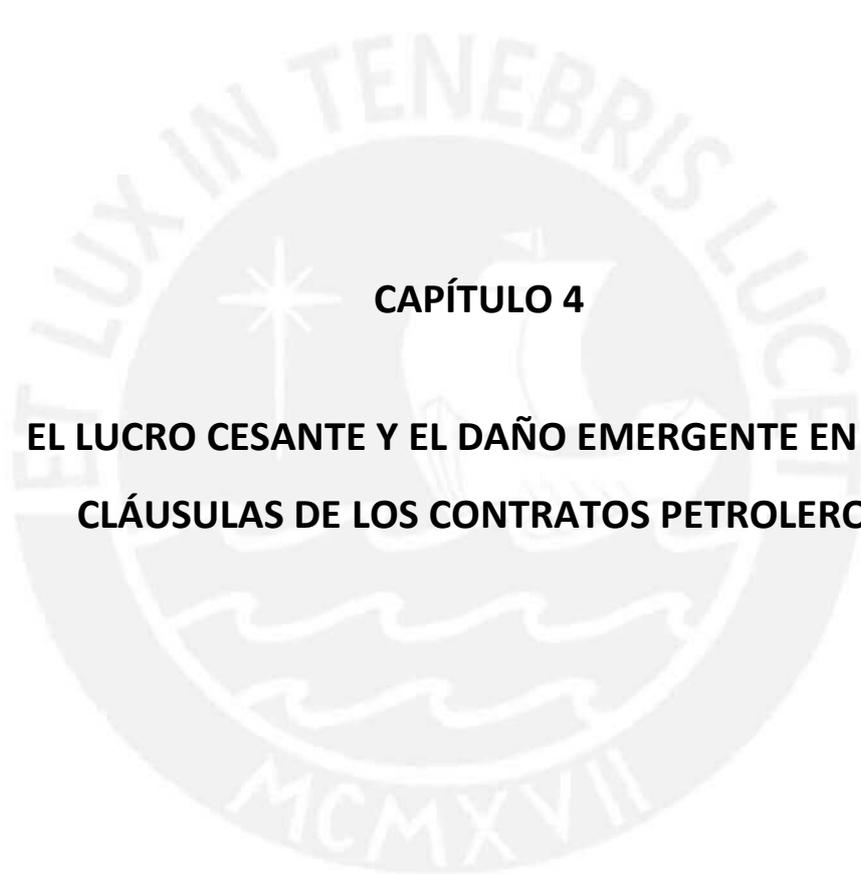
En orden al modelo galo, abarca tanto al daño moral en sentido lato, como padecimiento anímico, así como al daño moral en sentido estricto, como afectación de los derechos de la personalidad: daño a la salud, a la integridad física, el daño biológico, etc.

La trascendencia jurídica de esta clasificación podemos apreciarla en la cuantificación del daño moral, que forma parte del daño extrapatrimonial. De modo que, el daño moral no requiere prueba, sino basta con demostrar el hecho dañoso, ya que en este caso se presume que el daño existe. Por ello, la compensación se valoriza según el criterio de EQUIDAD, pues no es posible probar su *quantum*. Además, mediante el daño moral, la reparación civil cumple una función punitiva o sancionadora más que compensatoria.

En conclusión, en la actividad petrolera pueden producirse daños de origen contractual o de origen extracontractual, así como daños patrimoniales como extrapatrimoniales. No obstante, cabe precisar que como regla general en el campo de

las obligaciones (responsabilidad contractual) no se conceden daños extrapatrimoniales; sin embargo, en algunos casos, a pesar de tratarse de incumplimiento de obligaciones, se conceden daños no patrimoniales. Así, por ejemplo, la relación entre la empresa petrolera y un ingeniero de petróleo por prestación de servicios, es de carácter contractual, pero, si con motivo del ejercicio de su actividad, se producen daños en su integridad física, debe resarcirse como daño extrapatrimonial.





CAPÍTULO 4

EL LUCRO CESANTE Y EL DAÑO EMERGENTE EN LAS CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS PETROLEROS

4.1. ASPECTOS GENERALES

Los contratos petroleros, como medios idóneos de la circulación de la riqueza, hacen posible la explotación de los hidrocarburos. Sin embargo, estos contratos, desde su inicio, no contemplaron las cláusulas de lucro cesante y daño emergente. Por ello, regular el lucro cesante y el daño emergente dentro de las cláusulas de un contrato petrolero, en nuestra opinión, es de suma importancia.

Nuestro planteamiento responde a la necesidad de introducirlos como un mecanismo jurídico que asegure una debida mitigación de los potenciales daños que eventualmente pueda generar la actividad petrolera. Ello, además, permite prevenir disputas jurídicas engorrosas, así como establecer de antemano las reglas a las que deben atenerse las partes en caso de que se produzcan daños resarcibles por lucro cesante o daño emergente.

Consideramos que ello es perfectamente viable a la luz del desarrollo histórico que han tenido las cláusulas de los contratos petroleros, pasando de la regulación de unos cuantos aspectos a la incorporación de situaciones más complejas, que hoy son trascendentales tenerlas en cuenta por el impacto que tienen en la economía, en el medio ambiente y en la población de un país.

Muestra de ello es, por ejemplo, la incorporación de las cláusulas de indemnización por las servidumbres de paso que afectan propiedades de los particulares, las de protección del medio ambiente, las que incorporan la necesidad de capacitar y utilizar mano de obra nacional, las que dispone que se adquieran bienes del mercado interno, las que establecen el canje de impuestos por inversión, las que regulan la responsabilidad social de la empresa petrolera, las que establecen mecanismos para el cálculo de regalías, las que disponen la transferencia de tecnología, las que prevén el otorgamiento de fianzas, las que establecen la obligación de comunicar al ente estatal el inicio de las operaciones de exploración y explotación, las que establecen que la actividad petrolera se realice de acuerdo a las buenas prácticas internacionales, entonces, en esta línea de pensamiento consideramos que

debe establecerse en forma expresa cláusulas sobre el lucro cesante y el daño emergente en los contratos petroleros.

De manera que, por las razones expuestas, ¿por qué no podemos incorporar cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros? Y si así se hiciera, ¿cómo deberían ser diseñadas para que tengan una mayor eficacia y efectividad? Incluso, podría diseñarse tablas con criterios de valoración para el resarcimiento de daños. A todo ello apunta nuestro trabajo, pues la incorporación del lucro cesante y el daño emergente en los contratos petroleros redundaría en beneficio de las partes contratantes: el Estado anfitrión y el contratista, quienes ahorrarían no solo tiempo, sino también dinero.

No obstante, no negamos que en los contratos petroleros se prevé cláusulas alusivas a la responsabilidad civil de la empresa por los daños causados, ya sea por incumplimiento contractual o por otros eventos ajenos al contrato, pero lo que queremos hacer notar es que ello resulta muy general y etéreo, sino aterriza en cláusulas expresas, precisas, claras y completas que regulen el lucro cesante y el daño emergente, sus alcances y los supuestos en que son aplicables.

Como civilistas, consideramos insuficiente con que se remita esta materia al Código Civil, hábitat natural del lucro cesante y el daño emergente (art. 1321 CC), en lo que a responsabilidad civil se refiere, sino que es necesario como se ha demostrado en el presente trabajo, que estas cláusulas se regulen en el contrato petrolero teniendo en cuenta las normas administrativas y constitucionales pertinentes, pues nos encontramos frente a un caso que no solo interesa a las partes contratantes, sino que involucra a todo un país, pues el petróleo es vital para asegurar el abastecimiento energético del país, implica el empleo de ingentes recursos financieros por las empresas contratistas y, lo que es central para nuestro trabajo, puede causar eventualmente daños por el incumplimiento de obligaciones contractuales, por cumplimientos defectuosos o por eventos extracontractuales, que afecten al medio ambiente, la biodiversidad, la población, su patrimonio y su cultura.

Habiendo cumplido los tres primeros capítulos con el propósito de caracterizar el petróleo y su economía, ahondar en la naturaleza compleja del contrato petrolero, así como en los principios jurídicos aplicables y establecer cuándo el daño es resarcible, todo ello nos permite acometer, con conocimiento de causa, nuestro propósito de establecer una adecuada y precisa determinación de las cláusulas del lucro cesante y el daño emergente, para lo cual resulta imperativo definirlos, caracterizarlos y establecer los supuestos en que se activan dentro de un contrato petrolero.

4.2. EL LUCRO CESANTE

4.2.1. Definición.-

En un contrato petrolero, como los que se celebran en el Perú, las obligaciones derivadas de la actividad petrolera recaen fundamentalmente en la empresa petrolera contratista. El Estado anfitrión, es cierto, es el propietario de los hidrocarburos *in situ* y tiene derecho a percibir una regalía por el petróleo extraído, así como a supervisar la actividad petrolera desplegada como la obligación a emitir las respectivas autorizaciones, pero la actividad dirigida a la exploración y la explotación de petróleo es de entera responsabilidad de la empresa petrolera, y los incumplimientos y eventos dañosos que se produzcan en el despliegue de sus actividades son de su completa responsabilidad y dan lugar al pago de una compensación.

Uno de los criterios que comprende el pago de la compensación es el lucro cesante. El otro, para los fines del presente trabajo, es el daño emergente (Osterling 2003). No negamos, que pueden establecerse otros criterios, referidos principalmente a la responsabilidad aquiliana, frente a lo cual algunos sectores abogan por el pago del daño integral. Enseguida, nos centraremos en el lucro cesante como componente de una indemnización de daños por incumplimiento contractual o de otros eventos dañosos.

Osterling (2003), considera que:

“... el lucro cesante es el legítimo enriquecimiento que se frustró”.

Según, Cabanellas de Torres (1982), lo que caracteriza al lucro cesante es:

“... la ganancia o beneficio que se ha dejado de percibir por culpa de otro.

Para León Hilario (2011), el lucro cesante es:

“...el beneficio o ganancia que se dejó de obtener producto del daño causado. Este daño se vincula a una obligación contractual y no se transmite a los herederos.

