



Principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo



Principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de los países miembros de la OCDE o del Centro de Desarrollo.

Tanto este documento, así como cualquier dato y cualquier mapa que se incluya en él, se entenderán sin perjuicio respecto al estatus o la soberanía de cualquier territorio, a la delimitación de fronteras y límites internacionales, ni al nombre de cualquier territorio, ciudad o área.

Por favor, cite esta publicación de la siguiente manera:

OECD (2021), *Principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5e816b32-es>.

ISBN 978-92-64-32489-3 (pdf)

Imágenes: Diseño de la portada realizado por Aida Buendía (Centro de Desarrollo de la OCDE) sobre la base de imágenes de © Der_Wolf/Shutterstock.com.

Las erratas de las publicaciones se encuentran en línea en: www.oecd.org/about/publishing/corrigenda.htm.

© OCDE 2021

El uso del contenido del presente trabajo, tanto en formato digital como impreso, se rige por los términos y condiciones que se encuentran disponibles en: <http://www.oecd.org/termsandconditions>.

Prólogo

Este documento presenta ocho principios rectores con orientaciones para que los proyectos de desarrollo de recursos naturales guarden un equilibrio de riesgos y beneficios, base de una contratación duradera, y para que se tengan en cuenta, desde un primer momento, los intereses y las inquietudes de la comunidad. Asimismo, pretende ser una ayuda para que gobiernos receptores e inversionistas expliquen el contenido de los contratos a la opinión pública, lo que siempre contribuye a superar las tensiones entre las partes interesadas.

Estos *Principios rectores* son el resultado de un proceso abierto, intenso y enriquecedor que ha contado con consultas multipartitas organizadas por el Centro de Desarrollo entre diciembre de 2015 y junio de 2019. Se enmarcan en el eje de trabajo 3 del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales, “Obtención de contratos más ventajosos”.

El documento provisional inicial de estos *Principios rectores* fue preparado por el Centro de Desarrollo, como Secretaría del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales, y se debatió durante la 7ª Reunión Plenaria del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales, celebrada el 30 de noviembre de 2016 en la sede de la OCDE, en París. Tras aquella reunión, el Centro de Desarrollo revisó los principios rectores e incluyó las ideas aportadas por las partes interesadas, reunidas por videoconferencia para revisar los borradores del documento el 31 de enero, el 28 de marzo y el 2 de mayo de 2017.

Este proceso de consulta multipartita contó con la participación de especialistas en la materia, del sector público y privado, la sociedad civil y las organizaciones internacionales. En este contexto, se celebró asimismo un taller informal de especialistas el día 7 de abril de 2017, en la sede de la OCDE, en París. A resultas de todo ello, el documento provisional de los *Principios rectores* se sometió a consulta durante la 8ª Reunión Plenaria del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales, celebrada el 17 de junio de 2017 en la sede parisina de la OCDE, y se volvió a revisar tras dos videoconferencias celebradas el 25 de julio y el 30 de noviembre de 2017.

En su 4ª Reunión de Alto Nivel, de 3 de octubre de 2017, la Junta de Gobierno instó al Centro de Desarrollo a desarrollar, mediante un proceso participativo, abierto e inclusivo, y a partir de la experiencia de iniciativas internacionales pertinentes, los principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo, para que los gobiernos receptores y los inversionistas pudieran tener un marco de referencia común para forjar relaciones duraderas, equitativas y beneficiosas para todas las partes.¹

En la 9ª Reunión Plenaria del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales, celebrada entre el 31 de enero y el 1 de febrero de 2018, se debatió un documento provisional avanzado, y simultáneamente se publicó en Internet para consulta pública durante los meses de enero y febrero de 2018. Todos los comentarios recibidos en dicha reunión plenaria y durante el período de consulta pública se revisaron y se abordaron en dos talleres de especialistas celebrados el 26 de junio y el 11 de diciembre de 2018, y en cuatro teleconferencias celebradas el 20 de febrero, 20 de marzo, 17 de abril y el 22 de mayo de 2019.

Tras la revisión conjunta de todos los comentarios de la consulta pública y las aportaciones adicionales de las partes interesadas, los *Principios rectores* fueron presentados y

respaldados en la 12ª Reunión Plenaria del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales el 20 y el 21 de junio de 2019.

Los participantes de la 12ª Reunión Plenaria del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales celebraron el respaldo de los principios rectores, haciendo hincapié en su gran valor agregado y en lo oportuna que era su aprobación considerando la nueva Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI), que requería divulgar los contratos y reducir los litigios que pudieran acabar en procedimientos de arbitraje entre inversionistas y estados.

Los prestadores de apoyo en este tipo de negociaciones – como CONNEX, el Fondo Africano de Apoyo Jurídico y la Secretaría de la Commonwealth – han acordado utilizar los *Principios rectores* en sus tareas de apoyo y en sus programas en países en vías de desarrollo, y han reconocido que reducen la asimetría de información y mejoran la capacidad de los gobiernos para negociar estos contratos.

El 10 de febrero de 2020, la Junta de Gobierno del Centro de Desarrollo de la OCDE:

- I. **RESPALDÓ** los *Principios rectores de los contratos en el sector extractivo*, desarrollados por el Centro de Desarrollo en el marco del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales;
- II. **SEÑALÓ CON SATISFACCIÓN** el papel fundamental de la participación tripartita, a través del diálogo entre las múltiples partes interesadas, el intercambio de experiencias y la buena fe en las negociaciones entre los gobiernos receptores, la industria y la sociedad civil, como medio útil para promover el entendimiento, generar confianza mutua y esforzarse por llegar a soluciones beneficiosas para todos y a mejores resultados de desarrollo;
- III. **INSTÓ** al Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales a apoyar los *Principios rectores*:
 - i. promocionarlos activamente, particularmente en la negociación de contratos del sector extractivo;
 - ii. difundir las prácticas óptimas y las iniciativas innovadoras en la negociación de contratos equilibrados en el sector extractivo;
 - iii. colaborar, si cabe, con organismos asociados que los utilicen, y
 - iv. revisar la experiencia con su aplicación y plantear posibles ajustes.

Editorial

Los *Principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo* marcan un hito para el Centro de Desarrollo de la OCDE y para toda la comunidad de desarrollo, y ello, por tres razones.

En primer lugar, abordan la compleja cuestión de cómo negociar un acuerdo justo para los gobiernos, los inversionistas y las comunidades. Los contratos con desequilibrios no son sostenibles: tensan las relaciones entre los gobiernos y los inversionistas, y plantean conflictos sociales en torno a los proyectos extractivos. Un contrato puede lograr buenos resultados de desarrollo si garantiza un intercambio justo de los beneficios entre los gobiernos, los inversionistas y las comunidades a lo largo del ciclo de vida del proyecto, así como en un amplio espectro de resultados y condiciones de mercado. Los *Principios rectores* ofrecen una guía para que esto sea así.

En segundo lugar, los *Principios rectores*, refrendados por la Junta de Gobierno del Centro de Desarrollo, son una herramienta sin precedentes que refleja el consenso alcanzado por sus 56 miembros, 27 de los cuales son miembros de la OCDE y 29, economías emergentes o en desarrollo. Son la muestra de que el Centro de Desarrollo, con su membresía única, se erige como foro político con participación igualitaria de una serie de países, no solo para debatir temas de interés compartido, sino también para consensuar y desarrollar propuestas innovadoras para los retos del desarrollo.

En tercer lugar, los *Principios rectores* son el producto de un esfuerzo colaborativo de los gobiernos, la industria, la sociedad civil, los especialistas y las organizaciones internacionales. Este proceso multipartito es un logro *per se*, pues cada actor llega con perspectivas diferentes; a veces, discrepantes. Al comienzo del proceso, se hacía patente entre las partes una cierta desconfianza. El Centro de Desarrollo, como facilitador, desempeñó un papel crucial para acercar posiciones. Mediante un diálogo abierto y transparente, los participantes hicieron verdaderos esfuerzos por comprender la motivación y la posición de los demás, con vistas a lograr soluciones compartidas.

Lejos de contentarse con un acuerdo de mínimos, estos *Principios rectores* miran al futuro. Pretenden facilitar un entendimiento común entre las partes para abordar los aspectos difíciles de su relación, mostrando cómo superar las tensiones y cómo afrontar los temas contenciosos que puedan surgir durante las negociaciones. Las actuaciones recomendadas están pensadas para mantener alineados los intereses a lo largo del ciclo de vida del proyecto extractivo, con un equilibrio de riesgos y beneficios, compartidos por gobiernos, inversionistas y comunidades.

