



**Informe legal N° 001-2018/PPGA sobre el Proyecto de Ley N° 2145/2017-CR
que propone la "Ley que modifica la Ley 26221, Ley Orgánica de
Hidrocarburos"**

I. Antecedentes

Mediante Oficio N° 0258-3-PL2145-2017-2018/CEM-CR, la Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República, remite el proyecto de ley N° 2145/2017-CR mediante la cual se propone la "Ley que modifica la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos" (en adelante el "Proyecto de Ley"), a la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA, para el envío de sus comentarios u observaciones respecto del mismo.

Conforme a lo señalado en el Proyecto de Ley el fin de esta iniciativa es promover la industria de hidrocarburos del país a través del establecimiento de un marco normativo que incentive el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional, mediante la modificación de diversos artículos de la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

En este sentido, la SPDA emite opinión legal al Proyecto de Ley, a fin de contribuir con dichos aportes al proceso de revisión y evaluación legislativa que realiza el Congreso de la República.

II. Base jurídica

La base jurídica revisada y analizada para efectuar los comentarios y aportes al Proyecto de Ley es la siguiente:

- Constitución Política del Perú, 1993
- Ley General del Ambiente, Ley N° 28611
- Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446
- Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – Senace, Ley N° 29968
- Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley N° 30327
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Decreto Supremo N° 042-2005-EM.
- Reglamento de Protección Ambiental para las actividades de hidrocarburos, Decreto Supremo N° 039-2014-EM
- Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 066-2017-JUS.



III. Conclusiones y recomendaciones

Desde la SPDA, consideramos que cualquier propuesta de modificación a la Ley Orgánica de Hidrocarburos debe lograr mejorar las condiciones legales y técnicas para el desarrollo de la actividad en el país pero sin flexibilizar o dejar de lado los estándares ambientales y sociales que se requieren cumplir en el desarrollo de esta industria.

Considerando ello, de la revisión de la propuesta legislativa presentada por el Estado podemos dar cuenta que a pesar de las evidencias que demuestran los puntos débiles del sector respecto a la ocurrencia reiterada de accidentes y emergencias ambientales¹, ésta propone medidas que fomentan la inversión de hidrocarburos sin haber incluido aspectos esenciales que contribuirían a mejorar el desempeño socioambiental de la industria petrolera en el país. Estos aspectos esenciales están ligados a los temas de cumplimiento de obligaciones ambientales, la oportunidad para aplicar la consulta previa, la generación y difusión de información ambiental entorno a los lotes de hidrocarburos en concesión, modalidades financieras para la remediación de pasivos ambientales de hidrocarburos, entre otros.

Es por ello, que consideramos necesaria la inclusión de disposiciones orientadas a generar transparencia en las actividades de hidrocarburos y a establecer obligaciones para el cumplimiento de la normativa ambiental y social, las cuales se describen con más detalle, a continuación.

IV. Opinión legal

4.1. Consideraciones generales

En el Proyecto de Ley se proponen modificaciones a una serie de artículos de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, con la finalidad de promover las actividades de hidrocarburos en el Perú, debido a un escenario de paralización de actividades y de desaceleración de la economía. La exposición de motivos desarrolla como uno de los puntos problemáticos que aqueja al sector, además de los factores del mercado externo e interno, a los temas socio-ambientales. Específicamente, se considera que la problemática socio-ambiental, es un *"factor determinante para las inversiones que ha bloqueado el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos"*. Este presupuesto se fundamenta en la cantidad de actividades paralizadas que fueron declaradas en fuerza mayor debido al plazo que tomó evaluar su estudio de impacto ambiental.

¹ En los últimos años, **el sector hidrocarburos ha sido protagonista de acontecimientos perjudiciales para el medio ambiente y la salud pública**, ya que desde el 2014 hasta el 2017, más de 10 derrames de crudo fueron derramados en la Amazonía peruana, de los cuales 3 derrames han sido responsabilidad de la empresa operadora PetroPerú. La justicia administrativa sancionó a PetroPerú dos años después de cometidos los derrames de Imaza y Morona en el 2016, debido a un régimen excepcional de fiscalización ambiental que impedía el inicio de procedimientos administrativos sancionadores en primera instancia.