En materia de contratación petrolera, el lucro cesante, entendido como la ganancia o utilidad dejada de percibir, se materializa, por ejemplo, en la conducta del contratista que incumple el contrato petrolero por preferir otro que le ofrezca mayor rentabilidad, en el perjuicio que sufren los pescadores por los derrames de petróleo en el mar o el detrimento que sufren los agricultores de las comunidades nativas por los derrames de petróleo en los ríos.

4.2.2. Características.-

En la doctrina encontramos una serie de características que consideramos útiles tener en cuenta al momento de abordar el lucro cesante.

En primer lugar, se señala que se trata de una ganancia frustrada. Ello se explica porque el daño se ocasiona por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima (Orgaz 1967; Albaladejo 1960; Pessoa 1968). Esto sucede, por ejemplo, cuando el Estado anfitrión concierta un contrato con una empresa petrolera, pero esta decide incumplirlo, pues prefiere otro que le va resultar más rentable.

En segundo lugar, en la doctrina italiana, Visentini (1999) sostiene que el lucro cesante, al igual que el daño emergente, no constituye un criterio “para la determinación y la apreciación del daño a los fines del resarcimiento”, sino que solo permite “identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible”.

En tercer lugar, en la doctrina española (Reglero 2008), después de señalar que el lucro cesante es la ganancia que se ha dejado de obtener, precisa que se trata de un daño que tiene cierta “dosis de incertidumbre”, pues se trata de una ganancia que no se llegó a obtener, lo cual dificulta su probanza, por lo que pensamos debe manejarse como una probabilidad real de acuerdo a cada caso concreto. Así, si una empresa contratista incumple un contrato alegando que no le era rentable y se prueba por los estudios exploratorios que sí lo era, entonces se incurre en responsabilidad por los daños causados, al frustrarse al Estado de los ingresos que hubiera obtenido por el petróleo extraído.

En cuarto lugar, el carácter incierto que tiene el lucro cesante, nos hace señalar con Santos Briz (1991), que este daño se sustenta en la necesidad de reponer al dañado en la situación en que se encontraría si no hubiese ocurrido el evento dañoso. En este sentido, agrega el autor citado que el criterio para establecerlo es un juicio de responsabilidad por el cual se deduzca cómo habrían ocurrido los acontecimientos en el supuesto de que no hubiese ocurrido el evento dañoso.

Finalmente, debemos precisar con Moisset de Espanés (1973) que el lucro cesante no necesariamente se identifica con un daño futuro, pues puede haber lucros cesantes que son daños actuales. En este sentido, creemos que esta situación se despeja distinguiendo entre lucro cesante actual y lucro cesante futuro. Así, estamos frente a un lucro cesante actual cuando al momento de reclamar un resarcimiento el daño ya se produjo, por ejemplo, un derrame de petróleo que contamina el agua que consumen los pobladores. En cambio, estaremos en el caso de un lucro cesante futuro cuando el daño se prolonga en el tiempo, así siguiendo en el ejemplo anterior, que la víctima sufra una enfermedad prolongada producto del agua contaminada

4.2.3. Casos de aplicación.-

En materia petrolera, el lucro cesante puede materializarse en los siguientes casos:

- a) En la conducta del contratista que incumple el contrato petrolero por preferir otro que le ofrezca mayor rentabilidad
- b) En el perjuicio que sufren los pescadores por los derrames de petróleo en el mar que causa la muerte de las especies marinas sustento de su economía.
- c) En el detrimento que sufren los agricultores de las Comunidades Nativas por los derrames de petróleo en los ríos, lo cual afecta su actividad agrícola.
- d) En el perjuicio que sufren los pobladores de zonas selváticas por el derrame negligente de petróleo que contamina el agua que consumen.
- e) En los daños permanentes que sufren los pobladores en su salud o su integridad personal producto de la contaminación del agua o los alimentos que consumen, por el derrame negligente de petróleo en el suelo o en las áreas marítimas, lacustres o fluviales.
- f) En el perjuicio que se ocasiona a la economía de un país cuando el contratista incumple un contrato alegando que ya no le es rentable, a pesar de que los estudios exploratorios demostraron todo lo contrario.

4.3. EL DAÑO EMERGENTE

4.3.1. Definición.-

El otro criterio que comprende el pago de la indemnización, según lo hemos establecido, es el daño emergente. Osterling (2003) lo define como:

“... el empobrecimiento del patrimonio del acreedor”.

Así, por ejemplo, si el Estado anfitrión espera recibir determinada cantidad de barriles de petróleo por día conforme a lo pactado y la empresa contratista no cumple con hacerlo por su culpa, entonces el Estado al verse obligado a importarlo y pagar un mayor precio, claramente sufre un perjuicio en su patrimonio.

Por su parte, Cabanellas de Torres (1982) lo caracteriza como:

“...el menoscabo o detrimento patrimonial”.

Ello es cierto si consideramos el caso de los pobladores cuyas viviendas, producto de las actividades de prospección sísmica en la exploración de petróleo, sufren daños en su propiedad, por lo que sufren evidentemente un menoscabo patrimonial.

Finalmente, León Hilario (2011) sostiene que:

“... está representado por una pérdida económica que se determina contablemente y que suele incluir, no solo los gastos de curación y sepelio, sino también la “*pérdida de la chance*”, es decir, de la oportunidad de obtener una utilidad o ganancia futura”.

4.3.2. Características.-

En la doctrina, son diversas las notas distintivas que se atribuyen al daño emergente.

Así, Moisset de Espanés (1973) señala con acierto que el daño emergente es todo perjuicio ocurrido en el patrimonio de la víctima, producido por la pérdida de un bien o un derecho que formaba parte de su patrimonio. El perjuicio es patrimonial, es cierto, pero debemos precisar con Frúgoli (2010) que si bien el detrimento o perjuicio es siempre patrimonial, sus efectos pueden ser patrimoniales o de otra índole. Por ejemplo, consideramos que el daño emergente puede apreciarse en la contaminación producida por un derrame de petróleo en los mares o en los ríos.

Por su parte, en la doctrina italiana (Visentini 1999), alega que el daño emergente, al igual que el lucro cesante, tampoco es un criterio para identificar y valorar el daño para determinar el *quantum* del resarcimiento, sino tan solo es otro de los elementos que permite “identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible”.

Asimismo, en la doctrina española, a decir de Reglero (2008) se concibe el daño emergente como los daños que realmente se han producido y que se manifiestan a través de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar. Aquí ya se vislumbra

claramente la diferencia entre el daño emergente, como daño efectivamente realizado, y el lucro cesante como daño que podría haber ocurrido.

Por último, a diferencia del lucro cesante en el que los daños suelen ser mayormente futuros que actuales, en el daño emergente los daños suelen ser mayormente presentes que futuros. En este sentido, Moisset de Espanés (1973) señala que el daño emergente futuro se presenta cuando la víctima sufre un evento dañoso cuyos efectos se producirán con posterioridad. Así, si producto de la prospección sísmica en búsqueda de petróleo, un inmueble arrendado sufre graves rajaduras, es evidente que en el futuro este bien se destruirá. Incluso, como lo veremos luego, el daño emergente suele vincularse al lucro cesante y en algunos casos hasta suele precederlo.

4.3.3. Casos de aplicación.-

El daño emergente puede presentarse, en la actividad de hidrocarburos, en los siguientes casos:

- a) Cuando se frustra la expectativa del Estado anfitrión de recibir determinada cantidad de barriles de petróleo diario, según lo pactado, lo que lo obliga a importar petróleo a un mayor costo.
- b) Cuando los pobladores sufren daños en sus bienes muebles o inmuebles producto de las actividades de prospección sísmica en la exploración de petróleo.
- c) En el detrimento que sufren los agricultores de las Comunidades Nativas por los derrames
- d) Cuando se daña el medio ambiente por la contaminación producida por el derrame de petróleo en los mares o los ríos.
- e) Cuando se afecta la biodiversidad al ocasionarse la muerte de especies animales o vegetales producto de la contaminación tóxica producida por el derrame de petróleo.
- f) Cuando se daña las áreas de cultivo con el lamentable resultado de frustrar la actividad agrícola.

4.4. CONCURRENCIA DEL LUCRO CESANTE CON EL DAÑO EMERGENTE

Por razones metodológicas nos hemos ocupado del lucro cesante y el daño emergente de manera separada; sin embargo, en la práctica suelen concurrir de manera conjunta. Ello nos lleva a preguntarnos, ¿cuándo estamos frente a un caso de lucro cesante o daño emergente? Para este propósito, dirijamos nuestra mirada hacia la realidad.

Con ocasión de la actividad de hidrocarburos, pueden producirse una serie de eventos dañosos. Así tenemos que el derrame de petróleo por la rotura del oleoducto contamina los ríos de la zona; destruye la flora y la fauna, por la contaminación del territorio y del medio ambiente y perjudica a los pobladores que habitan en las zonas aledañas.

Frente al escenario propuesto, obviamente se han producido daños y estos deben ser reparados. Al analizar el caso propuesto, encontramos que si se acredita que el derrame de petróleo por la rotura del oleoducto le es imputable a la empresa petrolera, esta deberá asumir la reparación del daño. Aunque se puede alegar una infinidad de daños a la persona, a los bienes, al medio ambiente, a la biodiversidad, entre otros, lo que nos interesa, empero, es la reparación de daños por lucro cesante o daño emergente.

En el caso propuesto, se incurre en lucro cesante, cuando por causa de este derrame, se afecta la actividad económica desarrollada por una persona, *verbi gratia*, la agricultura o la ganadería. Así, si como consecuencia de un contrato había una cosecha que entregar o un ganado que vender, y estos se pierden sin posibilidad de obtener lo que por el contrato se hubiera ganado, se produce un evidente lucro cesante.

Asimismo, el caso arriba descrito amerita también una reparación por daño emergente. Ello se configura cuando, por causa del derrame, se producen daños en la propiedad o bienes de una persona, incluso en el territorio de una Comunidad. Piénsese en los daños en las viviendas; en los medios de transporte; en la salud o en la

integridad física de las personas; en la tierra, que imposibilita la siembra; en los ríos, que produce la enfermedad o muerte de las especies en crianza. Todo ello refleja un daño efectivo en la propiedad y en los bienes de las personas, lo que configura un claro ejemplo de daño emergente.