Al refrendar los *Principios rectores*, la Junta de Gobierno reconoce la importancia, la relevancia y la repercusión inicial de esta herramienta, expresando su apoyo político para que se utilicen en la negociación de contratos del sector extractivo duraderos.

En calidad de presidente de la Junta de Gobierno, permítanme expresar mi deseo de que los *Principios rectores* devengan un marco común de referencia para negociar contratos duraderos y sostenibles en el sector extractivo y para fortalecer los resultados de desarrollo.

Embajador Manuel Escudero

Presidente de la Junta de Gobierno, Centro de Desarrollo de la OCDE

Agradecimientos

Esta iniciativa nace de una sugerencia de Sudáfrica, que propuso identificar los atributos clave de la contratación duradera en el sector extractivo, y del análisis preliminar de la práctica contractual efectuado por el Centro de Desarrollo de la OCDE en 2015.

El borrador inicial de los *Principios rectores* fue preparado por el Centro de Desarrollo, como Secretaría (Lahra Liberti, jefa de la Unidad Recursos Naturales y Desarrollo, con apoyo de Elliot Smith, analista jurídico de la misma unidad). La Secretaría preparó los borradores subsiguientes del documento y se fueron introduciendo las aportaciones recibidas durante las consultas multipartitas entre diciembre de 2015 y junio de 2019.

El Centro de Desarrollo desea dejar constancia de su reconocimiento y su gratitud a todos aquellos que han inspirado y que han contribuido a este logro colectivo, participando en los debates de buena fe y presentando sus contribuciones sin escatimar esfuerzos ante este ejercicio complejo, pero tremendamente gratificante. En particular, el Centro de Desarrollo desea destacar la constructiva participación y la elevada y valiosa calidad de las aportaciones siguientes: Anozie Awambu, Crestle Zanders Legal Practitioners; Joseph Bell, International Senior Lawyers Project (ISLP); David Bertoch, Exxon Mobil; Charlotte Bisley, Social Clarity; Peter Cameron, University of Dundee; Ian Coles, Mayer Brown LLP; Philip Daniel, University of Dundee; Natty Davis, Devin Corporation; Daniel Devlin, Fondo Monetario Internacional (FMI), que fue miembro del Centro de Política y Administración Tributaria de la OCDE; Boris Dolgonos, Jones Day; Katerina Drisi, International Senior Lawyers Project (ISLP); Darryl Egbert, Exxon Mobil; Laurent Elizabe, Exxon Mobil; Alache Fisho, Secretaría de la Commonwealth; Marc Frilet, French Institute of International Legal Experts (IFEJI); Ken Haddow, Kenneth Haddow Associates LTD; Doug Kerins, Exxon Mobil; Christina Konvicka, Exxon Mobil; Laura Logan, Exxon Mobil; Herbert M'Cleod, International Growth Centre, Sierra Leona; Mosa Mabuza, Departamento de Recursos Mineros, Sudáfrica; Howard Mann, International Institute for Sustainable Development (IISD) / Inter-Governmental Forum on Mining Minerals and Metals for Sustainable Development (IGF); Lizelle Marwick, AngloGold Ashanti; Serge Matesco, Matesco and Partners; Katherine Mulhern, antigua miembro de International Senior Lawyers Project (ISLP); Carole Nakhle, Crystal Energy; Paula Norman, Exxon Mobil; Timothy Okon, Ministerio de Recursos Petrolíferos, República Federal de Nigeria; Fabien N'kot, República de Camerún; Günther Nooke, BMZ, República Federal de Alemania; Naadira Ogeer, Secretaría de la Commonwealth; Robert Pitman, Natural Resource Governance Institute (NRGI); Oral Rainford, Ministerio de Transportes y Minería, Jamaica; James Reynolds, International Senior Lawyers Project (ISLP); Sam Russ, anteriormente en el Ministerio de Tierras, Minas y Energía, República de Liberia; Mandakhbat Sereenov, Ministerio de Asuntos Exteriores, Mongolia; Amir Shafaie, Natural Resource Governance Institute (NRGI); Amir Shaikh, African Legal Support Facility (ASLF); Iain Steel, Overseas Development Institute (ODI); Salli Anne Swartz, Artus Wise LLP; Nava Touré, Ministerio de Minas, República de Guinea; Anna Theeuwes, Shell International; Perrine Toledano, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI); Louis Wells, Harvard Business School; Juliane Weymann, Extractives for Development, GIZ, República Federal de Alemania; y Joseph Williams, Natural Resource Governance Institute (NRGI).

Tabla de contenidos

Prólogo	3
Editorial	5
Agradecimientos.....	6
Antecedentes	8
Principio rector I.....	9
Principio rector II	10
Principio rector III.....	12
Principio rector IV.....	13
Principio rector V	15
Principio rector VI.....	17
Principio rector VII	18
Principio rector VIII	19
Bibliografía seleccionada	23

Antecedentes

Estos *Principios rectores* han sido desarrollados por el Centro de Desarrollo de la OCDE para proporcionar a los países en desarrollo ricos en recursos y a los inversionistas que deban negociar contratos en el sector extractivo un marco común para forjar relaciones duraderas, equitativas y beneficiosas para todos. Estos *Principios rectores* son el resultado de un proceso con consultas multipartitas organizadas por el Centro de Desarrollo entre diciembre de 2015 y junio de 2019.

En el sector extractivo, el valor de un contrato de exploración y producción equilibrado y, por tanto, duradero, es indiscutible. Estos *Principios rectores* tienen por objeto proporcionar una orientación sobre el contenido y la negociación de contratos de exploración y producción que beneficien a todas las partes, que sean sostenibles y, por lo tanto, duraderos, y que reduzcan posteriores riesgos de litigio y solicitudes de renegociación, por una u otra parte. Pretenden ayudar a los gobiernos receptores y a los inversionistas a:

- i. estructurar su relación de forma integrada para promover el desarrollo sostenible a largo plazo, sin dejar de atraer y mantener la inversión;
- ii. fomentar la armonización de expectativas y la convergencia hacia los objetivos acordados;
- iii. proporcionar mecanismos que puedan adaptarse y responder de modo predecible a posibles cambios significativos de las circunstancias;
- iv. generar confianza para fortalecer la relación y reducir riesgos para ambas partes, y
- v. velar por que todas las partes se beneficien de forma justa del desarrollo de los recursos en contrato y optimizar el valor del desarrollo de recursos a través de contratos y operaciones equitativas, sostenibles y beneficiosos para todos.

Estos *Principios rectores* se basan en el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, según lo reconocido en la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962.

Es sabido que un marco legal estable – con leyes y regulaciones amplias, que establezca las condiciones de aplicación general para las operaciones extractivas y el tratamiento no discriminatorio de los inversionistas en circunstancias similares, y que limite el alcance de los términos negociados específicos del proyecto – sienta unas bases sólidas para que los países puedan administrar sus industrias extractivas de acuerdo con las prioridades nacionales. Todo ello aumenta la transparencia y la responsabilización, al fortalecer los controles y los equilibrios institucionales, reducir los costos administrativos y, posiblemente, los riesgos percibidos de los inversionistas.

Existen distintas vías para otorgar derechos de exploración y producción de petróleo, gas y minería. Estos *Principios rectores* son aplicables sin perjuicio del mecanismo elegido y tampoco implican preferencia alguna por sistemas contractuales o jurídicos con disposiciones no negociables.

En la práctica, los acuerdos negociados son más habituales en países con sistemas jurídicos menos desarrollados. Ahora bien, incluso en jurisdicciones con sistemas jurídicos bien desarrollados que rigen la relación entre gobiernos receptores e inversionistas y que tienen regulada la mayoría de los contratos de exploración y producción del sector extractivo, el marco legal nacional puede prever ciertos elementos negociables, especialmente para grandes inversiones y proyectos complejos.

Para evitar que ciertos asuntos acaben en litigio, a veces la renegociación puede estar justificada, pues durante la fase de negociación de los contratos no se pueden anticipar todos los casos y sus posibles consecuencias. Estos *Principios rectores* tienen por objeto proporcionar una orientación sobre el contenido y la negociación de contratos del sector extractivo que beneficien a todas las

partes, que sean sostenibles y, por lo tanto, duraderos, y que reduzcan el riesgo de litigios y solicitudes de renegociación, por una u otra parte.