Al respecto, es importante mencionar que la problemática socio-ambiental no sólo se circunscribe al trámite de los procedimientos administrativos necesarios para la obtención de la certificación ambiental y respecto de los cuales podría asegurarse el gobierno, desde la gestión pasada, ha tenido interesantes esfuerzos para optimizar los procesos a través de mecanismos como la Certificación Ambiental Global y la implementación de la Ventanilla Única de Certificación Ambiental, entre otras flexibilizaciones. Cuando se hable de la problemática ambiental no se deben olvidar el historial de los reiterados derrames de crudo ocurridos en la Amazonía en los últimos años, por el funcionamiento del Oleoducto Norperuano; así como tampoco la problemática alrededor del accidentado abandono del Lote 192.

Casos como el derrame ocurrido en Cuninico en el año 2014 originaron hitos en la historia de la gestión pública ambiental, ya que pese a la flagrancia y evidente daño ambiental y a la salud pública que generaron estos hechos, los mismos fueron tramitados en un régimen de excepción a la fiscalización y sanción ambiental producto de la aprobación de la Ley N° 30230 lo que devino en una suerte de impunidad administrativa, además del daño ambiental, irreparable e incompensable en muchos casos.

Recientemente, debido a la reincidencia del caso, Petroperú ha sido sancionado en primera instancia por los derrames de Imaza y Morona, hasta con 12 283.90 UIT, lo que demuestra la intesidad del daño casuado y las consecuencias económicas que ello genera en términos de sostenibilidad financiera de la empresa. En el ámbito social, los derrames de hidrocarburos originaron conflictos sociales en donde organizaciones indígenas y poblaciones que habitan las áreas aledañas afectadas por hidrocarburos derramados, exigieron a PetroPerú la remediación de los componentes ambientales afectados y atención médica. Hasta diciembre de 2017 se identificaron dos conflictos socio-ambientales relacionados a los derrames de hidrocarburos, los cuales no presentan avances en su solución debido a que no existe diálogo entre las partes².

Por ello, es importante, transitar del tradicional discurso donde lo ambiental fluye como obstáculo o pretexto para sustentar la paralización de actividades, cuando en realidad, incluso en un régimen de excepción no se han visto mejoras en el desempeño de algunos operadores; hacia un enfoque que nos permita ver la gestión ambiental como una oportunidad para prevenir, anticipar y los conflictos socioambientales, el impacto y por qué no el daño ambiental.

Es por ello que, consideramos que si bien el gobierno pretende impulsar las actividades de hidrocarburos mediante medidas de aceleración de inversiones, éstas no deben dejar de lado el escenario socio-ambiental en el que se encuentran actualmente las actividades de explotación de hidrocarburos. El Estado y el sector privado deben asegurar que las actividades de hidrocarburos se ejecuten, no sólo en cumplimiento de las obligaciones legales ambientales y sociales establecidas en el marco legal, sino que deberán hacerlo con completa diligencia a fin de recobrar la confianza

² Reporte de Conflictos Sociales N° 166, Defensoría del Pueblo. Diciembre, 2017.



por parte de las poblaciones y del Estado, garantizar el derecho a un ambiente saludable y a su bienestar y asegurar el desarrollo sostenible del país.