Otro caso ilustrativo puede presentarse cuando, por ejemplo, PERUPETRO celebra un contrato petrolero y la contratista no inicia las operaciones de exploración en el plazo estipulado sin razón aparente. En este supuesto, encontramos que se produce simultáneamente un daño emergente y un lucro cesante, por los gastos en que debió incurrir la empresa estatal (negociación, tiempo, pago de asesores, estudios de impacto ambiental, etc.) para culminar el contrato y lo que dejó de percibir, pues no se pudo contar con nuevos yacimientos petrolíferos para su futuro aprovechamiento económico en beneficio de la economía del país.

Es por este motivo que Osterling (2003) señala con acierto que las pérdidas sufridas por efecto de la inexecución de la obligación corresponden al daño emergente, mientras que las utilidades dejadas de percibir por razón de la misma inexecución corresponden al lucro cesante. Ello, evidentemente, queda evidenciado en los ejemplos propuestos en los párrafos precedentes.

De manera que, como señala Visentini (1999), el daño puede presentarse como emergente o como lucro cesante y la diferencia entre ambos es sumamente tenue, en especial en relación al lucro cesante por su carácter eminentemente incierto, por lo que muchas veces queda sujeto a un criterio de equidad.

En definitiva, parafraseando a Moisset de Espanés (1973), el daño emergente y el lucro cesante son como las dos caras de una moneda que el daño material puede asumir. En el primer caso, se presenta como una pérdida patrimonial con la consiguiente disminución, mientras que el segundo, se materializa como la falta de aumento del patrimonio, es decir, como la ganancia que la víctima hubiese podido obtener de no haberse producido el evento dañoso.

Para tener una noción más clara y nítida de lo que se entiende por lucro cesante y daño emergente, en el siguiente acápite nos ocuparemos de las diferencias más saltantes que podemos encontrar entre ambas figuras jurídicas.

4.5. DIFERENCIA ENTRE EL LUCRO CESANTE Y EL DAÑO EMERGENTE

Aunque muchos opinan que la diferencia entre lucro cesante y daño emergente es tenue y que muchas veces concurren en los eventos dañosos materiales, sin embargo, consideramos que presentan diferencias notables.

Así, consideramos que la diferencia más saltante entre el daño emergente y el lucro cesante radica en que, el primero se produce con el menoscabo o detrimento del patrimonio de la víctima, mientras que el segundo se expresa como un perjuicio patrimonial que se concretiza al dejar de percibir lo que habitualmente se hubiese ganado.

Por su parte, en nuestro derecho, Osterling Parodi (2003) distingue el daño emergente y el lucro cesante con suma claridad y simpleza. Así, enseña que el daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor, mientras que el lucro cesante es el enriquecimiento que se frustró, pues se dejó de percibir.

En la doctrina extranjera encontramos que para Orgaz (1967), el daño emergente comprende los perjuicios que la víctima ha sufrido debido a la inejecución del contrato, en cambio, el lucro cesante comprende las ganancias que se dejó de percibir.

Para la doctrina italiana, según informa Visentini (1999), la diferencia esencial entre el daño emergente y el lucro cesante radica en que en el primero “la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio de un damnificado”; en cambio, en el segundo la pérdida “corresponde a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento”.

De la doctrina española (Reglero 2008), se desprende que como el daño emergente es un daño efectivamente producido, existe certeza sobre su producción y, en consecuencia, es más sencillo acreditarlo. En cambio, el lucro cesante, al referirse a ganancias dejadas de percibir, goza de un carácter esencialmente incierto, pues lo único real y cierto es que no se llegó a obtener la ganancia esperada, por lo que debe manejarse con cierta probabilidad objetiva según las circunstancias concretas de cada caso, con el fin de “evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que se hubieran producido”.

(Véase Esquema N° 16)



ESQUEMA N° 16: DIFERENCIAS ENTRE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

4.6. CASOS INDEMNIZABLES POR LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE EN LOS CONTRATOS PETROLEROS PERUANOS L100-1; L130-1; L133-1 Y LZ38-1

La casuística respecto a indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente tiene como óbice que muchos de los conflictos entre el Estado anfitrión, en nuestro caso a través de PERUPETRO, y la empresa petrolera contratista, se ventilan en la vía arbitral, que al estar cubierto por el velo de la confidencialidad hace difícil acceder a situaciones concretas en los que se planteen conflictos respecto a estos daños, en materia de contratación petrolera.

Sin embargo, a pesar del inconveniente señalado, a través del estudio de los contratos L100-1; L130-1; L133-1 y LZ38-1, que han servido de base para realizar el presente trabajo, podemos plantear una serie de supuestos de incumplimiento en los que proceda una indemnización por lucro cesante y daño emergente.

No pretendemos que esta lista de supuestos sea exhaustiva, pero sí lo suficientemente representativa para reflejar cómo no basta con señalar en el contrato petrolero los supuestos de incumplimiento contractual indemnizables, sino que además debe señalarse, insistimos, expresamente no solo qué se entiende por lucro cesante y daño emergente, sino además los supuestos en los que son aplicables.

De las cláusulas de los contratos antes mencionados, se puede señalar como supuestos de incumplimiento, que eventualmente pueden dar lugar a la correspondiente indemnización por lucro cesante o daño emergente, los siguientes casos:

- Que venza el plazo estipulado en el contrato sin haber dado inicio a la actividad exploratoria. Así, tenemos que en el contrato petrolero L130-1, celebrado por PERUPETRO con CEPSA PERÚ S.A., sucursal de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A., se señala en la cláusula tercera que el plazo para la etapa de exploración de Hidrocarburos es de 7 años, el mismo que se divide en 4 períodos, los dos primeros de 18 meses cada uno y los dos últimos de 24 meses cada uno. Además, se indica que los plazos se cuentan a partir de la Fecha Efectiva, entendiéndose por esta, conforme a la cláusula primera sobre definiciones, como la fecha en la que el contratista dará inicio a las Operaciones, la misma que se indicará dentro de los 60 días a partir de la suscripción del contrato. Cabe señalar que para pasar de un período a otro es requisito *sine qua non* que el contratista comunique por escrito a PERUPETRO, con 30 días de anticipación al vencimiento del período en curso, su intención de continuar con el siguiente período. Evidentemente, conforme a la cláusula vigésima segunda sobre terminación del contrato, en el punto 22.3.1 el contrato queda resuelto automáticamente por causal de

incumplimiento del programa mínimo de trabajo, que da lugar a la correspondiente ejecución de la fianza. En este supuesto se establece, el incumplimiento se centra en no realizar el programa mínimo de trabajo, cuya indemnización está cubierta por la respectiva fianza; sin embargo, consideramos que debe incluirse el caso de incumplir el contrato sin causa justificada, como abandonar el proyecto por preferir otro más rentable, para que así sea más flexible y no permita que se evada la responsabilidad alegando, que el hecho dañoso por incumplimiento injustificado no estaba expresamente previsto en el contrato.

- Que se declare que se han hallado reservas de hidrocarburos con valor comercial, pero a pesar de ello no se haya dado inicio a la etapa de explotación. Al respecto, en el contrato petrolero L100-1, celebrado por PERUPETRO con COMPAÑÍA CONSULTORA DE PETRÓLEO S.A., se señala en la cláusula tercera del mismo que el plazo de la fase de explotación de Petróleo es el que reste después de terminada la fase de exploración (7 años). Además, conforme a la cláusula quinta, la fase de explotación se inicia al Día siguiente de la terminación de la fase de exploración y siempre que se haya realizado una declaración de Descubrimiento Comercial. Debemos precisar que conforme a la cláusula primera de definiciones Día se entiende como el período de veinticuatro horas que se inicia a las cero horas (00:00) y termina a las veinticuatro horas (24:00) y Descubrimiento Comercial es el descubrimiento de reservas de hidrocarburos que permite su explotación comercial. Sin embargo, en el contrato no se prevé expresamente el incumplimiento por el contratista sin causa justificada. Se prevé que no sea viable la explotación cuando el yacimiento petrolero no es comercialmente viable, que se termine el contrato cuando lo acuerden las partes, pero no cuando no hay una causa razonable y justificada, que debe preverse expresamente en el contrato, pues un contrato petrolero debe cumplirse si su contenido económico es comercialmente viable, pero si el contratista desiste de cumplirlo por interesarle otro contrato más lucrativo, en consecuencia debe indemnizar por el daño causado a la economía del país.

- Que se incumpla con mezclar el petróleo pesado o bituminoso con petróleo ligero o dulce para que alcance un mejor precio en el mercado de petróleo. Sobre este supuesto, cabe señalar que en el contrato petrolero L133-1, celebrado por PERUPETRO con PETROLÍFERA PETROLEUM DEL PERÚ S.A.C., sucursal de PETROLÍFERA PETROLEUM LIMITED S.A., se señala en la cláusula quinta, en el punto 5.13 que para producir Petróleo Pesado se puede mezclar con petróleo liviano. Entiéndase, conforme a la cláusula primera, por Petróleo Pesado como el petróleo líquido, que por su densidad y viscosidad requiere del empleo de métodos no convencionales para convertirlo en petróleo liviano. Observamos que en el contrato no se define qué es petróleo liviano, lo cual lo consideramos como una deficiencia técnica. También notamos que no se prevé como supuesto de indemnización el hecho de que el contratista omita mezclar el petróleo pesado con petróleo liviano para que alcance un mejor precio en el mercado mundial de petróleo, pues a medida que se va agotando una reserva de hidrocarburos, el petróleo que se obtiene es más pesado o bituminoso, pero la forma de hacerlo más rentable, tanto para el Estado anfitrión como para el contratista es mezclarlo con petróleo ligero o dulce, lo cual le permitirá obtener mejores precios en el mercado petrolero, con beneficios mutuos para ambas partes. Por ello, consideramos que es conveniente establecer este supuesto expresamente en el contrato petrolero, de suerte que su inobservancia genere responsabilidad por el daño causado, a la expectativa del Estado a obtener un mejor precio por el hidrocarburo extraído, así como para cubrir la demanda energética del país.