Al reconocer las ventajas de la transparencia y la comunicación de información en el sector extractivo, las partes deben anticipar, durante el proceso de negociación, la divulgación pública de los contratos firmados, de conformidad con las buenas prácticas internacionales, teniendo en cuenta tanto la protección de la confidencialidad o de la información comercialmente sensible como el interés público en la transparencia. El compromiso de hacer difusión de los contratos añade una dimensión importante de rendición de cuentas tras el proceso de negociación. Significa que las partes negociarán y probablemente redactarán los términos de sus contratos pensando que se someterán al escrutinio público y comercial.

Estos principios y las herramientas desarrolladas en el marco del Diálogo de la OCDE sobre Políticas de Desarrollo Basado en los Recursos Naturales para promover estrategias de colaboración de creación de valor compartido en el país son complementarios. Estas herramientas incluyen las destinadas a identificar, prevenir y superar el aumento del riesgo de corrupción cuando la asignación de derechos de explotación minera, de petróleo y gas se hace a través de acuerdos negociados; y para permitir que la participación de gobiernos en la negociación de contratos sea más eficaz, incluido el recurso a experiencia y asesoramiento especializados. Estos *Principios rectores* también reconocen la importancia del comportamiento responsable de las empresas, como se refleja en las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* y en la *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*.

Los *Principios Rectores* presentados no siguen un orden jerárquico: interactúan entre sí y deben ser considerados como un todo. De alto nivel por naturaleza, deben leerse en relación con las recomendaciones internacionales pertinentes que se detallan en cada punto específico.

Estos *Principios rectores* no pretenden ser una declaración autoritativa de derecho nacional e internacional aplicable a los contratos. Su objetivo es más bien facilitar un entendimiento mutuo de las partes contratantes por la forma en la que se abordarán algunos aspectos de la relación contractual con vistas a que el contrato sea lo más duradero posible, en beneficio de todas las partes. Pueden ser un marco común para negociar los contratos extractivos, de conformidad con las normas internacionales y/o nacionales aplicables y los compromisos internacionales, habida cuenta de las prioridades y los objetivos más amplios en materia de desarrollo sostenible.

Principio rector I

Los contratos del sector extractivo duraderos son coherentes con la visión y la estrategia a largo plazo definidas por el gobierno receptor sobre cómo el sector extractivo puede encajar y contribuir a los objetivos de desarrollo sostenible más amplios.

1. Los gobiernos receptores deberán determinar las estrategias y los objetivos de desarrollo nacionales y locales que quieran lograr con su dotación de recursos naturales (visión) y el modo en que se plantean lograr dichos objetivos (estrategia). Mediante un proceso participativo inclusivo que involucre a todas las partes interesadas identificables, deberán desarrollar una visión estratégica a largo plazo de la contribución de las industrias extractivas al desarrollo sostenible, incluidas las dimensiones económicas, ambientales y sociales. Si bien la responsabilidad de la visión recae en el gobierno para garantizar una responsabilización clara –, la gobernanza del desarrollo de la estrategia debe ser más inclusiva e involucrar a la Administración nacional y local, así como a las partes ajenas a la Administración, incluidas las comunidades y los inversionistas locales; el objetivo es lograr la participación de todos los interesados y comprender bien sus necesidades y sus intereses.

2. Se reconoce que las dinámicas de la industria y el mercado que son pertinentes para atraer inversiones y definir los objetivos estratégicos para el desarrollo sostenible de los recursos naturales de un país pueden no ser plenamente comprendidas por todas las partes interesadas. Sin perjuicio del papel único del gobierno para definir la visión, la participación de actores no gubernamentales en este proceso puede ayudar a desplegar una estrategia para obtener los resultados óptimos para todas las partes.

3. Se reconoce que, en la práctica, el horizonte de inversión o los intereses estratégicos de los inversionistas pueden no coincidir plenamente con la visión y la estrategia a largo plazo del gobierno receptor. Como mínimo, los inversionistas deben esforzarse por comprender la visión y estrategia a largo plazo. Es responsabilidad de los gobiernos receptores ayudar a los inversionistas y a las comunidades a comprender mejor su estrategia y el modo en que se ejecutará la visión a largo plazo.

4. Al poner aplicar su visión a largo plazo, los gobiernos receptores deben velar por la adopción de un enfoque coherente, exhaustivo e interdepartamental, conciliando objetivos internos potencialmente contradictorios y siendo conscientes de las posibles contrapartidas. Si bien los gobiernos receptores no tienen por qué aprobar todos los proyectos tal como se proponen, deben asegurar que respetan su visión y su estrategia de desarrollo sostenible a largo plazo.

5. Los objetivos de la visión a largo plazo deben marcar la línea del Gobierno durante las negociaciones y deben quedar reflejados en los términos y condiciones del contrato que regirá las actividades de los inversionistas para asegurar que los intereses a largo plazo prevalecen sobre los intereses a corto plazo. Es preciso gestionar correctamente las presiones de beneficios cortoplacistas, bien sean del gobierno o de los inversionistas. Para que sean duraderos, los contratos del sector extractivo deben guardar un equilibrio entre la visión a largo plazo del gobierno receptor – que incorporará las exigencias de las comunidades locales – y los intereses legítimos de los inversionistas.

Principio rector II

Los contratos del sector extractivo duraderos están anclados en una relación comercial y en una asociación operativa transparente y constructiva a largo plazo entre los gobiernos receptores, los inversionistas y las comunidades, con el fin de cumplir los objetivos acordados, de acuerdo con expectativas realistas y compartidas que se gestionan a lo largo del ciclo de vida del proyecto.

6. La negociación y la firma de los contratos del sector extractivo son solo el punto de partida de una relación a largo plazo entre gobiernos receptores e inversionistas, que requerirá de un compromiso mutuo, de transparencia y de responsabilización, así como de la definición clara de las respectivas funciones y responsabilidades para alcanzar los objetivos comunes. Al inicio de su relación, gobiernos, inversionistas y las comunidades pueden tener entendimientos y expectativas asumidas por los demás que no están necesariamente bien informadas o alineadas; en cambio, la confianza, el respeto mutuo y la comprensión de las expectativas son de máxima importancia. Mientras que a los inversionistas les preocupa la viabilidad del contrato a largo plazo, las ganancias y el retorno de la inversión, para compensar los riesgos afrontados y las aportaciones hechas, a los gobiernos receptores les preocupa que se cumplan los objetivos de desarrollo nacional más amplios y asegurarse una parte justa de los beneficios derivados del desarrollo de sus recursos. Es también responsabilidad del gobierno receptor que se protejan los intereses de la comunidad. Las comunidades esperan que se vele por sus intereses y que se compartan los beneficios con la comunidad local, con oportunidades de desarrollo socioeconómico

(puestos de trabajo, acceso a infraestructura, oportunidades de negocio y desarrollo de la comunidad). El gobierno receptor tiene la función de integrar, como considere oportuno, los objetivos de desarrollo socioeconómico locales y la agenda más amplia de planes y políticas de desarrollo nacional y regional.

7. Si las expectativas de las comunidades locales y del gobierno receptor sobre los beneficios de desarrollo fiscales, sociales y económicos de un proyecto son demasiado altas o poco realistas, es preciso abordarlo y se debe buscar la alineación. Entender y gestionar las expectativas adquiere una particular importancia durante la fase de exploración de un proyecto porque: a) durante la fase inicial y la negociación del contrato (a veces, incluso, antes), pueden crearse muchas expectativas, con razón o no, y b) las actividades de exploración no siempre se traducen en descubrimientos y producción comercial. Los gobiernos receptores y los inversionistas tienen la responsabilidad compartida de comunicar claramente, junto con las cuestiones económicas y comerciales, los beneficios potenciales que se pueden lograr siendo realistas, sus contingencias y su sostenibilidad, o no, a lo largo del ciclo de vida del proyecto, así como las posibles repercusiones para las comunidades afectadas.

8. No cumplir las expectativas o no hablar sobre ellas puede provocar situaciones de decepción, frustración o incluso ira. Para evitarlo, los gobiernos receptores y los inversionistas deben: a) marcarse expectativas realistas, identificando los problemas específicos del contexto que puedan surgir en diferentes etapas del ciclo de vida del proyecto, y b) crear las condiciones propicias, incluso mediante el establecimiento por parte del gobierno receptor de un entorno legal y reglamentario adecuado, para que haya una comunicación abierta y eficaz, consultas y procesos participativos con las partes interesadas que ayuden a gestionar las expectativas generalizadas, lograr el entendimiento y allanar el camino hacia resultados mutuamente beneficiosos (véase el Principio rector VI).