V. Consideraciones específicas

De la revisión de la propuesta de modificación de los artículos del Proyecto de Ley, la SPDA se pronuncia sobre los siguientes puntos, desarrollados a continuación:

a. Sobre las nuevas funciones de PeruPetro S.A (Art. 6°)

En el Artículo 6 del Proyecto de Ley se establecen nuevas funciones a PeruPetro S.A, entre ellas el levantamiento de información biológica, física, social y cultural en los Lotes a ser promocionados por PeruPetro S.A (Literal k de dicho Artículo). De la exposición de motivos del proyecto de ley, queda claro que lo que se busca es que PeruPetro S.A permita que los operadores aceleren el inicio de operaciones **ya que el inversionista contará con la información ambiental y social de manera previa a presentarse como postor a explorar o explotar un lote petrolero.**

Sobre esta nueva función, consideramos lo siguiente:

1. La información generada por PerúPetro no debe eximir la obligación de elaboración de la línea base de los instrumentos de gestión ambiental a cargo del titular del proyecto.

La generación de la información sobre aspectos físicos, biológicos, sociales y culturales por parte de PerúPetro no debe eximir al inversionista a levantar información sobre el lote en donde realizará sus actividades, por lo que, la información puesta a su disposición no debe ser considerada bajo ningún supuesto como la línea base del instrumento de gestión ambiental del proyecto.

La información generada por PerúPetro S.A deberá ser usada con la finalidad de corroborar y cotejar la información proporcionada por el titular al momento de la evaluación de su instrumento de gestión ambiental, es decir con fines referenciales. Por ello, la información que genere PerúPetro S.A debe ser puesta a disposición de las autoridades competentes que intervienen en el proceso de evaluación de impacto ambiental.

Sin perjuicio de ello, es preciso mencionar que la elaboración de la línea base de un Instrumento de Gestión Ambiental debe considerar la normatividad vigente, la cual establece: el mecanismo de uso compartido de la línea de base³, la actualización de la línea

³ El titular de un proyecto de inversión pública, privada, público-privada o de capital mixto, puede optar por el uso compartido gratuito de la información de la línea base de un EIA-d o EIA-sd aprobado previamente por



base, el rol del Senace en el acompañamiento de su elaboración⁴, entre otros. Dicho marco normativo, es aplicable para todos los administrados de todos los sectores bajo el ámbito del SEIA; en ese sentido, las actividades de hidrocarburos sujetas a la aprobación del estudio de impacto ambiental detallado también se encuentran en este marco legal.

2. La información generada deberá recoger los resultados de la Evaluación Ambiental Temprana realizada por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA

En el marco de las funciones de evaluación ambiental del OEFA, ésta realiza la Evaluación Ambiental Temprana (EAT) el cual tiene como objetivo establecer diagnósticos en las áreas de influencias de proyectos fiscalizables por el OEFA antes del inicio de las operaciones que sirvan de referencia en las futuras acciones de supervisión.

La EAT recoge información oficial, actualizada, cierta y completa sobre el estado de los componentes ambientales en zonas donde existe intervención de proyectos de inversión. En ese sentido, consideramos importante que la información que genere PeruPetro S.A recoja los resultados de los diagnósticos de la EAT en tanto constituyen una fuente de información sobre las características ambientales de los Lotes que será de uso para los inversionistas.

En ese sentido, se propone que el literal k) del artículo 6°, sobre las funciones de PerúPetro S.A quede de la siguiente manera:

“Artículo 6°. –

(...)

*k) Levantar información relativa a los aspectos físicos, biológicos, sociales y culturales en los Lotes a ser promocionados por PeruPetro S.A a efectos que sea **de conocimiento** de los inversionistas interesados y de acceso público. **La información generada por PeruPetro S.A no exime a los inversionistas de levantar la información necesaria ni de la elaboración de la línea base ambiental conforme a los procedimientos legales establecidos.** Para efectos del levantamiento de dicha información, en los casos que corresponda, PeruPetro S.A realiza las coordinaciones necesarias con otras entidades competentes en la materia respectiva. **Como parte***

la autoridad competente, ya sea a su favor o a favor de terceros para la elaboración de un nuevo instrumento de gestión ambiental, bajo determinados supuestos. Artículo 6°, Ley 30327.