- Que se incumpla con la cuota mensual de producción de barriles de petróleo según los términos del contrato. Acerca de este supuesto, cabe señalar que en el contrato petrolero LZ38-1, celebrado por PERUPETRO con VIETNAM AMERICAN EXPLORATION COMPANY, L.L.C., sucursal del Perú, se señala en la cláusula segunda que el contrato petrolero tiene por objeto descubrir y producir petróleo y ello se realiza a través de las fases de exploración y explotación que, si son exitosas, conllevan a la declaración de un

descubrimiento comercial. Entonces, aunque no se prevé expresamente en el presente contrato, debería establecerse un promedio mínimo de producción diaria de barriles de petróleo para el pago correspondiente. Sin embargo, debe indemnizarse cuando se incumpla con esta obligación, salvo que no sea imputable al contratista y se le exonere de tal obligación por caso fortuito o fuerza mayor, como el caso de una protesta social que interfiera en las actividades técnicas de la empresa petrolera.

- Que no se observe las buenas prácticas internacionales en la exploración y explotación del petróleo. En relación a este supuesto, creemos pertinente señalar que en el contrato petrolero L133-1, celebrado por PERUPETRO con PETROLÍFERA PETROLEUM DEL PERÚ S.A.C., sucursal de PETROLÍFERA PETROLEUM LIMITED S.A., se señala en la cláusula quinta, en el punto 5.5 que el contratista tiene la obligación de explotar las reservas de hidrocarburos del área del contrato conforme “a los principios técnicos y económicos generalmente aceptados y en uso por la industria internacional de Hidrocarburos”. Al respecto, creemos que en el artículo primero sobre definiciones debe incorporarse la definición de principios técnicos y económicos de la industria internacional de petróleo, incluso existen instituciones internacionales que establecen su aplicación, por lo que, sería conveniente que también sea acogida expresamente en el contrato petrolero como supuesto de indemnización por lucro cesante y daño emergente cuando no se observen estrictamente su cumplimiento.
- Que se infrinja el medio ambiente y las relaciones comunitarias. Así, tenemos que en el contrato petrolero L130-1, celebrado por PERUPETRO con CEPESA PERÚ S.A., sucursal de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A., se señala en la cláusula decimotercera que el contratista se obliga a cumplir las disposiciones reglamentarias sobre la protección del medio ambiente en materia de hidrocarburos (punto 13.1); que empleará las mejores técnicas, según la industria internacional del petróleo para la prevención y control de la contaminación ambiental (punto 13.3) y se señala que incurre en

responsabilidad por los pasivos ambientales que se generen como producto de la actividad petrolera (punto 13.4). Este conjunto de reglas nos muestra la preocupación del Estado por la protección del medio ambiente, que viene desde la misma Constitución y se expande por una red de organismos reguladores que velan por la protección del medioambiente, como oportunamente se ha señalado durante el desarrollo del presente trabajo. Sin embargo, a pesar de que en la cláusula vigesimosegunda, punto 22.4, se señala como una de las causales de la terminación del contrato que se incumpla con las disposiciones sobre el medio ambiente, creemos que además debe señalarse de forma enfática y expresa que se incurre en responsabilidad por este daño y, por ende, ha de asumirse el pago no solo del lucro cesante y el daño emergente, sino de otros daños, bajo el enfoque de la reparación integral como veremos en el siguiente acápite.

Después de haber esbozado los supuestos que conlleven al pago por lucro cesante y daño emergente, queremos hacer notar que las obligaciones cuyo incumplimiento generan responsabilidad, así como las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, que venimos de enumerar, se centran fundamentalmente en el contratista.

Ello se explica, fundamentalmente, por la sencilla razón de que en los contratos petroleros el Estado anfitrión, como propietario de los recursos petroleros del subsuelo, le otorga al contratista, mediante contrato, derechos que le permiten el aprovechamiento de dichos recursos a cambio del pago de una regalía y la actividad petrolera es ejercida fundamentalmente por el contratista, quien para llevarla a cabo asume una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento genera responsabilidad y la obligación de indemnizar por lucro cesante o daño emergente.

Esta lista, reiteramos, no es exhaustiva, pero sí lo suficientemente ilustrativa para mostrar cómo debemos reformular nuestros contratos petroleros en cuanto a la determinación del lucro cesante y daño emergente. Seguramente podrían señalarse nuevos supuestos, pero lo que hemos podido comprobar a través del desarrollo de

nuestro trabajo es que la incorporación de nuevas cláusulas en el diseño de los contratos petroleros responden al contexto del momento, pero que el Derecho debe contribuir a asegurar una contratación equitativa que sin dejar de reconocer el legítimo derecho de las empresas petroleras a obtener una adecuada rentabilidad, produzca al mismo tiempo beneficios al país anfitrión, ya sea asegurando el abastecimiento energético o aportando recursos que contribuyan al desarrollo nacional.

En definitiva, consideramos de suma utilidad la incorporación del lucro cesante y el daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros, acogiendo los casos concretos propuestos en el presente capítulo, en consonancia con un marco jurídico de hidrocarburos coherente, flexible y atractivo a la inversión privada, con bajas y progresivas regalías y menor presión tributaria, frente a todo lo cual no resulta excluyente, en nuestra opinión, el diseño de cláusulas expresas y precisas en materia de daños, responsabilidad civil y resarcimiento por lucro cesante y daño emergente.

4.7. LAUDO ARBITRAL DEL 21 DE MAYO DE 2015: CASO CIADI N° ARB/12/28

De conformidad con el Laudo Arbitral del CIADI del 21 de mayo de 2015, en el cual figura como demandante un Consorcio Camisea, integrado por Pluspetrol y otras empresas, y como demandada PERUPETRO S.A., el tribunal arbitral resolvió que el Consorcio Camisea incumplió con la obligación contractual de entregar la información a PERUPETRO S.A. sobre el terminal de última descarga, es decir, del lugar donde se llevará a cabo el consumo del gas natural proveniente del Lote 56 y de pagar la regalía establecida conforme a la Cláusula Octava del Contrato de Licencia, la cual se calcula en base a los mercados del destino final.

El asunto es que el destino final del gas natural no fue el puerto mexicano de Manzanillo, donde el gas se cotizaba a un precio HH (Henry Hub), precio de EE.UU. y México, sino que fue re-exportado a otros destinos (Japón, India, Reino Unido), donde el precio alcanzaba a cuatro o cinco veces más que el precio HH. De esta forma el Consorcio, no pagaba la regalía en base al precio verdadero, sino al precio ficticio HH, obteniendo así indebidas ganancias en perjuicio del Estado peruano que dejó de percibir ingentes ingresos.

Por ello, el tribunal arbitral decidió condenar al Consorcio a pagar a PERUPETRO S.A. los ajustes de regalías a una cantidad equivalente a \$48.823.826 dólares por concepto de daños, así como al pago de intereses sobre el monto de los daños a una tasa equivalente al 6.25%, desde la fecha en que debió haber pagado hasta la fecha de pago total, que al 31 de diciembre de 2014 ascendía a \$12.693.603 dólares, más costas y costos del arbitraje por un monto de \$3.376.174 dólares.

Nuestra posición jurídica respecto al presente laudo es la siguiente:

- (i) Se ha configurado un daño de origen contractual y de carácter patrimonial.
- (ii) El daño de origen contractual se verifica por el incumplimiento de una obligación esencial del contratista de proporcionar información relevante sobre el destino final de consumo del gas natural proveniente del Lote 56.
- (iii) El daño patrimonial o material se verifica por los ingresos dejados de percibir por el Estado peruano al producirse un empobrecimiento en su patrimonio (daño emergente) y al frustrarse su legítimo enriquecimiento (lucro cesante).
- (iv) Este incumplimiento contractual, por parte del consorcio, faculta a PERUPETRO S.A. a exigir la resolución del contrato por causal de incumplimiento, lo que obligó al Consorcio a demandar ante el CIADI para oponerse a dicha pretensión.
- (v) Si bien el CIADI acogió la causa peruana, sobre la obligación del Consorcio de brindar información veraz sobre el destino final del consumo del gas natural proveniente de Camisea, consideramos que hubiese sido más conveniente que se haya previsto las cláusulas de lucro cesante y daño emergente por incumplimiento contractual, como sostenemos en el presente trabajo, como medida preventiva y disuasoria de un potencial incumplimiento de las obligaciones contractuales.

4.8. HACIA UNA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO: CASO THE WAGON MOUND

En consonancia con cierto sector de la Doctrina, hoy en día, más que de reparación de daños y perjuicios, se habla de Derecho de los Daños. De manera que,

en relación a las víctimas (Minchala Orellana 2015), se ha dejado de considerar al daño emergente y al lucro cesante como los únicos daños a resarcir y hoy se habla de una Reparación Integral de los Daños.

De manera que, tomando como punto de referencia a Forero Useche (2011) estamos de acuerdo en señalar que la reparación civil no debe limitarse al lucro cesante y al daño emergente, sino que, acogiendo el modelo norteamericano, no debe limitarse solo a indemnizar el daño reponiendo las cosas a su estado anterior al sufrimiento del evento dañoso, sino que es fundamental extender la noción de reparación al concepto de **daño punitivo**, por el cual no solo se busca indemnizar, sino además prevenir que se vuelvan a producir en el futuro eventos dañosos, mediante una sanción económica elevada y ejemplificadora.

Este daño, en materia petrolera, tiene un **carácter integral** y se extiende más allá de la persona al medio ambiente, a la biodiversidad y a la Comunidad Nativa, en las formas antes señaladas en los capítulos anteriores, por lo que la reparación inevitablemente debe tener un carácter integral.

Este modelo de reparación civil y sancionatoria del modelo americano, en aplicación del análisis económico del derecho, busca generar en las empresas petroleras una conducta de cuidado y respeto de la normatividad aplicable en materia petrolera, bajo el principio de que más conveniente es respetar las normas que sufrir una drástica sanción económica.

Es en este sentido que nos parece sumamente acertado que en el contrato petrolero L130-1, celebrado por PERUPETRO con CEPESA PERÚ S.A., sucursal de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A., se señale en la cláusula decimotercera, punto 13.2 lo siguiente:

“El Contratista conducirá las Operaciones ceñido a los lineamientos del desarrollo sostenible, de la conservación y protección del ambiente de acuerdo a las leyes y reglamentos de protección ambiental, sobre comunidades nativas y campesinas, y a los

convenios internacionales ratificados por el Estado Peruano. Asimismo deberá respetar la cultura, usos, costumbres, principios y valores de las comunidades, manteniendo una adecuada armonía con el Estado Peruano y la sociedad civil”.

En este sentido, es oportuno citar a Banfi del Río (2012), quien siguiendo los principios del Common Law, sostiene que la reparación integral del daño extracontractual es solamente aplicable a los hechos dolosos o gravemente negligentes, es decir, solo quienes cometen un ilícito civil intencional o sumamente grave, están obligados a resarcir todos los daños que surjan directamente de ese comportamiento. De lo cual podemos inferir claramente que la reparación no será integral si el hecho dañoso se produjo por culpa leve o levísima.

Tal es el caso *The Wagon Mound*, en el cual:” Los demandados, actuando imprudentemente, derramaron petróleo en el mar, el que se esparció hasta acumularse debajo del muelle de los demandantes, lo que provocó la interrupción de los trabajos de soldadura que éstos estaban efectuando en dos barcos. Los actores continuaron con estas operaciones. Sin embargo, una pieza de metal fundido hizo arder el petróleo, propagándose velozmente y ocasionando daños ingentes al muelle. Sus propietarios demandaron la responsabilidad extracontractual acusando la negligencia de los demandados. La *House of Lords* estimó que el daño causado al muelle era un efecto razonablemente previsible del derrame de petróleo pero sostuvo que el incendio había sido imprevisible, puesto que para la opinión científica entonces imperante era improbable que el petróleo -que flotaba en una delgada película sobre las frías aguas del mar- pudiera encenderse. El tribunal declaró lo siguiente: *‘no parece compatible con las ideas actuales de justicia o moralidad que, tratándose de un acto negligente, incluso leve, que causa un daño trivial y previsible, el actor deba responder de todas las consecuencias, incluso imprevisibles y graves, en la medida que sean ‘directas’. Es un principio de libertad civil... que un hombre debe ser considerado responsable por las consecuencias probables de su hecho. Demandar más de él es una regla demasiado rigurosa, demandar menos es ignorar que el orden civilizado requiere la observancia de un estándar mínimo de comportamiento’.*”

4.9. FUNDAMENTO DE LA INCORPORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE EN EL CONTRATO PETROLERO PERUANO

Consideramos factible la incorporación de las cláusulas de lucro cesante y daño emergente en las cláusulas de los contratos petroleros por las siguientes razones:

- ✓ Históricamente, los contratos petroleros han evolucionado de una menor a una mayor regulación de diversos aspectos jurídicos vinculados a la actividad petrolera. Así, se incorporaron cláusulas sobre el cuidado medioambiental, la responsabilidad social de las empresas y, en ese sentido, podríamos incorporar cláusulas relativas al lucro cesante y daño emergente.
- ✓ Económicamente, en el contrato petrolero, existe una evidente desigualdad entre el país anfitrión y la multinacional petrolera contratista. El primero suele ser más vulnerable ante el poder económico de las multinacionales del petróleo, que en muchos casos incumplen con resarcir o indemnizar debidamente por los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad petrolera, por lo que la fijación expresa de estas cláusulas evitarían procesos o arbitrajes largos y engorrosos.
- ✓ Jurídicamente, es necesario que el Derecho proteja al país anfitrión contra el incumplimiento contractual o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones de la empresa petrolera contratista, mediante cláusulas de lucro cesante y daño emergente que afronten estos daños de origen contractual.
- ✓ Tecnológicamente, los potenciales daños que puede provocar la actividad petrolera, por su uso intensivo de maquinaria pesada y de alta y sofisticada tecnología en la exploración y explotación petrolera, produce inevitablemente daños de origen extracontractual en el medioambiente, en la biodiversidad y en el territorio, cuyo debido resarcimiento se hace más eficaz mediante la previsión de estas cláusulas de lucro cesante y daño emergente.
- ✓ Ambientalmente, estas cláusulas permiten hacer más viables los resarcimientos por daños producidos en el medioambiente, como ocurre en nuestro país con los derrames de petróleo.

- ✓ Antropológicamente, la previsión de estas cláusulas reflejarían el alto valor que se confiere a la riqueza cultural de las Comunidades Nativas, pues permite resarcirlas por los daños provocados en su cultura y sus costumbres.
- ✓ Casuísticamente, determinar estas cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros, permite señalar una serie de supuestos, a modo de numerus apertus, en los que sea viable el pago de daños materiales por lucro cesante o daño emergente. Esto no excluye casos de supuestos no previstos expresamente, siempre que se vinculen a los casos previstos de antemano en las respectivas cláusulas.
- ✓ Dikelógicamente, por un principio de justicia contractual, la previsión expresa e inequívoca de estas cláusulas de lucro cesante y daño emergente permite asegurar un debido resarcimiento por los daños causados, ya sean de origen contractual o extracontractual.
- ✓ Preventivamente, pactar estas cláusulas en el contrato petrolero tendría un valor profiláctico y disuasivo en el deber de cumplir con los debidos pagos por los daños provocados con ocasión de la actividad de hidrocarburos.
- ✓ Axiológicamente, se rescata y revalora la importancia del respeto a los valores fundamentales del hombre y la sociedad como: la vida, la integridad, el patrimonio, la biodiversidad, el medioambiente y la cultura de las Comunidades nativas.

4.10. PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE DEFINICIONES Y CLÁUSULAS SOBRE LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE EN LOS CONTRATOS PETROLEROS

Como consecuencia natural de nuestro trabajo de investigación, por el cual hemos determinado que es posible y viable la conveniencia de incorporar las cláusulas de lucro cesante y daño emergente en los contratos petroleros, consideramos conveniente la siguiente propuesta de incorporar en los Modelos de Contratos de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, las definiciones de daño emergente y lucro cesante (lucro cesante actual y lucro cesante futuro), así como en el cuerpo de las cláusulas las que regulen el Lucro Cesante y Daño Emergente y los supuestos en que son aplicables.

Nuestra propuesta es la siguiente:

CONTRATO DE LICENCIA PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL LOTE XXX

PERUPETRO S.A. Y EMPRESA PETROLERA

CLAUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES

Las definiciones acordadas por las Partes en la presente cláusula tienen por finalidad dar el significado requerido a los términos que se emplean en el Contrato y dicho significado será el único aceptado para los efectos de su interpretación en la ejecución del mismo, a menos que las Partes lo acuerden expresamente por escrito de otra forma. Los términos definidos y utilizados en el Contrato, sean en singular o en plural, se escribirán con la primera letra en mayúscula y tendrán los siguientes significados:

1.1 Afiliada

Cualquier entidad, cuyo capital accionario con derecho a voto sea de propiedad, directa o indirectamente, en una proporción igual al cincuenta por ciento (50%) o más de PERUPETRO o del Contratista o cualquier entidad o persona que sea propietaria, directa o indirectamente, del cincuenta por ciento (50%) o más del capital accionario con derecho a voto sea de propiedad, directa o indirectamente, en cincuenta por ciento (50%) o más del mismo accionista o accionistas que posea o posean, directa o indirectamente, el cincuenta por ciento (50%) o más del capital accionario con derecho a voto de PERUPETRO o del Contratista.

(...)

1.13 Daño Emergente

Se entiende por daño emergente a todo perjuicio ocurrido en el patrimonio de la víctima, producido por la pérdida, deterioro o destrucción de un bien o un derecho que formaba parte de su patrimonio. Los daños deben haberse producido realmente y manifestarse mediante gastos efectivamente realizados o que se van a realizar.

(...)

1.34 Lucro Cesante

Se entiende por lucro cesante al beneficio o ganancia que se dejó de obtener como resultado del daño causado.

1.35 Lucro Cesante Actual

Es el beneficio o ganancia que se dejó de obtener como resultado de un daño que ya se produjo al momento de reclamar el resarcimiento.

1.36 Lucro Cesante Futuro

Es el beneficio o ganancia que se dejó de obtener como resultado de un daño que se prolonga en el tiempo.

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA.- DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE=====

18.1 Las Partes se comprometen a resarcir por daño emergente o lucro cesante los daños materiales que se produzcan en el ejercicio de la actividad de hidrocarburos desde la suscripción del presente contrato hasta su término. ===

18.2 Son supuestos de resarcimiento por daño emergente los siguientes: =====

a) Cuando se frustra la expectativa de PERUPETRO de recibir determinada cantidad de barriles de petróleo diario, según lo pactado en el contrato, que lo obligue a importar petróleo a un mayor costo. =====

b) Cuando los pobladores del Área de Exploración y Explotación sufren daños en sus bienes muebles o inmuebles producto de las actividades de prospección sísmica en la exploración de petróleo. =====

c) Por el perjuicio o detrimento que sufren en su economía los agricultores de las Comunidades Nativas por los derrames de petróleo. =====

d) Cuando se daña el medio ambiente por la contaminación producida por el derrame de petróleo en los mares o los ríos. =====

e) Cuando se afecta la biodiversidad al ocasionarse la muerte de especies animales o vegetales producto de la contaminación tóxica producida por el derrame de petróleo. =====

f) Cuando se daña las áreas de cultivo, producto de la actividad de hidrocarburos con el lamentable resultado de frustrar la actividad agrícola. =

Esta lista de supuestos no excluye cualquier otro caso que pueda ser considerado resarcible por daño emergente. =====

18.3 Son supuestos de resarcimiento por lucro cesante los siguientes: =====

a) Por la conducta del contratista que incumple el contrato petrolero por preferir otro que le ofrezca mayor rentabilidad. =====

b) Por el perjuicio que sufren los pescadores por los derrames de petróleo en el mar, ríos, lagos u otras fuentes hídricas, que cause la muerte de las especies sustento de su economía. =====

c) Por el detrimento que sufren los agricultores de las Comunidades Nativas por los derrames de petróleo en los ríos, lo cual afecta su actividad agrícola.

d) Por el perjuicio que sufren los pobladores de zonas selváticas por el derrame negligente de petróleo que contamine el agua que consumen. =====

e) Por los daños permanentes que sufren los pobladores en su salud o su integridad personal producto de la contaminación del agua o los alimentos que consumen, por el derrame negligente de petróleo en el suelo o en las áreas marítimas, lacustres o fluviales. =====

f) Por el perjuicio que se ocasiona a la economía de un país cuando el contratista incumple un contrato alegando que ya no le es rentable, a pesar de que los estudios exploratorios demostraron todo lo contrario. =====

Esta lista de supuestos no excluye cualquier otro caso que pueda ser considerado resarcible por lucro cesante. =====

18.4 Cualquier discrepancia que tengan las Partes con motivo del resarcimiento de

daños materiales por lucro cesante y daño emergente será resuelto bajo las normas del derecho privado. =====

CONCLUSIONES

1. El petróleo se mantiene como un recurso energético fundamental para el abastecimiento energético y la economía general de un país, y requiere de un complejo proceso productivo y una ingente inversión de recursos, que no pueden dejarse de tener en cuenta al momento de celebrar el contrato y diseñar las cláusulas de lucro cesante y daño emergente.
2. La historia del petróleo nos enseña que la configuración de los contratos petroleros ha evolucionado de una menor a una mayor minuciosidad en el diseño de las cláusulas, tendencia que buscamos aplicar al lucro cesante y el daño emergente, y que además responden a las demandas políticas, económicas y sociales del momento.
3. El contrato petrolero es el instrumento jurídico que permite el aprovechamiento económico del petróleo y sus cláusulas, incluidas las de lucro cesante y daño emergente, están determinadas por factores externos como la fluctuación de los precios, el mercado del petróleo, las condiciones políticas del país, la ideología imperante y el marco jurídico vigente en cada país.
4. En el Perú, los contratos petroleros se rigen por un marco jurídico abierto a la inversión extranjera en petróleo, que responde a la orientación neoliberal impuesta en nuestro país desde los noventa durante el gobierno de Fujimori y que se ha mantenido en las siguientes décadas durante los diferentes regímenes que han gobernado en nuestro país.
5. Los contratos petroleros peruanos son rígidos y poco atractivos a la inversión petrolera, por lo que deben flexibilizarse sus condiciones reduciendo las regalías y disminuyendo la presión tributaria, teniendo como referencia el modelo colombiano, sin que ello afecta la incorporación de las cláusulas de lucro cesante y daño emergente.

6. El contrato petrolero, que sirve de matriz al lucro cesante y al daño emergente, es un contrato complejo que presenta en sí mismo elementos de diversos contratos, el cual es celebrado por un Estado anfitrión y una empresa petrolera o un consorcio de empresas especializadas en diversos aspectos de la industria petrolera, que establece derechos y obligaciones entre las partes.
7. Todo contrato petrolero tiene una estructura peculiar que se inicia con una lista de definiciones de términos técnicos y jurídicos empleados, y a continuación se redactan las cláusulas que forman el cuerpo del contrato, entre las que consideramos que debe colocarse en forma expresa las de lucro cesante y daño emergente, tanto en la lista de definiciones como en sus diversas cláusulas.
8. El contrato petrolero se encuentra regulado tanto por normas jurídicas del derecho público como del derecho privado. Así, el derecho constitucional y administrativo regula normas referentes a la propiedad y explotación de los recursos naturales así como a su regulación ambiental, mientras que el lucro cesante y el daño emergente son objeto de regulación por el derecho civil.
9. En el ejercicio de la actividad petrolera, puede incurrirse en responsabilidad civil contractual, por inejecución de una obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o, en responsabilidad civil aquiliana por daños a la población, su patrimonio, a la biodiversidad o al medio ambiente. Ello no impide que pueda producirse la protección aquiliana de la relación contractual por daño imputable a un tercero.
10. En materia petrolera se puede incurrir en responsabilidad civil o en responsabilidad patrimonial. Es responsabilidad de la empresa petrolera resarcir por los daños que ocasione por la actividad de hidrocarburos, pero si incumple, el Estado tiene la responsabilidad patrimonial de compensar a los particulares por los detrimentos sufridos.

11. En la actividad petrolera, los daños que pueden producirse por los riesgos que conlleva la misma, además del lucro cesante y el daño emergente, son múltiples y pueden originarse ya sea por el incumplimiento de obligaciones relevantes pactadas en el contrato petrolero, así como por eventos dañosos de origen extracontractual, que afectan a la población, a su patrimonio o al medio ambiente.
12. La regulación del lucro cesante y el daño emergente, dentro de las cláusulas de los contratos petroleros, en nuestra opinión, tiene una importancia de primer orden, pues no solo previene disputas jurídicas engorrosas, sino además establece de antemano las reglas a las que deben atenerse las partes, en caso de que se produzcan daños resarcibles por lucro cesante o daño emergente.
13. Es recomendable establecer expresamente el lucro cesante y el daño emergente en la lista de definiciones con que se inicia todo contrato petrolero, pues tiene carácter vinculante para las partes.
14. Es conveniente formular cláusulas expresas que recojan detalladamente los diversos supuestos en los cuales aplicar el resarcimiento de daños materiales por lucro cesante o daño emergente.
15. El lucro cesante y el daño emergente son conceptualmente distintos, pues el primero se refiere a lo que se dejó de percibir y el segundo al detrimento efectivo del patrimonio; sin embargo, suelen concurrir en la práctica de manera conjunta, en consecuencia es imperativo señalar de forma expresa, clara e inequívoca los diversos supuestos en los que son aplicables.
16. Así, como en nuestros contratos petroleros se establece, a diferencia del CC, los supuestos que son considerados como caso fortuito o fuerza mayor, así debe señalarse en las cláusulas de los contratos petroleros los supuestos de daños materiales resarcibles por lucro cesante o daño emergente, pero con carácter de *numerus apertus*.

- 17.** Es posible plantear una reparación integral de los daños generados por la industria petrolera, que afecten no solo al patrimonio o a las personas mismas, sino a los que también afectan al medio ambiente, a la biodiversidad, a las Comunidades Nativas y Campesinas, a su cultura, a su economía y a sus costumbres.
- 18.** La reparación integral de los daños extracontractuales, en el Common Law, se extiende a los hechos dolosos o gravemente negligentes, es decir, solo son resarcibles la totalidad de los daños que emerjan de conductas intencionales o por grave negligencia.



ANEXOS

ANEXO N° 01: MODELO DE CONTRATO DE LICENCIA DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

CONTRATO DE LICENCIA PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL LOTE XXX

PERUPETRO S.A. Y EMPRESA PETROLERA

CLÁUSULA PRELIMINAR.- GENERALIDADES

- I. Interviene PERUPETRO, en virtud de la facultad concedida por la Ley N° 26221, para celebrar el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote....
- II. II. Los Hidrocarburos "in situ" son de propiedad del Estado. El derecho de propiedad sobre los Hidrocarburos extraídos es transferido por PERUPETRO al Contratista en la Fecha de Suscripción, conforme a lo estipulado en el Contrato y en el artículo 8º de la Ley N° 26221. El Contratista se obliga a pagar al Estado, a través de PERUPETRO, la regalía en efectivo en las condiciones y oportunidad establecidas en el Contrato.
- III. III. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12º de la Ley N° 26221, el Contrato se rige por el derecho privado peruano, siéndole de aplicación los alcances del artículo 1357º del Código Civil.
- IV. IV. Para todos los efectos relativos y derivados del Contrato, las Partes convienen en que los títulos de las cláusulas son irrelevantes para la interpretación del contenido de las mismas.
- V. V. Cualquier referencia al Contrato comprende a los Anexos. En caso de discrepancia entre los Anexos y lo estipulado en el cuerpo del Contrato, prevalecerá este último.

FUENTE: PERUPETRO

ANEXO N° 02: MODELO DE CONTRATO DE LICENCIA DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN
DE HIDROCARBUROS

**CONTRATO DE LICENCIA PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE
HIDROCARBUROS EN EL LOTE XXX**

PERUPETRO S.A. Y EMPRESA PETROLERA

CLAUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES

Las definiciones acordadas por las Partes en la presente cláusula tienen por finalidad dar el significado requerido a los términos que se emplean en el Contrato y dicho significado será el único aceptado para los efectos de su interpretación en la ejecución del mismo, a menos que las Partes lo acuerden expresamente por escrito de otra forma. Los términos definidos y utilizados en el Contrato, sean en singular o en plural, se escribirán con la primera letra en mayúscula y tendrán los siguientes significados:

1.2 Afiliada

Cualquier entidad, cuyo capital accionario con derecho a voto sea de propiedad, directa o indirectamente, en una proporción igual al cincuenta por ciento (50%) o más de PERUPETRO o del Contratista o cualquier entidad o persona que sea propietaria, directa o indirectamente, del cincuenta por ciento (50%) o más del capital accionario con derecho a voto de PERUPETRO o del Contratista; o cualquier entidad cuyo capital accionario con derecho a voto sea de propiedad, directa o indirectamente, en cincuenta por ciento (50%) o más del mismo accionista o accionistas que posea o posean, directa o indirectamente, el cincuenta por ciento (50%) o más del capital accionario con derecho a voto de PERUPETRO o del Contratista.

(...)

1.4 Barril

Unidad de medida de capacidad de los Hidrocarburos Líquidos Fiscalizados que consiste en cuarenta y dos (42) galones de los Estados Unidos de América, corregidos a una temperatura de sesenta grados Fahrenheit (60° F), a presión del nivel del mar, sin agua, barro u otros sedimentos (BS&W).

(...)

1.6 Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Se entiende como tal, entre otros los siguientes: incendios, temblores, terremotos, maremotos, derrumbes, avalanchas, inundaciones, huracanes, tempestades, explosiones, actos fortuitos imprevisibles, conflictos bélicos, guerrillas, actos terroristas, sabotaje, conmoción civil, bloqueos, demoras

incontrolables en el transporte, huelgas, paros, imposibilidad de obtener, no obstante haberlo previsto, facilidades adecuadas para el transporte de materiales, equipos y servicios, así como las autorizaciones, aprobaciones, licencias y permisos a cargo de las autoridades competentes; o cualquier otra causa, ya sea similar o distinta de aquellas específicamente enumeradas aquí, que estén fuera del control razonable y no pudieran ser previstas o que, habiendo sido previstas, no pudieran ser evitadas.

(...)

1.11 Contratista

EMPRESA PETROLERA, inscrita en el Registro Público de Hidrocarburos en el Asiento A00001 de la Partida N° XXXXXX del Libro de Contratistas de Operaciones.

1.12 Contrato

El presente acuerdo al que han llegado las Partes, en el cual se estipulan los términos y condiciones que se encuentran contenidos en este documento y en los anexos que lo integran, comprende los acuerdos adicionales a los que lleguen las Partes en virtud de este documento y las modificaciones que se hagan al mismo conforme a ley.

(...)

1.14 Desarrollo

Ejecución de cualquier actividad apropiada para la Producción de Hidrocarburos, tal como la perforación, completación y profundización de pozos, así como el diseño, construcción e instalación de equipos, tuberías, tanques de almacenamiento y otros medios e instalaciones, incluyendo la utilización de métodos de Producción artificial y sistemas de recuperación primaria y mejorada, en el Área de Contrato y fuera de ella en cuanto resulte necesario. Incluye la construcción del Sistema de Transporte y Almacenamiento, de las instalaciones del Punto de Fiscalización de la Producción, del Ducto Principal y de ser el caso, plantas de destilación primaria para la manufactura de productos a ser utilizados en las Operaciones o plantas de procesamiento de Gas Natural.

(...)

1.19 Exploración

Planeamiento, ejecución y evaluación de todo tipo de estudios geológicos, geofísicos, geoquímicos y otros, así como las actividades geofísicas, la perforación de Pozos Exploratorios y demás actividades conexas necesarias

para el descubrimiento de Hidrocarburos, incluyendo la perforación de Pozos Confirmatorios para la evaluación de los Reservorios descubiertos.

1.20 Explotación

Desarrollo y/o Producción.

(...)

1.24 Fiscalización

Acciones que, conforme a los dispositivos legales y normas técnicas, realiza OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería) sobre las actividades de Exploración y Explotación realizadas por el Contratista.

(...)

1.29 Hidrocarburos

Todo compuesto orgánico, gaseoso, líquido o sólido, que consiste principalmente de carbono e hidrógeno.

(...)

1.33 Ley N° 26221

Texto Único Ordenado de la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-EM, ampliatorias, reglamentarias y modificatorias.

(...)

1.38 Operaciones

Toda actividad de Exploración y Explotación y todas las demás actividades materia del Contrato o relacionadas con la ejecución del mismo.

1.39 Partes

PERUPETRO y el Contratista.

1.40 PERUPETRO

PERUPETRO S.A., es la Empresa Estatal de Derecho Privado del Sector Energía y Minas, creada por la Ley N° 26221.

1.41 Petróleo

Hidrocarburos que a condiciones iniciales de presión y temperatura de Reservorio se encuentra en estado líquido y que mayormente se mantiene en estado líquido en condiciones atmosféricas; no incluye Condensados, Líquidos de Gas natural o Gas Natural Licuado.

1.42 Petróleo Fiscalizado

Petróleo producido en el Área de Contrato y medido en un Punto de Fiscalización de la Producción.

1.43 Petróleo Pesado

Hidrocarburos Líquidos, que por su densidad y viscosidad requieren para su Explotación el empleo de métodos no convencionales y/o que, para su transporte, requieren procesos de calentamiento u otros procedimientos, excluyendo la mezcla con Petróleo producido en el mismo Yacimiento, que dé como resultado Petróleo liviano.

(...)

1.47 Producción

Todo tipo de actividades en el Área de Contrato o fuera de ella en lo que resulte necesario, cuya finalidad sea la extracción y manipuleo de Hidrocarburos del Área de Contrato, y que incluye la operación y reacondicionamiento de pozos, instalación y operación de equipos, tuberías, Sistema de Transporte y Almacenamiento, Ducto Principal, tratamiento y medición de Hidrocarburos y todo tipo de métodos de recuperación primaria y mejorada.

1.48 Punto de Fiscalización de la Producción

Lugar o lugares ubicados por el Contratista en el Área de Contrato, o ubicados por acuerdo de las Partes fuera de ella, donde se realizan las mediciones y determinaciones volumétricas, determinaciones del contenido de agua y sedimentos y otras mediciones, a fin de establecer el volumen y calidad de los Hidrocarburos Fiscalizados, de acuerdo a las respectivas normas AGA, API y ASTM.

(...)

1.51 Subcontratista

Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, contratada por el Contratista para prestar servicios relacionados con las Operaciones.

1.52 Supervisión

Acciones que PERUPETRO realiza para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Contratista.

FUENTE: PERUPETRO

ANEXO N° 03: MODELO DE CONTRATO DE LICENCIA DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN
DE HIDROCARBUROS

**CONTRATO DE LICENCIA PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE
HIDROCARBUROS EN EL LOTE XXX**

PERUPETRO S.A. Y EMPRESA PETROLERA

CARTA FIANZA

CARTA FIANZA N°

Lima,
Señores
PERUPETRO S.A.
Ciudad.

De nuestra consideración:

Por la presente, nosotros.... (Entidad del sistema financiero)... nos constituimos en fiadores solidarios de XXXXX, Sucursal Peruana XX, en adelante llamado el Contratista, ante PERUPETRO S.A., en adelante llamada PERUPETRO, por el importe de XXXXX y 00/100 Dólares (US\$ XXXX) a fin de garantizar el fiel cumplimiento de la oferta técnica del Contratista para el segundo período de la fase de exploración del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote XXX, suscrito con PERUPETRO (en adelante llamado Contrato).

La obligación que asume.... (Entidad del sistema financiero)..... bajo la presente fianza se limita a pagar a PERUPETRO la suma de XXXXX y 00/100 Dólares (US\$ XXXX) requerida en su solicitud de pago.

1. Esta fianza es solidaria, sin beneficio de excusión, irrevocable, incondicional y de realización automática, pagadera a la presentación dentro del plazo de vigencia de la misma, de una carta notarial dirigida por PERUPETRO a.... (Entidad del sistema financiero)... solicitando el pago de XXXX y 00/100 Dólares (US\$ XXXX), declarando que el Contratista no ha cumplido con todo o parte de la obligación antes referida y acompañando a dicha carta, como único recaudo y justificación, una copia certificada de la carta notarial dirigida por PERUPETRO al Contratista exigiéndole el cumplimiento de la obligación antes referida y notificándole su intención de hacer efectiva la fianza; dicha carta notarial de PERUPETRO al Contratista deberá haber sido entregada a éste por lo menos veinte (20) Días calendario antes de la fecha en que PERUPETRO presente la reclamación de pago a(Entidad del sistema financiero).....

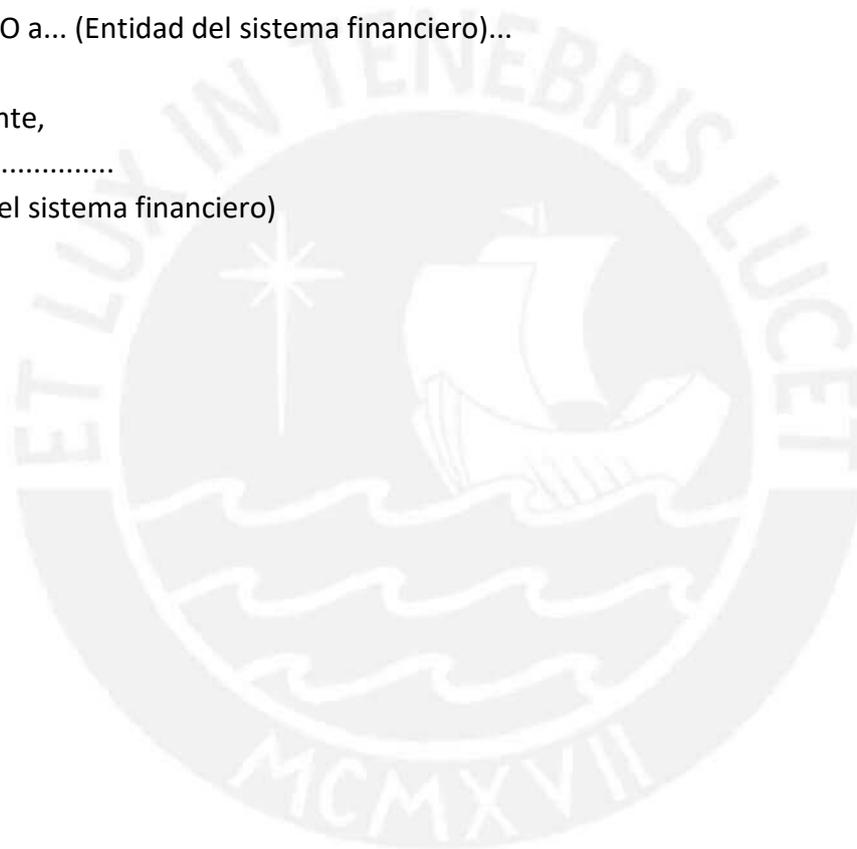
2. La presente fianza expirará a más tardar el..... (un día antes del inicio del segundo período de la fase de exploración del Contrato) a menos que con anterioridad a esa fecha ... (Entidad del sistema financiero)... reciba una carta de PERUPETRO liberando a(Entidad del sistema financiero).... y al Contratista de toda responsabilidad bajo la presente fianza, en cuyo caso la presente fianza será cancelada en la fecha de recepción de la mencionada carta de PERUPETRO.