9. El involucramiento de la comunidad es crucial para asegurar la durabilidad a largo plazo del contrato. El compromiso eficaz y los procesos de consulta constructivos pueden ayudar a generar un clima de confianza en las comunidades locales y los pueblos indígenas, cimientos esenciales para el entendimiento y las expectativas realistas. Puede ayudar a identificar posibles discrepancias; promover el entendimiento ante diferentes posiciones, intereses y necesidades; aclarar y gestionar las expectativas; evitar conflictos y controversias; superar la desconfianza, y fortalecer la colaboración. En particular, antes de la negociación, y durante el proceso, es fundamental mantener una buena comunicación con la comunidad, y gobiernos e inversionistas deben compartir la información sobre las preocupaciones de la comunidad (por ejemplo, la ubicación del emplazamiento que implique el reasentamiento de las comunidades locales, especialmente si hay pueblos indígenas afectados, o que implique impactos ambientales o complicaciones en términos de salud y seguridad) y sobre los intereses que vayan surgiendo tras los primeros esfuerzos de compromiso (mediante estudios de exploración, viabilidad o debida diligencia). Todo ello es fundamental para diseñar planes eficaces de compromiso con la comunidad a lo largo del ciclo de vida del contrato.

10. La obtención de la “licencia social” y su mantenimiento durante el ciclo de vida del proyecto requiere que los inversionistas se pongan de acuerdo con los gobiernos receptores y las comunidades involucradas en un proceso de consulta y compromiso adaptado a las características y a los intereses de dichas comunidades. Por ejemplo, cuando los pueblos indígenas o las comunidades locales se ven afectadas, las normas internacionales y/o nacionales aplicables pueden exigir, en determinadas circunstancias, trabajar y obtener el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) cuanto antes, durante

la planificación del proyecto, antes del comienzo o la autorización de las actividades sobre las que se pide el consentimiento. En las negociaciones y los términos del contrato, debe preverse, pues, el tiempo necesario para poner en marcha un proceso de consulta y participación eficaz. Este tipo de planes de compromiso, desarrollados de conformidad con las normas nacionales y/o internacionales aplicables, pueden ayudar a comprender las prioridades de muchas de las cuestiones esenciales del desarrollo económico y social, aclarar de manera realista los logros posibles, incluida la identificación realista de oportunidades para maximizar los beneficios y minimizar los riesgos, y para asegurar un resultado coherente que la comunidad pueda apoyar.

11. Conforme a las normas internacionales y/o nacionales aplicables, el contrato debe ofrecer un mecanismo que garantice la participación significativa en el proceso de las comunidades interesadas, de modo que su punto de vista y sus preocupaciones puedan tenerse en cuenta e integrarse adecuadamente en la planificación y la toma de decisiones, en particular con respecto a los proyectos que puedan afectarles de forma significativa. Si las comunidades no apoyan el proyecto, su viabilidad económica puede verse comprometida, así como el riesgo para la reputación de las empresas e industrias afectadas.

Principio rector III

Los contratos del sector extractivo duraderos mantendrán un equilibrio entre los intereses legítimos de los gobiernos receptores, de los inversionistas y de las comunidades, teniendo en cuenta, cuando corresponda, los derechos específicos de los pueblos indígenas afectada, reconocidos por las normas internacionales y/o nacionales aplicables.

12. La extracción de recursos no renovables es un proceso que implica el agotamiento de dichos recursos. Los gobiernos receptores y los inversionistas comparten el objetivo de maximizar el valor total de la explotación de esos recursos finitos. Sin embargo, más allá de la obtención de ingresos y de una parte justa de las ganancias financieras por la posesión de esos recursos, los gobiernos receptores persiguen también otros objetivos multidimensionales, destinados a obtener unos beneficios más amplios, en apoyo de las prioridades de desarrollo de la economía nacional.

13. Las comunidades locales deberían beneficiarse de las oportunidades creadas por los proyectos extractivos en materia laboral, de provisión de servicios y suministros, de acceso a infraestructuras y desarrollo comunitario.

14. Los inversionistas deben ser compensados, a su vez, por sus aportaciones en función del capital aportado (frente a las alternativas), sus conocimientos especializados técnicos y de gestión, su tecnología patentada, su experiencia operativa y sus soluciones integradas. Todo ello requiere inversiones importantes, riesgos asumidos y perdurabilidad en el tiempo para la exploración, el desarrollo, la producción y la comercialización de los recursos.

15. Para que los contratos del sector extractivo sean sostenibles a largo plazo, es fundamental lograr una situación equilibrada que reconozca: a) los intereses de los países receptores para desarrollar sus recursos teniendo en cuenta los objetivos de desarrollo multidimensionales; b) los intereses de las comunidades para optimizar las ganancias locales, y c) la necesidad de los inversionistas a ser compensados por los riesgos incurridos y la asignación de recursos financieros y organizativos.

16. Los contratos que velan por la alineación de los intereses durante todo el ciclo de vida del proyecto tienen más probabilidades de ser duraderos. El marco de un buen

proyecto debe ofrecer un equilibrio de riesgos y beneficios para las partes. De este modo, los resultados serán beneficios para todos: gobiernos, inversionistas y comunidades compartirán riesgos y beneficios, y su relación será más sostenible a largo plazo.

17. La viabilidad de un proyecto debe tener en cuenta los costos adicionales vinculados a los efectos adversos en materia ambiental o social a lo largo del ciclo de vida del proyecto, y los costos asociados a la optimización de los beneficios socioeconómicos a través de medios adecuados acordados por las partes. Es fundamental velar por que los elementos ambientales y sociales se integren en las negociaciones y quede constancia de ello en el contrato.

18. La incertidumbre y los riesgos, reales o percibidos, están presentes en todas las fases de un proyecto extractivo, desde la exploración hasta el desmantelamiento/cierre y la rehabilitación, pasando por el desarrollo, la producción, el procesamiento, la comercialización. La naturaleza y el grado de los riesgos varían según el momento del ciclo de vida del proyecto y dependen del contexto, de la industria y del proyecto en sí. La incertidumbre sobre el potencial geológico disminuye a medida que se recopila información sobre la cantidad, la calidad y la accesibilidad del recurso, así como sobre los costos de su extracción para los gobiernos receptores y los inversionistas. El riesgo de que no se encuentren recursos, la incertidumbre con respecto al volumen y la calidad técnica de cualquier descubrimiento, así como los riesgos de mercado relacionados con los precios y los costos, incluidos los costos iniciales de inversión en el desarrollo, escapan al control de las partes. También existen incertidumbres con respecto a la evolución del mercado y al contexto económico y político que pueden afectar al proyecto. Una vez comienza la explotación, los costos irrecuperables asociados a la considerable inversión de capital exponen a los inversionistas a diferentes riesgos económicos y políticos (expropiación, cambios fiscales o de políticas), habida cuenta del largo plazo de recuperación antes de que se generen ingresos y se pueda recuperar la inversión. Al mismo tiempo, persiste la incertidumbre inherente a la economía de la extracción de recursos (factor de recuperación, desempeño del depósito o del yacimiento, costo del proyecto, precio). Los riesgos ambientales y sociales, reales o percibidos, son tan importantes como los demás riesgos, y están influidos por numerosos factores, incluido el entorno operativo y el contexto de la comunidad local. Si no se reconoce claramente la necesidad de asegurar beneficios sociales reales a nivel nacional y comunitario, independientemente de las ganancias financieras previstas o reales, el proyecto puede estar en riesgo.

19. La percepción de riesgos y oportunidades puede variar inicialmente entre las partes interesadas y según la etapa del proyecto. Por ello, es muy importante que se forje y se mantenga un común entendimiento para reconocer y tener en cuenta los riesgos y los beneficios existentes. Compartir información crítica sobre los riesgos reales y percibidos del proyecto, e implicar a la comunidad para comprender y abordar sus preocupaciones, así como encontrar soluciones adecuadas, es fundamental para crear una relación de confianza y para que gobiernos e inversionistas obtengan la “licencia social”.

Principio rector IV

Los contratos del sector extractivo duraderos buscan optimizar el valor total del desarrollo de los recursos para todas las partes interesadas, incluidos los beneficios económicos, ambientales y sociales.