⁴ El Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace), “realiza acciones de supervisión en el proceso de elaboración de la línea base del estudio de impacto ambiental, con la finalidad de acompañar y orientar al titular en la generación y/o acopio de información completa, fidedigna y actualizada, sobre el estado del área de influencia de su proyecto, facilitando la identificación, caracterización y evaluación de los posibles impactos ambientales negativos significativos y el desarrollo del contenido de la Estrategia de Manejo Ambiental. Artículo 36°, Decreto Supremo 005-2016-MINAM.



de dicha actividad PerúPetro S.A recogerá la información generada por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en el marco de sus actividades de Evaluación Ambiental Temprana, sobre el área de influencia de los Lotes a ser promocionados.

3. La creación de la Ventanilla Única de Hidrocarburos

En el Proyecto de Ley se propone la inclusión como nueva función de PerúPetro, la administración de la Ventanilla Única de Hidrocarburos mediante la cual lo faculta a intervenir en la tramitación de permisos, licencias y autorizaciones vinculadas a las actividades de exploración u explotación.

Esta medida se justifica, según la exposición de motivos, en acelerar el procedimiento de evaluación de dichos permisos. Al respecto, en primer lugar, la propuesta sólo establece que intervendrá en los procedimientos que no están sujetos a la Ventanilla Única de Certificación Ambiental que es administrada por el Senace y que contiene los permisos ambientales vinculados al EIA (14 títulos actualmente y podrán acumularse más títulos de naturaleza ambiental en el transcurso). Sin embargo, es preciso mencionar que PeruPetro S.A también asume el rol de administrado en relación a las actividades de comercialización de los hidrocarburos; por lo que en dicho caso estaría asumiendo el rol de "juez y parte" lo cual, consideramos, que no permitiría llevar a cargo esta función con imparcialidad y objetividad.

En ese sentido, consideramos que el literal l) del Artículo 6° del Proyecto de Ley, debe ser ajustado en el extremo vinculado al conflicto de interés.

b. **Sobre la importancia de incluir la función de llevar a cabo el proceso de consulta previa a cargo de PeruPetro S.A**

Consideramos que, una de las funciones que debería tener PerúPetro S.A es realizar el proceso de consulta previa en el proceso de establecimiento del Lote. Si bien la medida de establecimiento de los lotes no se encuentra adecuadamente regulada actualmente, consideramos que sí es importante desarrollar el proceso en esta fase en cumplimiento con lo dispuesto en la Ley de Consulta Previa⁵ ya que la configuración y delimitación de un lote de hidrocarburos podría representar una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, siendo, en términos de oportunidad, el mejor momento para asegurar una decisión legítima por parte del Estado. Ello sin perjuicio que, se deban consultarse otras fases del proceso tales como la evaluación del EIA, etapa en la que se cuenta con la mejor y mayor información técnica sobre los impactos sociales y ambientales en los modos de vida locales y territorios indígenas.

⁵ Ley 29785.



Como hemos mencionado en la actualidad, no existe un proceso formal establecido en el marco normativo que determine la creación de un Lote petrolero. En ese sentido, consideramos que se debe establecer un procedimiento de manera que sea oportuno también hacer la consulta a quienes corresponda. La redacción del nuevo literal que incluya este proceso, quedaría como sigue:

Artículo 6°.-

(...)

X) De la información relativa a los aspectos sociales y culturales de los Lotes, se deberá identificar la presencia de poblaciones indígenas y poner en conocimiento a las Autoridades Competentes, con la finalidad de realizar el proceso de consulta previa sobre la medida administrativa que pone a disposición y delimita los Lotes antes de su promoción. "

c. Sobre la duración y prórroga de contratos (Art. 22° y 22ª)

El Proyecto de Ley propone modificar el plazo de vigencia de los contratos como sigue:

Tipo de contrato	Vigencia actual	Vigencia propuesta
Exploración	07 años	10 años
Explotación de petróleo crudo	30 años	40 años
Explotación de gas natural	40 años	40 años

Además de ello, se propone la incorporación del artículo 22-A, el cual establece una prórroga del plazo del contrato, hasta por **20 años más**, la cual originará la modificación del estudio ambiental vigente, entre otros.