3. Toda demora por nuestra parte para honrar la presente fianza a favor de ustedes, devengará un interés equivalente a la Tasa Activa en Moneda Extranjera (TAMEX) de las Instituciones del Sistema Financiero que publica la Superintendencia de Banca y Seguros aplicable durante el período de retraso o la tasa que la sustituya. Los intereses serán calculados a partir de la fecha de la recepción de la carta notarial dirigida por PERUPETRO a... (Entidad del sistema financiero)...

Atentamente,

.....

(Entidad del sistema financiero)



BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel

1960 Instituciones de Derecho Civil. Parte General y Obligaciones. Bosch, Barcelona, España.

ARELLANO SOTO, Raúl

1984 Apuntes sobre contratos petroleros. En: Revista *Ciencia y Comunidad*. Unicen, Cochabamba, Bolivia.
<http://www.unicen.edu.bo/modulos/archivos/articulos/ARTICULO%2017.pdf>>

BANFI DEL RÍO, Cristian

2012 Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 3 – 32.

BARBERO, Domenico

1967 Sistema del Derecho Privado. T. IV: Contratos, Buenos Aires, Argentina.

BART, J.

1998 Histoire du Droit Privé: de la chute de l'Empire Romain au XIX^e. Siècle, Montchrétien, París.

BONGAERTS, Jan C. y BIEVRE, F. M. de

1987 La responsabilidad civil por contaminación petrolífera del mar. Artículo aparecido en: *The Geneva Papers on Risks and Insurance*.

BRECCIA, Umberto

1991 "Le obbligazioni", en "Trattato di diritto privato", Milán, p. 60 y ss.

BUSNELLI, Francesco

1963 "La lesione del crédito da parte di terzi", Italia.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo

1982 Diccionario Jurídico. Buenos Aires. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. Cuarta Edición.

CÁRDENAS BUCHELI, Alberto

2013 OPEP vs. Siete Hermanas. Creación y funcionamiento de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (1960 y 1973), como respuesta de los Estados miembros en contraposición al poder de las transnacionales petroleras.

<<http://saber.ucv.ve/jspui/handle/123456789/3801>>

CHUECA SANCHO, ÁNGEL

1989 Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho Internacional Público. Curso de Derecho Internacional. España.

CONTRERAS GARZA, Joaquín

1997 Los esquemas de financiamiento para la industria petrolera: algunas consideraciones legales. México D. F. UNAM.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/153/32.pdf>>

CORDADID FOUNDATION

2012 Contratos Petroleros. Cómo leerlos y entenderlos. Building Flourishing Communities. 1° Edición al inglés, 2012. Traducción al español, 2013. Publicado por Open Oil.

ENNECCERUS, Ludwig

1935 Derecho de Obligaciones. Volumen segundo: Doctrina Especial. Casa Editorial BOSCH, Barcelona, España.

ESCOBAR CÓRDOBA, Federico

2012 Del Derecho Romano a las tradiciones jurídicas. Ponencia presentada en la Pontificia Universidad Javeriana. Cali. Colombia.

ESPINOZA, Sharon

2000 The importance of the Elimination of Bureaucratic Barriers. En: the role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards and Academic. Audit of Indecopi. Lima, pp. 245 – 258.

FORERO USECHE, Juan Guillermo

2011 ¿Recibe el mismo trato un derrame de petróleo en USA que en Colombia? Bogotá D. C. Universidad de La Sabana.

FRÚGOLI, Martín A.

2010 Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente. Resarcimiento. Argentina. Referencia: <<https://www.derechocambiosocial.com>>

GUZMÁN BRITO, Alejandro

2001 El tradicionalismo del Código Civil peruano de 1852. En: Revista de estudios histórico – jurídicos N° 23. Universidad Católica de Valparaíso. Chile.

HERNÁNDEZ, Luis Humberto

2008 América Latina: petróleo y conflicto. Pasado y presente. En: *Ciencia Política* N° 5, Enero – Junio, Colombia.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan

2015 Por qué rechazar el nuevo sistema de arbitraje. Universidad del País Vasco. Referencia: <<http://www.lamarea.com/2015/09/26/por-que-rechazar-el-nuevo-sistema-de-arbitraje-del-ttip/>>

IGLESIAS, Juan

1982 Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Séptima edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona.

KRESALJA, Baldo

2001 La Reserva de Actividades económicas a favor del Estado y el Régimen de los Monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993 En: *Ius et Veritas*, N° 22, 272 – 306.

LA CRUZ, J. L., y OTROS

2003 Derecho de Obligaciones, Vol. I, Dyckinson, Madrid.

LAUB, Anthony

2015 Entrevista realizada por Carlos Bessombes B. en: *El Perú debe apuntar a convertirse en el polo energético de Sudamérica*, publicado en el diario *La República*, pp. 18 y ss., el 30 de agosto de 2015.

LEÓN HILARIO, Leysser

2011 *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3° ed. corregida y aumentada. Ed. Jurista Editores, Lima

LÓPEZ DÍAZ, Elvira

2006 *Iniciación al Derecho*. Primera edición, Publicaciones Delta, Madrid, España

MA LARENS YOUNG COLOMBIA

2010 *El seguro petrolero*. Boletín Técnico N° 009, junio de 2010.

MANCIPE GONZALEZ, Andrés Ricardo

2005 *Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Bogotá D. C. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

MARTICORENA SOLÍS, Manuel

2015 Entrevista realizada al consultor colombiano en energía Armando Zamora en el suplemento Portafolio del diario El Comercio, p. 6 y ss., del 18, de enero de 2015.

MINCHELA ORELLANA, Andrea Francisca

2015 La responsabilidad civil extracontractual y su reparación por daños y perjuicios dentro de la legislación ecuatoriana. Universidad de Cuenca. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Cuenca, Ecuador, pp., 77.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis

1973 Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relación al daño emergente y al lucro cesante. Publicado en: El Derecho, T. 59, Buenos Aires, Argentina.

MONATERI P. G.

2006 Gayo, el Negro. Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En: *La invención del derecho privado*. Ed. Carlos Morales de Satién Ravina. Bogotá: Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

MONDINO, Pedro

1977 Los contratos de servicio en la industria petrolera latinoamericana. Uruguay. Universidad de Montevideo.

https://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho.../024-Estudios_03.pdf

NARVÁEZ ÁLVAREZ, María José

2008 La responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y las instituciones del Código Civil ecuatoriano. Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar.

NORIEGA CALMET, Fernando

1962 Historia de la industria del petróleo en el Perú desde sus comienzos hasta la fecha. Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar.
<http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFH/Historia%20del%20Petroeo%20Peru.pdf>

OILWATCH, Curitiba

2006 Documento de posición sobre responsabilidad civil y restauración en el Convenio de Biodiversidad. <https://www.oilwatch.org>

ORGAZ, Alfredo

1967 Daño resarcible, Depalma, Buenos Aires, Argentina.

OSSORIO, Manuel

1984 Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires. Argentina: Ed. Heliasta.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario

2003 Tratado de las Obligaciones. Vol. XVI. 2da Parte. Tomo V. Biblioteca: Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la PUCP.

OURLIAC, P. et DE MALAFOSSE, J.

1969 Histoire du Droit Privé, 2ème édition, Presses Universitaires de France, París, p. 114.

PALAZUELOS, Enrique

2011 Modelos de oligopolio en la industria petrolera: las “Siete Hermanas” versus la OPEP. Revista de Historia Industrial, N° 48, año XXI.

PESSOA JORGE, Fernando

1968 Ensaio sobre os presupostos da responsabilidades civil, Lisboa, Portugal.

PORTAFOLIO

2015 Nuevo rey, mismo estilo. La muerte del rey saudí Abdalá no alteró el precio del crudo, menos aun la asunción de su sucesor. Suplemento del diario El Comercio, p. 16, 25 de enero de 2015.

ROCA GUILLAMÓN, Juan

1985 Codificación y Crisis del Derecho Civil. Universidad de Murcia, España, pp. 7 – 31.

ROPPO, Vincenzo

2001 Istituzioni di diritto privato, 4° ed., Monduzzi, p. 63.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

2013 ¿Las comunidades nativas tienen derecho a una compensación económica por el uso que hacen de sus territorios las empresas petroleras? <<https://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=989>>

SALDARRIAGA, Juan

2015 La larga noche del sector petrolero se prolonga más. En: Portafolio, suplemento de el diario El Comercio, pp. 8 -9, del 19 de julio de 2015.

SANTOS BRIZ, Jaime

1991 La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal, Sexta Edición, Montecorvo, Madrid.

SANTOS DÁVALOS, Oswaldo

2014 Introducción a la valoración de daños. (Con aplicación al arbitraje). Revista Ecuatoriana de Arbitraje. N° 06-2014, pp. 109 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Antonio:

2001 La autonomía de la voluntad como generadora de contratos en el marco del derecho privado comparado: el consentimiento. Universidad de Extremadura. España.

SORO RUSELL, Olivier

2014 El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación. Génesis y contenido actual. Departamento de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

TÁVARA, José y VÁSQUEZ, Arturo

2008 La industria del Petróleo en el Perú: contexto regional, condiciones de competencia y asimetrías en las variaciones de los precios de los combustibles. PUCP. INDECOPI.

TERAZONO, Emiko

2015 Precios de commodities regresan a la normalidad. Syndicated articles from Financial Times, reproducido en el Suplemento Portafolio de El Comercio, p. 14, del 14 de febrero de 2015.

UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado)

2004 Principios Unidroit. Sobre los contratos comerciales internacionales. Editado por el Unidroit, Roma.

VIDAL RAMÍREZ, Jorge

2010 El acto jurídico y el negocio jurídico en nuestra codificación civil. En: Asesoría Jurídica, del 2 de agosto de 2010.

VIDARTE, Oscar

2015 Internacionalista y docente PUCP, citado en: Nuevo rey, mismo estilo. La muerte del rey saudí Abdalá no alteró el precio del crudo, menos aun la asunción de su sucesor. Suplemento Portafolio del diario El Comercio, p. 16, 25 de enero de 2015.

VISENTINI, Giovanna

1999 Tratado de Responsabilidad Civil, T. 2, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

WEIL, Prosper

1981 Droit International et contrats d'Etat. En Melanges P. Reuter, Paris, p. 558.