En la medida en que las normas internacionales y/o nacionales aplicables no lo contemple, los contratos del sector extractivo duraderos prevén la identificación y gestión de los posibles

impactos negativos del proyecto extractivo desde el punto de vista social, ambiental, sanitario y de seguridad, y establecen claramente las funciones del gobierno receptor y de los inversionistas en cuanto a la prevención, mitigación y reparación de dichos efectos, en consulta con las comunidades afectadas.

20. Desde la perspectiva del desarrollo sostenible, la noción de valor total (el “pastel” a repartir) se entiende que abarca una amplia gama de importantes elementos que pueden afectar en positivo o negativo a la viabilidad económica de la inversión, entre otros: 1) optimización del valor económico del desarrollo de recursos, teniendo en cuenta cualquier impacto ambiental o social negativo; 2) creación de oportunidades para que el país receptor y sus comunidades obtengan beneficios socioeconómicos positivos, y ello, sacando el máximo partido, dentro de las posibilidades económicas, de las necesidades y los gastos del proyecto en cuanto a bienes, servicios e infraestructuras (carreteras, puertos, ferrocarriles, centrales eléctricas, canalizaciones, telecomunicaciones, agua, almacenes y terminales logísticas) para la viabilidad del proyecto, haciendo las compras en el mercado local y beneficiando al mercado laboral local, así como compartiendo el uso de la infraestructura (sin por ello dejar de reconocer la fundamental contribución a la viabilidad económica de la adquisición internacional de numerosos insumos, considerando temas de calidad, plazos, fiabilidad y costos), y 3) procesamiento potencial con valor agregado de los recursos, cuando esta solución sea factible económicamente, teniendo en cuenta que esto pueda requerir un contrato diferenciado.

21. Es necesario realizar esfuerzos para establecer estos vínculos y optimizar el diseño de infraestructura mediante una planificación adecuada. Sin embargo, los gobiernos también deben ser conscientes de las contrapartidas, pues los gastos adicionales pueden reducir los ingresos de los gobiernos, a menos que los gobiernos receptores, los bancos de desarrollo o los donantes asuman esos costos. Se reconoce que no siempre se puedan maximizar completamente los beneficios financieros, económicos, ambientales y sociales en el mismo marco temporal, pero todos esos beneficios deben integrarse a los objetivos del proyecto durante su ciclo de vida. Para lograr sus objetivos de las políticas prioritarios y atraer inversiones, el gobierno receptor puede tener que hacer concesiones en las distintas etapas del proyecto. Sin embargo, estos gastos adicionales de los gobiernos pueden no ser significativos considerando las considerables ganancias que pueden derivarse del proyecto, aunque para ciertos proyectos extractivos, el costo y el valor actualizado neto de esos costos adicionales pueden marcar la diferencia para la viabilidad o no de la inversión.

22. Más allá de los efectos positivos, también deben identificarse y evitarse los impactos negativos directos, reales y potenciales, y si no pueden evitarse por completo, deben mitigarse a lo largo del ciclo de vida del proyecto (incluido el desmantelamiento, el abandono o la rehabilitación del sitio). Se entiende que ciertos impactos negativos pueden hacer que algunos proyectos propuestos no sean viables. Los impactos ambientales y sociales de los proyectos extractivos pueden estar vinculados al uso de la tierra y a los derechos sobre la tierra; al uso del agua; al desplazamiento y reasentamiento de comunidades locales y a los derechos específicos de los pueblos indígenas; a la gestión y ejecución de la seguridad; a riesgos de salud y seguridad derivados de proyectos extractivos; al uso de la fuerza de trabajo; a la degradación ambiental, incluida la gestión de desastres; y al cierre/desmantelamiento. Los gobiernos receptores, a través de su capacidad de autorización y regulación, tienen la responsabilidad que los posibles impactos ambientales y sociales se identifiquen, tan pronto como sea posible, y se aborden y supervisen adecuadamente durante todo el ciclo de vida del proyecto. Esa responsabilidad es compartida con los inversionistas, especialmente en los casos en que la legislación de los gobiernos receptores puede ser insuficiente. En cualquier caso, los inversionistas deben

cumplir con las normas reconocidas internacionalmente. La legislación y las regulaciones nacionales deben prescribir la ejecución de estudios de impacto ambiental y social por parte de especialistas, a instancias del gobierno o del inversionista, y debe hacerse de un modo específico y transparente. Dichos estudios deben completarse antes de emprender ninguna actividad que pueda tener un impacto negativo. La identificación de los riesgos y de los impactos debe tener en cuenta los resultados del compromiso inicial de las comunidades en cuestión, a partir de la divulgación de la información ambiental y social pertinente, y de la participación activa de dichas comunidades en la formulación de los planes de gestión ambiental y de impacto social, con la debida priorización de todas las comunidades que pueden verse afectadas, en particular los pueblos indígenas, las mujeres y los niños. Para que el proceso de participación de la comunidad sea eficaz, deben consagrarse el tiempo y los recursos suficientes. Dicho proceso debe diseñarse y llevarse a cabo según los principios de buenas prácticas para la participación de las partes interesadas, como se describe en el punto 10 del Principio rector II. Más allá del cumplimiento de los requisitos legales, las regulaciones y las normas nacionales e internacionales, los gobiernos receptores y los inversionistas pueden acordar incorporar, en los contratos del sector extractivo, ciertos requisitos en consonancia con las normas y las buenas prácticas reconocidas internacionalmente, al objeto de facilitar la prevención, mitigación y reparación de impactos negativos en todo el ciclo de vida del proyecto. Los requisitos adaptados al contexto local pueden contribuir a: 1) cubrir vacíos de la legislación nacional, las políticas o la capacidad para controlar el cumplimiento; 2) crear expectativas y referencias comunes sobre aspectos cuya cobertura no es adecuada en la normativa nacional o internacional reconocida; y 3) aclarar las funciones y responsabilidades de las partes contratantes. En la medida en que la legislación nacional no lo contemple, el contrato del sector extractivo debería definir las responsabilidades de cada parte con respecto a: a) la evaluación periódica de los impactos negativos reales y potenciales; b) el desarrollo y la ejecución de planes de prevención y mitigación de potenciales efectos negativos, y c) la garantía de existencia de acuerdos financieros adecuados y transparentes que asegure la disponibilidad de fondos para ejecutar los planes de prevención y mitigación, y para llevar a cabo las medidas de reparación (por ejemplo, uso de las cuentas de garantía bloqueadas, fondos especiales para desmantelamiento, garantías bancarias o de empresa).

23. En particular, en la medida que no estén contempladas en la legislación nacional, pueden ser beneficiosas las disposiciones contractuales para que las partes consensuen un conjunto de estudios de referencia ambientales y sociales básicos (preparados por el gobierno, el inversionista o una tercera parte), aprobados por el gobierno antes del inicio de las operaciones; con a los cuales se puede medir posteriormente la implementación y el cumplimiento y pueden informar sobre el desarrollo de requisitos para la mejora continua y la reparación continuos de cualquier daño causado por las operaciones del proyecto extractivo.

Principio rector V

Los contratos del sector extractivo duraderos se negocian y se basan en el intercambio continuo y de buena fe de datos clave financieros y técnicos clave para construir un entendimiento común del desempeño anticipado, los principales riesgos y las oportunidades a lo largo del ciclo de vida del proyecto.

24. La ausencia o la escasa disponibilidad de información sobre el valor de los recursos (cantidad, calidad, precio y costos) afecta a la capacidad de determinar bien el alcance de los posibles beneficios a repartir entre los gobiernos receptores y los inversionistas. Se

reconoce que durante las negociaciones, el resultado financiero final no es conocido por ninguna de las partes, porque existen riesgos e incertidumbres sobre la presencia, el volumen y la calidad de los recursos, así como sobre los posibles niveles de producción, extracción, desarrollo, cierre/desmantelamiento y precios futuros del mercado. Sin embargo, durante la prenegociación, pueden hacerse estimaciones restrictivas de los resultados posibles.

25. Los inversionistas tendrán más información sobre el nivel de las inversiones de capital requeridas, los costos operativos reales, así como el valor de los activos intangibles desarrollados (por ejemplo, propiedad intelectual relacionada con el diseño de equipos personalizados o nuevos métodos de extracción o comercialización de los recursos). Los gobiernos receptores pueden confiar en las estimaciones de los inversionistas, asumiendo que proporcionarán información objetiva durante las fases de exploración, desarrollo y extracción. Ahora bien, deben reconocer que los estudios financieros y de viabilidad realizados por los inversionistas para evaluar la viabilidad de la inversión normalmente no contienen datos definitivos, sino más bien estimaciones cualificadas de contingencias geológicas, costos de los insumos, volumen y calidad de los recursos que se van a desarrollar, así como costos de cumplimiento con respecto a la legislación nacional y las normas reconocidas internacionalmente.