Al respecto, considerando la ampliación de la vigencia del contrato y de la posibilidad de la prórroga del mismo, es importante incorporar como condición para que dicha ampliación proceda, la **obligación de modificar el instrumento de gestión ambiental cuando los componentes de la actividad de hidrocarburos se varían, se encuentren en condiciones de obsolescencia, se desarrollen con tecnologías obsoletas y sea necesaria una renovación de componentes.**

Es preciso indicar que, los supuestos de modificación del instrumento de gestión ambiental por la prórroga del contrato serán realizados, independientemente de la actualización quinquenal a las que están sujetas las actividades de hidrocarburos conforme a lo establecidos en las normas del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

En ese sentido, proponemos que la redacción del último párrafo del Artículo 22-A sea como sigue:



“Artículo 22-A. – Prórroga del Plazo del Contrato

(...)

La prórroga implicará, de manera obligatoria, la modificación del estudio ambiental del proyecto, en lo que corresponda y de acuerdo a las normas del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) cuando:

- *Por el tiempo de actividad o mantenimiento inadecuado, los componentes del proyecto de hidrocarburos sean obsoletos o cuenten con tecnologías obsoletas.*

La modificación del estudio ambiental del proyecto se realizará conforme a los supuestos indicados, independientemente de la actualización del instrumento de gestión ambiental quinquenal, conforme lo indica la Ley del SEIA.”

d. **Sobre la terminación del contrato (Art. 70° y 87°)**

El Proyecto de Ley propone establecer, en su Artículo 70°, como supuestos de terminación automática de contrato, a las causas imputables al Contratista derivada de la aplicación de la cláusula anticorrupción. De igual manera, en su Artículo 87°, se establece que los contratos pueden contener una cláusula de terminación en función al incumplimiento de la normatividad aplicable en materia ambiental por parte del Contratista o Concesionario respectivo. Sin embargo, consideramos que dicha inclusión debe ser obligatoria en tanto no existen criterios objetivos que condicionen que en algunos casos se pueda incluir como causal de caducidad los incumplimientos ambientales o no.

Debemos tener claro que el daño ambiental que pueda generar una actividad es indistinto a la modalidad de contrato que suscriba el Estado y por lo tanto su inclusión no debe ser facultativa.

Proponemos la modificación del Artículo 87° de manera que la inclusión de una cláusula que asegure el cumplimiento de las obligaciones ambientales y no esté condicionada a un exceso de discrecionalidad de la autoridad lo cual podría generar escenarios de impunidad y un trato diferenciado y discriminatorio entre inversionistas.

Así, el Artículo quedaría redactado de la siguiente manera:

“Artículo 87°. – (...)

Los Contratos de exploración y explotación y de explotación de Hidrocarburos, así como de Concesión, deben contener una cláusula de terminación en función al incumplimiento de la normatividad aplicable en materia ambiental por parte del Contratista o Concesionario respectivo.”



Los supuestos de infracción que puedan dar lugar a una causal de incumplimiento legal y contractual deberán ser regulados expresamente en los reglamentos de protección ambiental así como en las normas de fiscalización ambiental que apruebe el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental a fin de asegurar la debida predictibilidad. Los supuestos de reincidencia, incumplimiento de medidas de corrección compensatorias y/o la generación del daño ambiental real/concreto a la vida y salud de las personas podrían ser factores a ser tomados en cuenta, sin perjuicio de otros que evalúe la autoridad competente.

e. Sobre la posibilidad de constitución de un Fondo de Asistencia Técnica para las poblaciones en actividades de hidrocarburos

Ponemos a consideración la incorporación de una disposición que regule un Fondo de Asistencia Técnica para las poblaciones en actividades de hidrocarburos, que permita el financiamiento de asistencia técnica a las poblaciones afectadas por los impactos ambientales generados por el proyecto de hidrocarburos con la finalidad de brindar mayor facilidad para la revisión y formulación de observaciones de los estudios de impacto ambiental.