26. Dada la incertidumbre en torno al valor real de los recursos hasta su descubrimiento, explotación y venta, estos datos son proyecciones sujetas a todo tipo de vaivenes que pueden afectar al equilibrio financiero del contrato, con consecuencias que pueden ser significativas para la distribución de beneficios económicos y/o para los costos inicialmente previstos.

27. Por ello, los gobiernos receptores pueden optar por obtener sus propias estimaciones independientes y por desarrollar sus propios modelos financieros para identificar los diferentes escenarios y los posibles resultados bajo diferentes circunstancias (fluctuación de los precios de las materias primas, calidad, costos, etcétera), reconociendo al mismo tiempo que puede ser necesario proteger información sensible o estratégica para la industria.

28. En los sectores de petróleo y gas, muchos contratos se firman tras un proceso de licitación, durante el cual los inversionistas presentan sus licitaciones de acuerdo con los criterios de licitación definidos en la legislación o los reglamentos. Estos criterios pueden estipular la información que hay que presentar a la Administración. Una licitación bien diseñada induce a una oferta competitiva. En el sector minero, las licitaciones son mucho menos habituales y, por tanto, hay menos mecanismos establecidos para compartir información para responder a las licitaciones.

29. El intercambio de información entre los gobiernos y los inversionistas sobre las estimaciones cualificadas de recursos, los costos y escenarios de desarrollo, los perfiles de producción y las responsabilidades de cierre/desmantelamiento pueden ayudar a construir un entendimiento compartido entorno a los supuestos para definir el equilibrio económico del contrato, así como en el diseño del mecanismo de asignación de ingresos para que el proyecto sea viable a lo largo de su ciclo de vida (véase también el Principio rector VIII). La información proporcionada por los inversionistas debe tener una frecuencia, un detalle y una calidad al menos similar a la información que se traslada a las entidades financieras y para los procesos internos de toma de decisiones. Trabajar a partir de los mismos supuestos y modelos económicos y financieros, aprovechando los datos macroeconómicos de terceros cuando sea apropiado, puede ayudar a crear confianza entre las partes, fomentar la alineación de intereses y construir una verdadera asociación a largo plazo. En

consonancia con el Principio rector IV, se recomienda la adopción de un enfoque holístico e integrado para identificar no solo los aspectos financieros y económicos, sino también los resultados con respecto a las obligaciones en materia de seguridad, medio ambiente, obligaciones sociales y comunitarias, y a las normas reconocida internacionalmente.

Principio rector VI

Los contratos del sector extractivo duraderos operan en un clima de inversión y de negocios sólido, y deben estar respaldados por un marco legislativo y regulatorio justo, transparente y claro, y aplicarse de forma no discriminatoria.

30. Para el éxito de la inversión en la industria extractiva, es fundamental tener un clima de inversión y de negocios sólido. El desarrollo de recursos mineros, petrolíferos y de gas requiere unas inversiones iniciales considerables antes de la producción, y se caracteriza por tiempos de arranque largos, riesgos elevados y alta incertidumbre (véase el Principio rector III). El sector extractivo se caracteriza por largos períodos de recuperación de la inversión, en los que las inversiones iniciales solo se recuperan tras muchos años de producción. La obtención de un rendimiento justo en consonancia con el riesgo del inversionista se produce en un horizonte temporal largo y está sujeta a la volatilidad, de las condiciones del mercado.

31. Al evaluar el potencial de inversión en un país receptor, los inversionistas sopesarán si el marco legal es fiable, pues permite determinar las obligaciones (fiscales, ambientales, sociales, entre otros) que afectarán a su capacidad para determinar los posibles resultados económicos del proyecto. La transparencia del marco legislativo constituye una importante salvaguardia para los inversionistas extranjeros y debería contribuir a garantizar un uso eficaz de los recursos en beneficio de todos. Esto incluye el establecimiento de leyes, reglamentos y contratos que permitan que la contabilidad y los procedimientos de información proporcionen al público información fiable, sistemática y coherente sobre los ingresos de los recursos y otras obligaciones, y que se disponga la publicación de los contratos firmados en el sector extractivo.

32. Los gobiernos pueden ayudar a reducir tanto la incertidumbre como los riesgos, mediante instituciones que velen por el estado de derecho, con transparencia e integridad, y proporcionando normativas justas, transparentes y claras, sin costos de cumplimiento innecesariamente elevados. Como se destaca en la publicación de la OCDE Marco de acción para la inversión, «[u]na regulación bien diseñada mejora el clima inversor creando un marco eficiente y garantizando un estado de derecho en alto grado. Ahora bien, una buena regulación no significa necesariamente regular menos; antes bien, el Marco sugiere que la carga administrativa debe racionalizarse en aquellos ámbitos en que resulte necesario, que los objetivos regulatorios han de ser transparentes y que su eficacia debe ser controlada y evaluada con regularidad».

33. Los gobiernos deben asegurar que los contratos se cumplirán y que se respetarán los derechos de propiedad, así como la equidad, la previsibilidad, la imparcialidad y la eficacia del proceso de solución de controversias, de modo que los inversionistas tengan garantías de que no se les expropiará ilegalmente su inversión, que tampoco se verá comprometida de otro modo. El papeleo, las cargas burocráticas, la complejidad excesiva y otras limitaciones, como las identificadas en los informes del Banco Mundial sobre la facilidad de hacer negocios, aumentan los costos empresariales y también pueden promover la corrupción. La transparencia, la integridad y la coherencia de la Administración son esenciales para atraer inversión de calidad y asegurar la continuidad de los proyectos

extractivos. Los gobiernos deben garantizar la claridad de los procedimientos administrativos, incluida la eficacia de la coordinación entre los diversos ministerios y organismos, así como entre las administraciones centrales y locales.

Principio rector VII

Los contratos del sector extractivo duraderos coherentes con la legislación aplicable, así como los tratados internacionales y regionales vigentes, prevén que los gobiernos puedan introducir cambios de buena fe, no arbitrarios y no discriminatorios en la legislación y las regulaciones en ámbitos normativos no fiscales para perseguir objetivos legítimos de interés general. Los costos atribuibles al cumplimiento de esas modificaciones legislativas y reglamentarias, relacionados en su totalidad, necesaria y exclusivamente, con las operaciones específicas del proyecto, deberán ser tratados como cualquier otro costo del proyecto en cuanto a la deducción de impuestos y la recuperación de costos en los contratos de producción compartida.

Si dichas modificaciones de la legislación y/o las regulaciones aplicables hacen que el inversionista no pueda cumplir con sus obligaciones significativas en virtud del contrato, o si implican un cambio significativo desfavorable que comprometa la viabilidad económica del proyecto, los contratos del sector extractivo duraderos requieren que las partes inicien un diálogo de buena fe que podrían llevar a las partes a acordar la renegociación de los términos del contrato.

34. Los contratos deben ser respetados, implementados e interpretados de conformidad con la legislación vigente.

35. Los contratos del sector extractivo que reconocen que los regímenes regulatorios evolucionan con el tiempo, así como las expectativas y los requisitos que deben cumplir los proyectos extractivos para preservar la salud pública, la protección, la seguridad, el medio ambiente y las comunidades, tienen más probabilidades de ser duraderos. En consonancia con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, los inversionistas deberían: “Abstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o regulatorio relacionadas con los derechos humanos, el medio ambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, el sistema tributario, los incentivos financieros u otras cuestiones varias”. La mitigación del riesgo regulatorio relacionado con los cambios en la legislación fiscal para afrontar las fluctuaciones del mercado y las condiciones de rendimiento del proyecto se abordan en el Principio rector VIII.

36. La transparencia y la consulta de las partes interesadas se consideran mejores prácticas cuando se reforman normativas.

37. Negociar de buena fe implica anticipar la implementación no arbitraria de legislación existente aprobada que aún no está en vigor, o que implique otra reglamentación adicional o de aplicación.

38. Una adecuada evaluación del marco legislativo y reglamentario, así como del contexto sociopolítico, ayudará a los inversionistas a anticipar la evolución previsible de las leyes y reglamentación en respuesta a la evolución de las prácticas en materia de salud, seguridad, derechos sociales, empleo, derechos humanos y medio ambiente.

39. Sin perjuicio de otras medidas diseñadas para lograr objetivos legítimos de interés público, se supone que las modificaciones no fiscales de la legislación de buena fe que sean coherentes con las normas reconocidas internacionalmente y las mejores prácticas pertinentes, no deben considerarse arbitrarias o discriminatorias.

40. Los inversionistas tienen en cuenta el riesgo regulatorio al decidir si invierten en un proyecto o país: cuanto mayor es el riesgo percibido, mayor será la prima de riesgo del inversionista y menores serán la probabilidad de invertir, la viabilidad del proyecto y su potencial de rentabilidad.

41. Los cambios en la legislación o regulación que sean expropiatorios, y que sean directos o indirectos, están sujetos a las reglas siguientes. La propiedad extranjera no puede ser expropiada, salvo en las siguientes situaciones: i) con fines públicos; ii) de forma no discriminatoria; iii) con las garantías procesales debidas, y iv) a cambio de una compensación.

42. Los costos de cumplimiento de las modificaciones de legislación no fiscal, incurridos entera y necesariamente en la realización de un proyecto específico, deben considerarse como cualquier otro costo del proyecto a efectos de deducibilidad fiscal. En los contratos de producción compartida de petróleo y gas, estos costos adicionales se pueden recuperar a través de la asignación “costo petróleo” o “costo gas”. En los contratos de minería, estos costos adicionales se tratarán como costos deducibles, tanto en los impuestos sobre los beneficios como sobre la renta.

43. Al introducir cambios en la legislación no fiscal, los gobiernos deben tener en cuenta que pueden aumentar los costos del proyecto y, por lo tanto, puede reducirse su rentabilidad. Un sistema fiscal adaptable, como se recomienda en el Principio rector VIII, incorpora los costos del proyecto, incluido cualquier costo adicional resultante por modificación de legislación no fiscal, y ayuda a lograr una distribución equitativa de los beneficios financieros entre las partes.

44. Los contratos del sector extractivo deben proporcionar procedimientos para facilitar la resolución eficaz de las cuestiones que surjan cuando los cambios en la legislación y/o regulaciones no fiscal impliquen que el inversionista no puede cumplir con sus obligaciones contractuales o si se traducen en un cambio desfavorable que compromete la viabilidad económica del proyecto.

45. En tales circunstancias, las disposiciones contractuales requieren que las partes entablen un diálogo de buena fe para lograr una solución acordada y que en última instancia podría llevar a renegociar los términos del contrato, en caso de que las partes estén de acuerdo, lo cual puede hacer que se mantenga la confianza mutua y apoyar una relación continua y beneficiosa a largo plazo.

Principio rector VIII

Los contratos del sector extractivo duraderos están respaldados por un sistema fiscal que es congruente con los objetivos económicos y fiscales globales de los gobiernos, y que proporcione distribución equitativa de los beneficios financieros entre el inversionista y el gobierno receptor, teniendo en cuenta los potenciales riesgos, las retribuciones, así como las circunstancias del país. Como no existe un sistema fiscal ideal, cada gobierno debe determinar la combinación óptima de disposiciones e instrumentos fiscales para alcanzar sus objetivos.

Un sistema tributario predecible, con disposiciones receptoras definidas en la legislación y/o el contrato, para ajustar la distribución de los beneficios financieros globales entre los gobiernos y los inversionistas según las variables que afectan a la rentabilidad del proyecto (como la variación de los precios de las materias primas, los costos, el volumen de producción o la calidad de los recursos), contribuye a la sostenibilidad a largo plazo de los contratos extractivos y reduce la motivación para que las partes soliciten renegociar los términos.

Los gobiernos receptores necesitan generar beneficios financieros de la extracción de sus recursos. Los contratos del sector extractivo duraderos evitan los períodos de producción comercial prolongados con ingresos limitados o nulos para el gobierno.

46. En el sector extractivo, el sistema fiscal es una combinación de legislación fiscal general, legislación sectorial y acuerdos contractuales específicos del proyecto, tales como: 1) acuerdos de concesión, comunes a los sectores de minería y petróleo, cuyos instrumentos principales son las regalías y las tasas; 2) contratos de producción compartida, característicos del sector del petróleo, que distribuyen la producción entre el estado y el inversionista (en algunos casos, pueden ser de aplicación regalías y tasas), o 3) contratos de servicio de riesgo, a veces utilizados para los recursos petrolíferos, según los cuales el gobierno hace un pago por servicio prestado por inversionista. Al utilizar múltiples instrumentos legislativos y contractuales, los gobiernos deben plantearse cómo interactuarán entre ellos y con la legislación fiscal general. Reconociendo que las especificidades del sector extractivo y la necesidad de atraer inversiones implican ciertas variaciones entre el sistema fiscal estándar y el del sector extractivo, limitar esas variaciones puede ayudar a evitar la fragmentación, minimizar la carga administrativa y garantizar la coherencia general del sistema fiscal.

47. Los gobiernos deciden la combinación de instrumentos fiscales y disposiciones que consideren más apropiados para sus circunstancias individuales. Esas circunstancias incluyen la cantidad que el gobierno quiera ingresar y gastar, pero también el nivel de competitividad deseado para atraer inversiones y fomentar la exploración, el desarrollo y la producción de recursos para una recuperación de recursos óptima. Es importante diseñar una combinación óptima de instrumentos y disposiciones fiscales para las circunstancias de cada país, a sabiendas de que cada instrumento tiene sus propias contrapartidas y no hay un sistema fiscal ideal.

48. La elección de las disposiciones e instrumentos fiscales puede estar influenciada por la capacidad de un país para implementarlos. La coordinación cercana y continua entre los diferentes organismos gubernamentales, incluidos los ministerios de Energía y Minas, Medio Ambiente, Finanzas, Política Fiscal y Administración, es esencial para lograr el equilibrio adecuado de las políticas y una implementación satisfactoria.

49. Sin perjuicio de los acuerdos aplicables para las transferencias de ingresos entre el gobierno central y los gobiernos subnacionales, los contratos del sector extractivo que se apoyan en un sistema fiscal receptivo que proporcione el intercambio equitativo de valor en todas las etapas del ciclo de vida del proyecto, teniendo cuenta los posibles resultados y condiciones del mercado, es más probable que sean sostenibles. Los proyectos extractivos es probable que atraviesen diferentes ciclos económicos, que conozcan auges, pero también dificultades y pérdidas económicas. Los gobiernos receptores deben aspirar a estructurar un sistema fiscal creíble, que minimice las distorsiones en las decisiones de producción, que se adapte a los cambios en los precios y que permita a gobiernos e inversionistas reducir el riesgo y gestionar correctamente la información incompleta en el momento de la negociación y la firma del contrato.

50. Las disposiciones fiscales receptivas definidas en la legislación o el contrato anticipan diferentes escenarios de rentabilidad (precios variables, costos, volumen, calidad, etcétera) y reequilibran de forma equitativa las ganancias financieras, promueven la estabilidad fiscal y contribuyen a que los contratos sean duraderos. En este contexto, el término “receptivo” significa que la proporción de ganancias financieras del gobierno aumenta automáticamente cuando aumenta la rentabilidad y, a la inversa, se reduce cuando esta disminuye.

51. Esta estructura también puede ayudar a los gobiernos a gestionar las presiones políticas, lo cual puede minimizar la probabilidad de renegociación o de modificaciones, manteniendo la previsibilidad del contrato. Dejarse llevar por el precio de las materias primas, recurriendo a repetidas renegociaciones, no es eficaz (dado que la volatilidad de los precios suelen ser una característica estructural del sector) ni productivo, pues la experiencia demuestra que tensa las relaciones entre los gobiernos receptores y los inversionistas.

52. A falta de disposiciones e instrumentos fiscales receptivos en la legislación y/o el contrato, gobiernos e inversionistas pueden aducir distintas razones para presionar por la modificación de los términos fiscales. Por ejemplo, en ausencia de disposiciones e instrumentos fiscales receptivos, cuando los precios de los productos básicos aumentan, suelen preverse beneficios imprevistos, con los inversionistas como únicos beneficiarios. Esto crea un incentivo para que los gobiernos modifiquen las disposiciones y los instrumentos fiscales, con vistas a corregir ese desequilibrio, real o percibido. Para los inversionistas, cuando los precios caen y las disposiciones e instrumentos fiscales no son receptivos, los proyectos pueden dejar de ser rentables. Esto incentiva que pidan a los gobiernos receptores disposiciones más favorables para el mantenimiento de las actividades y la producción.

53. La inestabilidad fiscal es uno de los principales riesgos para los inversionistas, junto con los riesgos geológicos, políticos, técnicos y no técnicos, que afectan a la idea que tiene el inversionista sobre el clima de inversión general y su valoración del atractivo de la oportunidad de inversión. Por ejemplo, si un gobierno cambia con frecuencia las disposiciones e instrumentos fiscales, si los precios aumentan, se crea un riesgo fiscal adicional para los inversionistas. En consecuencia, los inversionistas pueden exigir mayores rendimientos para compensar ese riesgo, o simplemente optar por no emprender los proyectos. Esto puede acabar reduciendo sustancialmente las inversiones y los ingresos para los gobiernos receptores, si los inversionistas consideran que el marco fiscal del país es inestable.

54. Cuando los inversionistas perciben una inestabilidad política y fiscal elevada, pueden exigir que se incluyan cláusulas de estabilización fiscal para reducir esos riesgos. Los gobiernos receptores no tienen que proponer o aceptar la inclusión de dichas cláusulas de estabilización, pues pueden atraer las inversiones necesarias a través de negociaciones sólidas y constructivas, y licitaciones abiertas y competitivas en las que participen inversionistas con buena capacidad técnica y financiera. Cuando los gobiernos lo juzguen necesario, las disposiciones de estabilización fiscal pueden diseñarse para minimizar el impacto fiscal general, limitando su alcance a ciertas disposiciones fiscales clave específicos (no a todos los términos fiscales), como por ejemplo tasas acordadas, durante un período definido (no indefinidamente) y, posiblemente, mediante la aplicación de una prima de estabilidad sobre las tasas impositivas. Para ser sostenibles, pues, los contratos del sector extractivo deben estipular obligaciones claras para que los inversionistas paguen la totalidad de sus impuestos en virtud del contrato y la legislación vigente, así como el derecho de los gobiernos receptores a hacer cumplir esas obligaciones. La adopción de medidas de buena fe de lucha contra la evasión fiscal o la interpretación de la legislación vigente por los gobiernos para proteger su base fiscal de la erosión y los traslados de beneficios (por ejemplo, limitación de la deducción de intereses y precios de transferencia), de conformidad con las prácticas fiscales reconocidas internacionalmente, no deben considerarse un cambio en la legislación limitado por las cláusulas de estabilización.

55. Hay varios mecanismos disponibles para que los gobiernos diseñen regímenes receptivos. Hay que tener en cuenta que los regímenes receptivos pueden acarrear una mayor carga administrativa. Si la capacidad administrativa del Gobierno y su desempeño en términos de gestión de ingresos variables son limitados, puede hacer que se recurra en mayor medida a instrumentos y términos menos receptivos que son más fáciles de administrar.

56. Los beneficios generales que el gobierno obtiene por el desarrollo de sus recursos naturales son más amplios de los ingresos fiscales y pueden incluir el desarrollo de nuevas infraestructuras, la creación de empleo, la formación, la compra local de bienes y servicios, y los proyectos comunitarios. Sin embargo, en caso de periodos prolongados de producción con ingresos limitados o nulos, la sostenibilidad del contrato puede quedar comprometida, pues los gobiernos receptores deben demostrar que su país obtiene beneficios financieros de la explotación de sus recursos no renovables.

57. Dependiendo del contexto, puede ser apropiado asegurar una proporción mínima de ingresos al gobierno receptor por cada año de producción comercial. Los gobiernos con una economía diversificada y/o una amplia base de ingresos no necesariamente necesitan o desean recibir un pago por cada año de producción de cada proyecto. En cambio, para los gobiernos con limitaciones de ingresos, de acceso a mercados de capitales y de cartera de proyectos, velar por un nivel mínimo de ingresos es importante. Además, para los gobiernos con industrias extractivas incipientes, los flujos de ingresos iniciales son importantes para fortalecer el presupuesto, con respecto a las expectativas de la población, que esperan beneficios inmediatos de la explotación de sus recursos.

58. Es posible asegurar una proporción mínima de ingresos para el gobierno a través de regalías o imponiendo unos límites máximos de recuperación de costos en los contratos de producción compartida. También se debe tener en cuenta que estos instrumentos fiscales son regresivos y que pueden desalentar las inversiones incrementales en proyectos marginales.

59. Un sistema fiscal que incluye instrumentos regresivos y progresivos, y que sea progresivo en general, contribuirá a la alineación de los intereses de los gobiernos receptores y los inversionistas.

Nota

¹ Centro de Desarrollo de la OCDE, *Policy Statement on Natural Resource-based Development*, 4ª Reunión de Alto Nivel de la Junta de Gobierno, 3 de octubre de 2017 (http://www.oecd.org/dev/POLICY_STATEMENT_NATURAL_RESOURCES.pdf).

Bibliografía seleccionada

- Corporación Financiera Internacional (2007), *Stakeholder Engagement: A Good Practice Handbook for Companies Doing Business in Emerging Markets*, Washington D.C., disponible en:
https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/publications/publications_handbook_stakeholderengagement_wci_1319577185063.
- Extractive Industries Transparency Initiative (2019), *The EITI Standard*, disponible en:
<https://eiti.org/document/eiti-standard-2019>.
- Fondo Monetario Internacional (2007), *Guide on Resource Revenue Transparency*, p. 17, disponible en: <https://www.imf.org/external/np/pp/2007/eng/051507g.pdf>.
- Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre los aspectos jurídicos del recurso al arbitraje por parte de un inversionista contra las autoridades de un estado receptor en el caso de tratados interestatales, aprobada el 13 de septiembre de 2013, sesión de Tokio, disponible en:
http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2013_tokyo_en.pdf.
- International Bar Association (2011), *Model Mining Development Agreement*, p. 130, http://www.mmdaproject.org/presentations/MMDA1_0_110404Bookletv3.pdf.
- Naciones Unidas (2015), *Principles for responsible contracts: Integrating the management of human rights risks into State error – investor contract negotiations – Guidance for negotiators* (A/HRC/17/31/Add.3), United Nations Publication, Sales No. 13.XIV.5, disponible en:
http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_EN.pdf.
- OCDE (2017), *Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo*, Publicaciones de la OCDE, París, <https://doi.org/10.1787/9789264264267-es>.
- OCDE (2017), *Guidance to Assemble and Manage Multidisciplinary Teams for Extractive Contract Negotiations*, OECD Development Policy Tools, Publicaciones de la OCDE, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264274914-en>.
- OCDE (2016), *Collaborative Strategies for In-Country Shared Value Creation: Framework for Extractive Projects*, OECD Development Policy Tools, Publicaciones de la OCDE, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257702-en>.
- OCDE (2016), *Corruption in the Extractive Value Chain: Typology of Risks, Mitigation Measures and Incentives*, OECD Development Policy Tools, Publicaciones de la OCDE, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264256569-en>.
- OCDE (2015), *Marco de acción para la inversión, Edición 2015*, Publicaciones de la OCDE, París, <https://doi.org/10.1787/9789264251106-es>.
- OCDE (2011), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, Publicaciones de la OCDE, París, <https://doi.org/10.1787/9789264202436-es>.

Principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo

Los *Principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo (Principios rectores)* ofrecen una serie de orientaciones para que los proyectos de desarrollo de recursos naturales guarden un equilibrio de riesgos y beneficios, base de una contratación duradera, y para que, desde un primer momento, se tengan en cuenta los intereses y las inquietudes de la comunidad. Mediante la propuesta de un modelo sobre el contenido y la negociación de contratos del sector extractivo duraderos, se quiere poner freno a factores que acaben derivando en renegociaciones e incentivar el uso de disposiciones lo suficientemente flexibles y adaptables para, por ejemplo, ajustarse automáticamente a las condiciones de mercado prevalentes. Asimismo, los Principios rectores pueden ayudar a gobiernos receptores y a inversionistas a dar explicaciones a la opinión pública, lo que siempre contribuye a superar tensiones entre las partes interesadas. En definitiva, estos ocho Principios rectores y la información relacionada pueden devenir un marco de referencia común para que los que participan en la negociación de contratos del sector extractivo (gobiernos receptores, inversionistas, agentes de apoyo y juristas) redacten contratos duraderos, sostenibles y beneficiosos para todas las partes. Esta publicación es la versión en español de una publicación en inglés perteneciente a la serie *OECD Development Policy Tools*.



PDF ISBN 978-92-64-32489-3