Este fondo se encuentra regulado en el sector minero en el Artículo 9° del Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana en el subsector Minero.

Uno de los beneficios de la creación e implementación de este fondo es contribuir a la comprensión del proyecto de inversión a las poblaciones del ámbito de influencia a través del financiamiento para la contratación de especialistas técnicos que contribuyan a la generación de información técnica en un lenguaje sencillo y comprensible para las poblaciones.

Si bien es cierto este mecanismo es voluntario en el sub-sector minero, es importante que también pueda constituir una posibilidad de implementación para el sector hidrocarburos en medida que constituye una oportunidad para contribuir con la efectividad de la participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental.

En ese sentido, proponemos la incorporación del siguiente Artículo:

“Artículo X°.- Financiamiento de la participación ciudadana en los proyectos de hidrocarburos

El titular del proyecto, en coordinación con la autoridad competente, y de acuerdo a las características y dimensión del proyecto de Hidrocarburos, podrá proponer la constitución de un fondo privado voluntario para que la población ubicada en



el área de influencia directa del proyecto pueda financiar las actividades de revisión y formulación de observaciones a los estudios ambientales durante los procedimientos de evaluación respectivos. El fondo podrá ser complementado con aportes de terceros.

Para el financiamiento de las actividades de vigilancia y monitoreo ambiental participativo, el titular del proyecto podrá proponer la constitución de un fondo, o en su defecto, la autoridad podrá disponer su constitución, en atención a los potenciales riesgos ambientales que pueda implicar la actividad o de las condiciones y particularidades socio ambientales de la operación.”

Consideramos que la incorporación de esta disposición favorecería al titular del proyecto y a la población afectada en tanto facilita la toma de conocimiento de las características del proyecto y promueve la participación ciudadana informada.

f. Sobre la posibilidad de constitución de un Fondo para la remediación de Pasivos Ambientales de Hidrocarburos

Ponemos en consideración la incorporación de un Artículo que prevea fuentes de financiamiento para solventar la remediación de los pasivos ambientales de las actividades de Hidrocarburos, que el Estado deberá asumir.

Mediante el Informe Defensorial N° 171 de la Defensoría del Pueblo: “Un llamado a la remediación: avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarbúricos”. En él se establece que, el OEFA ha identificado 1766 Pasivos Ambiental de Hidrocarburos, de los cuales 72 poseen nivel de riesgo alto.

En mayo de 2015, mediante la Ley N° 30321, se creó el Fondo de Contingencia para Remediación Ambiental, el cual tiene por objeto el financiamiento de las acciones de remediación ambiental de sitios impactados como consecuencia de las actividades de hidrocarburos, en el ámbito geográfico de las cuencas de los ríos Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón, los cuales comprenden 32 sitios impactados ubicados en el área del Lote1AB.

En ese sentido, teniendo como antecedente el Fondo de Contingencia para la Remediación Ambiental y considerando la importancia de la remediación de los pasivos ambientales de hidrocarburos, proponemos la incorporación del siguiente Artículo con la finalidad de promover e iniciar acciones para la remediación del ambiente ocasionados por pasivos ambientales.

“Artículo x.- Fuentes de Financiamiento para pasivos ambientales de hidrocarburos



A fin de solventar la remediación de los pasivos ambientales de las actividades de Hidrocarburos, cuya remediación esté a cargo del Estado, se creará un Fondo encargado de captar financiamiento a través de la cooperación internacional, donaciones y otros recursos a fin de no afectar el Tesoro Público.”

**Programa de Política y Gobernanza Ambiental
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA**