

Anno XLV - N. 2

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003

APRILE-GIUGNO 2009

(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB PADOVA - Pubbl. trim.

Rivista di diritto internazionale privato e processuale

fondata da **MARIO GIULIANO**

diretta da

FAUSTO POCAR *responsabile*

TULLIO TREVES

SERGIO M. CARBONE

ANDREA GIARDINA

RICCARDO LUZZATTO

FRANCO MOSCONI

estratto



EDIZIONI CEDAM - PADOVA

CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS PETROLÍFEROS INTERNACIONALES

por CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN
PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

SUMARIO: I. Introducción. – II. Determinación del derecho aplicable al contrato. – III. *Lex petrolea*. – IV. Normas imperativas. – A. Expropiación directa e indirecta. – B. Medidas de coerción económica. – V. Conclusión.

I.1. Atendiendo a las fases en las que se interviene, las actividades del negocio petrolífero (gas y petróleo)¹ se clasifican en dos grupos principales. Las denominadas “aguas arriba” (*upstream*) comprenden la exploración y producción y concluye con la compraventa (crudo/gas). Las calificadas como “aguas abajo” (*downstream*) incluyen el refinado y las actividades petroquímicas (transformación) así como la comercialización – entendida como distribución primaria y capilar –. Hay quienes identifican también una fase intermedia (*midstream*) en la que se situaría el transporte de la mercancía (crudo/gas), realizado bien a través de oleoductos/gaseoductos, o bien a través de buques-tanque/metaneros.

Todas estas operaciones se articulan jurídicamente a través de contratos que, dada localización de los recursos – tanto de los hidrocarburos como de las infraestructuras y, en definitiva, del capital económico y humano – y la globalidad de la demanda, con carácter general tienen elementos extrajeros suficientes como para calificar estas operaciones como de tráfico jurídico externo. De todos ellos, los que habitualmente se consideran como puramente contratos petrolíferos son los relativos a la exploración y explotación de los hidrocarburos.

2. Tanto el Derecho internacional público (DIP)² como la inmensa

¹ La expresión petróleo se utiliza como denominación genérica para los hidrocarburos, incluyendo petróleo crudo, gas natural y líquidos del gas natural.

² Distintas Resoluciones de la AGNU – soberanía permanente sobre recursos naturales, 1803 (XVII), derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales, 626 (VII), acción concertada en pro del desarrollo económico, 15 (XV), y Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados, 3281 (XXIX) – han establecido que los Estados poseen un derecho soberano y permanente – que debe ser ejercido a favor del desarrollo nacional y del bienestar de su población – para disponer con libertad de sus riquezas naturales y recursos de acuerdo con sus intereses. El contenido de estas Resoluciones es considerado por académicos y por árbitros como costumbre internacional: AL QURASHI, *International Oil and Gas*

mayoría de las legislaciones nacionales³ reconocen la titularidad pública de los hidrocarburos. Lograr el aprovechamiento de estos recursos requiere amplias inversiones que no pueden asumir los Estados o sus empresas públicas⁴ en exclusiva y por ello es habitual recurrir a empresas privadas, normalmente extranjeras⁵ que, a su vez, en la mayoría de los casos, constituyen entre sí grupos para hacer frente a proyectos concretos. Así, la relación negocial en el terreno de la exploración y explotación de hidrocarburos suele establecerse entre una o varias empresas extranjeras (parte privada) y el Estado o una empresa pública de un modo u otro controlada por este (parte estatal). No hay dudas sobre la naturaleza contractual de esta relación⁶ y los cuestionamientos sobre su carácter público-administrativo o privado, más allá del hecho de que deban resolverse conforme a la ley aplicable, pueden considerarse un falso problema pues estos contratos entran en una dimensión, la propiamente internacional, en la que las distinciones clásicas no tienen lugar o, en todo caso, carecen del mismo sentido. El Derecho internacional que, ante la presencia de una parte estatal, es, cuando menos, un primer referente para la calificación del negocio, no

Arbitration. OGEL Special Study, vol. III, January 2005, p. 7. Debe precisarse que si bien los derechos de los Estados ribereños sobre los recursos situados en la plataforma continental no son de propiedad, comprenden el derecho a explorar y explotar los recursos que allí se encuentren (derechos funcionales).

³ Con la excepción de EE.UU y Sudáfrica, cuyas legislaciones adoptan el sistema de acesión propio del Derecho Común para los recursos situados en tierra firme (*onsshore*); esto es, el propietario de la tierra lo es también de los minerales que se encuentren en el subsuelo.

⁴ Se entiende por empresa petrolífera nacional aquella de propiedad y bajo control del gobierno que opera en alguna parte de la cadena de valor del petróleo. Pueden configurarse como organismos de Derecho público o como sociedades privadas en las que la totalidad o la mayoría de las acciones corresponden al Estado. LALIVE, "Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées; développements récents", *Recueil des Cours* vol. 181, 1983-III, p. 28.

⁵ Son varios los criterios que se han mantenido para establecer el carácter extranjero de una inversión. Algunos se han fijado en la inversión como acto jurídico y otros en la nacionalidad de la persona física o jurídica que la realiza. Actualmente, de forma mayoritaria, los múltiples convenios bilaterales para el fomento y la protección de las inversiones (BITs) optan por el criterio de la nacionalidad, llegándose a precisar en algunos casos que, si la inversión es realizada por una sociedad, basta con que ésta sea controlada por nacionales de los Estados parte.

⁶ Así se ha reconocido en los tres arbitrajes libios: *British Petroleum Company (Lybia) Limited v. Government of the Lybian Arab Republic*, de 10 de octubre de 1973, *ILR* vol. 53, 1979 p. 297 (BP), p. 327, apartado 2 – el árbitro así lo estableció sin investigar la cuestión en profundidad; *Lybian American Oil Company v. Government of the Lybian Arab Republic*, de 12 de abril de 1977, *ILM* vol. 20, 1981, p. 1 (LIAMCO) p. 85, y *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company and the Government of the Lybian Arab Republic*, (TOPCO), de 19 de enero de 1977, *ILR* vol. 53, 1979, pp. 438-441. En estos últimos el análisis realizado por los laudos es más extenso y recuerda a Mann señalando que "desde el punto de vista internacional una concesión es siempre un contrato". *Vid.* también LALIVE, *op. cit.*, pp. 99 y 124-126.

hace distinción entre los contratos administrativos y el resto de los contratos por lo que lo importante es, sencillamente, determinar cual sea el régimen aplicable al mismo. En este sentido, no puede perderse de vista que el carácter puramente contractual de la relación jurídica no hace desaparecer el papel de autoridad pública de uno de los contratantes pues el Estado – o una empresa pública controlada por éste – no sólo es quien decide celebrar el contrato y resuelve su adjudicación – normalmente a través de un procedimiento de licitación pública – sino que también puede reclamar la revisión de sus términos o incluso su revocación para responder a intereses públicos. Por ello no puede decirse que sean, sin más, contratos en los que el Estado actúa como si fuera un particular (actos *iure gestionis*); se trata de un *tertium genus*, de muy difícil definición, que ha sido denominado “contrato de Estado” o “contrato de desarrollo económico”.⁷ Cuestión distinta, no exenta de polémica, es si estos contratos pueden o no calificarse como “de inversión” a los efectos de la aplicación de los múltiples Convenios bilaterales para la protección recíproca de inversiones (BITs)⁸ o del recurso al arbitraje en el CIADI.⁹

3. Con carácter general, cabe establecer una sencilla clasificación de las modalidades más habituales de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en la que se incluyen: las licencias/concesiones – autorizaciones –, los contratos de prestación de servicios (*Service Agreements*), los contratos de participación (*Production Sharing Agreements* – PSA) y, finalmente, los de cooperación (*Joint Operation Agreements* – JOA). Estos últimos no son verdaderos contratos de exploración y explotación sino de agrupación constituida para tal fin. Los contratos de prestación de servicios, muy semejantes a los de participación, representan una “vía intermedia” entre la concesión y los contratos de cooperación. Las diferencias

⁷ Como dijera MAYER, “La neutralisation du pouvoir normatif de l’État en matière de contrats d’État”, *Journ. Dr. Int.*, núm. 1, 1986, p. 14, la presencia del Estado hace que se excluya la naturaleza privada y al no situarse la relación dentro del marco estatal (administración) tampoco puede considerarse pública. *Vid.* también VERHOEVEN, “Contrats entre États et ressortissants d’autres États”, en *Le contrat économique international. VIIes Journées d’Études juridiques J. Dabin*. Bruylant/Pedone, Bruxelles/París, 1975, p. 150; ESLAVA RODRÍGUEZ, *Contratos públicos internacionales*. Colex, Madrid, 2003, pp. 116-117. No obstante, el debate sobre la calificación de estos contratos sigue vivo – al menos para justificar su desvinculación del DI – cuando la parte local actúa a través de empresas controladas por el Estado que, sin embargo, “desde el punto de vista psicológico... reflejan una política de separación del Estado de la conclusión y adjudicación de este tipo de acuerdos”. *Vid.* VAREILLES-SOMMIÈRES y FEKINI, “Les nouveaux contrats internationaux d’exploration et de partage de production pétrolière en Libye”, *Journ. Dr. Int.*, núm. 1, 2008, pp. 17-19.

⁸ Si bien la aproximación es mayoritariamente favorable, no todos los BITs incluyen en su ámbito de aplicación los contratos de Estado.

⁹ *Vid.* BEN HAMIDA, “Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control”, *J. Int. Arb.* vol. 24. núm. 3, 2007, pp. 287-306.

entre todos ellos residen en el grado de control que retienen los Estados sobre el desarrollo de los trabajos, las modalidades de compensación y la participación que en ellos tengan las empresas estatales. En la práctica pueden utilizarse conjuntamente distintos tipos de contratos para la exploración y explotación de un yacimiento (licencia y acuerdo de participación; licencia y acuerdo de cooperación, acuerdo de cooperación y de participación) dando lugar a una red de contratos que revela la existencia de complejas relaciones entre las partes.

El tipo de actividad y el volumen de la inversión justifican que los contratos tengan una duración relativamente amplia; al menos cinco o seis años para la exploración y entre veinticinco y treinta años para la explotación; normalmente, ambos susceptibles de ser prorrogados. Esta circunstancia, sumada a los diversos intereses públicos del Estado contratante, inciden en la elección del modelo de contrato así como en la celebración y, posteriormente, en la ejecución del mismo. En definitiva, a lo largo de todo el período, los Estados tratan de lograr la realización de inversiones de capital y humanas que, junto a la explotación de los recursos y al abastecimiento nacional, contribuyan al desarrollo sostenible del país, lo que supone no perder de vista la protección del medio ambiente. Por su parte, las empresas extranjeras consiguen básicamente una rentabilidad económica.

4. La duración de la relación contractual permite que durante su vida surjan cuestiones no previstas, cambien las circunstancias de modo que se dificulte gravemente o se impida el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, así como que se produzcan modificaciones de las políticas nacionales al concretar los intereses públicos. Esto hace que los contratos de exploración y explotación resulten especialmente arriesgados para las empresas extranjeras que, para rentabilizar su inversión, precisan cierto grado de estabilidad. De este modo se hace evidente la fundamental importancia de la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato, pues será el que establezca el modo de hacer frente a cualquier situación que se produzca. Todo ello con independencia de la presencia en su articulado de las llamadas cláusulas de intangibilidad y/o de estabilización ya que, si bien en ciertos casos estas disposiciones pretenden incidir sobre la normativa aplicable al contrato,¹⁰ su interpretación y aplicación dependen en última instancia del régimen jurídico del mismo.

¹⁰ La distinción entre ambas no siempre es clara en la doctrina. Así, BROWNIE, *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 2003, p. 526, define las cláusulas de intangibilidad como las que, insertadas en un acuerdo entre un gobierno y una entidad legal extranjera, comprometen al gobierno a no anularlo y a no modificar sus términos mediante legislación o medidas administrativas. Otros autores, FARUQUE, "Validity and Efficacy of Stabilization Clauses; Legal Protection vs. Functional Value", *J. Int. Arb.* vol. 23, núm. 4, 2006, pp. 319-320, solo califican como cláusulas de intangibilidad las que impiden las medi-

5. El objetivo del estudio que se expone a continuación es ofrecer una imagen clara del régimen jurídico de estos contratos. Para ello, debe partirse de la determinación del Derecho aplicable, continuar con el fenómeno del desarrollo de una *lex mercatoria* específica, la *lex petrolea*, y perfilar el origen y alcance de las llamadas normas imperativas. Para lograr este objetivo se atiende, además de a las propias cláusulas contractuales y a la amplia diversidad normativa, a la relativamente abundante práctica arbitral sin perder de vista la evolución de la realidad política, económica e incluso jurídica en la que se desarrolla la vida de los contratos. Conviene en todo caso indicar que desde la perspectiva normativa, más allá de las normas internas, hay que tener en cuenta la existencia de normas internacionales de diverso origen (organizaciones estatales y no estatales sí como los usos del comercio) y naturaleza (obligatoria o facultativa).

II.6. Bien puede decirse que la autonomía de la voluntad contractual, que puede ser ejercitada por las partes en cualquier momento, es un principio reconocido en instrumentos internacionales y nacionales tanto en su dimensión material¹¹ como conflictual¹² y ello con independencia de la

das administrativas unilaterales y consideran aquellas que frenan la aplicación de nuevas normas como cláusulas de estabilización *stricto sensu*. No obstante, con carácter general puede considerarse que mientras la “intangibilidad” inmoviliza el contrato, la “estabilización” permite acomodarlo cuando cambian las circunstancias – la tipología de estas cláusulas incluye el *hardship* y la fuerza mayor, siendo su mayor exponente las distintas variedades de cláusulas que contemplan de modo expreso la renegociación –.

¹¹ En el ámbito internacional cabe citar a título de ejemplos de normas vinculantes el art. 42.1 del Convenio para la solución de diferencias en materia de inversiones (CIADI), www.worldbank.org/icsid, el art. 6 del Convenio sobre compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena en 1980, www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, y, como normas de carácter facultativo, el art. 1 de los Principios de UNIDROIT sobre la contratación internacional, de 2004, www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf, y los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE), http://web.ebs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl. A escala interna, cabe observar a título de ejemplo el caso español en el que el art. 25 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sobre contratos del sector público (LCSP), BOE núm. 261 de 31 de octubre, – adoptada para trasponer la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios –, reconoce la libertad de pactos siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

¹² En el ámbito internacional, cabe citar entre las disposiciones vinculantes, el art. 54 del Reglamento del mecanismo complementario del CIADI, www.worldbank.org/icsid/amend.htm, y el art. 33 del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL, www.uncitral.org/en.index.htm, que dicen: “El tribunal aplicará las normas de Derecho designadas por las partes”. Igualmente, el art. 17 del Reglamento de arbitraje de la CCI, *ILM* vol 36, 1997, p. 1612, señala “Las partes son libres de acordar las normas jurídicas que aplicará el tribunal arbitral” –. En estos tres casos las normas de conflicto de leyes se entienden incluidas. Por otra parte, la Resolución del IDI de 11 de septiembre de 1979 establece que “Los contratos entre un

naturaleza pública de uno de los contratantes.¹³ Tan es así que puede hablarse a este respecto de la existencia de un principio general del Derecho universalmente reconocido. Ello no impide encontrar límites a su aplicación tanto en la dimensión material como conflictual. Los límites relativos a la autonomía de la voluntad conflictual, que condicionarán indirectamente los que existan a la autonomía de la voluntad material, dependerán de la regla para la determinación del Derecho aplicable que utilice el órgano de solución de diferencias surgidas durante la vida del contrato (foro judicial o arbitral).¹⁴

7. De la consagración del principio de autonomía de la voluntad se

Estado y una persona privada extranjera están sometidos a las normas elegidas por las partes". En el ámbito de la Unión Europea (UE), hay que destacar el art. 3 del todavía aplicable Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma, el 19 de junio de 1980, DO (1998) C 27. No obstante, la aplicabilidad de este último a los contratos de Estado resulta dudosa por cuanto, como señala ESLAVA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 157, al no indicar nada al respecto, salvo que el TJCE estableciera que la calificación de un contrato como administrativo realizada de conformidad con el ordenamiento de un Estado miembro no debe primar sobre su naturaleza contractual, éstos quedarían fuera del ámbito del aplicación de este instrumento. El nuevo Reglamento 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO (2008) L 177/6, no introduce ninguna aclaración al respecto. Sin embargo, la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994, incluye expresamente los contratos en los que sean parte Estados u organismos estatales, si bien permite a sus miembros excluir todos o algunos de ellos (art. 1.3). En todo caso, este Convenio sólo obliga a México y a Venezuela. A escala interna, sin embargo, en algunos países como España aunque no se reconozca expresamente la autonomía de la voluntad conflictual – el art. 19.2 de la LCSP establece la aplicación de la propia ley y sus disposiciones de desarrollo a la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos administrativos; supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado; todo ello sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas específicas de los contratos administrativos especiales – la libertad de pactos del art. 25.1 legitima esta posibilidad.

¹³ LÉBOULANGER, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*. Economica, París, 1985, p. 200. La cualidad de los sujetos intervinientes no ejerce ninguna influencia en la cuestión. Los laudos de los grandes arbitrajes libios – *vid. infra* nota 6 – lo reconocen expresamente en cuanto al juego de la autonomía conflictual.

¹⁴ Con carácter general, no puede hablarse de límites a la autonomía de la voluntad en su calidad de principio general del Derecho salvo, en todo caso, en lo que concierne a la obligatoria aplicación de las normas imperativas y a la excepción de orden público. Los instrumentos internacionales sobre arbitraje no contemplan límites expresamente. Por su parte, el Convenio de Roma – cuya aplicabilidad a estos contratos resulta dudosa (*vid. infra* nota 12) – entre otras cosas (normas imperativas), no permite optar por las normas de la *lex mercatoria* y, si bien la propuesta inicial para la adopción del Reglamento Roma I (Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM(2002) 654 final) planteaba un eventual cambio en este aspecto, no ha sido así en su redacción final. En la práctica actual, sin embargo, este límite se salva gracias al juego de la autonomía de la voluntad material.

deriva que el contrato es el primer factor para determinar el régimen jurídico que lo rige. Así, en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos lo habitual es que, junto a las concretas obligaciones y derechos materiales de las partes que ellas mismas hayan establecido en el acuerdo y que pueden dar lugar a la aparición de usos y costumbres profesionales, los contratos incorporen la elección del conjunto de normas que constituyen la “ley” – en sentido *lato* – rectora del mismo. La finalidad de esta *lex contractus* es complementar y completar los aspectos regulados directamente en el contrato tanto desde la perspectiva de su interpretación, como desde los derechos y obligaciones de las partes, su cumplimiento e incumplimiento así como las consecuencias, o la exoneración de consecuencias, de este último. Tal y como recoge el Instituto de Derecho Internacional (IDI), las partes suelen elegir a estos efectos el Derecho internacional, un sistema nacional o una solución combinada – como la ley nacional del Estado huésped con Derecho internacional y los principios generales del Derecho¹⁵ –. Cabe incluso plantear la posibilidad de elegir una *lex mercatoria* específica, la denominada la *lex petrolea*.

A pesar de que los juristas aconsejan a los contratantes evitar toda referencia a normas y a conjuntos de normas vagos o imprecisos – como los principios generales del Derecho¹⁶ – con el fin de evitar las dificultades de los árbitros o jueces en su identificación,¹⁷ se observa en la práctica una tendencia hacia el recurso al Derecho internacional y hacia el desarrollo de la *lex petrolea*. El recurso al Derecho internacional se encuentra, además, reforzado por tratarse del ordenamiento que diversos instrumentos internacionales – especialmente en materia de arbitraje – obligan a aplicar en todo caso¹⁸ o prevén para los supuestos de ausencia de elección

¹⁵ El art. 2 de la Resolución del IDI de 11 de septiembre de 1979 permite optar entre uno o varios ordenamientos internos o los principios comunes a estos, los principios generales del Derecho, los principios aplicables en las relaciones económicas internacionales, el Derecho internacional o bien una combinación de todas ellas.

¹⁶ La expresión tiene diversos significados pero, en su noción más estricta, se entiende como las reglas no escritas cuya generalidad permite sostener una amplia serie de respuestas normativas. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Paris II, 1992, p. 61. Destacando la diferencia entre los principios generales del derecho que constituyen reglas transnacionales y la *lex mercatoria*, vid. GALLIARD, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, en *Études offertes à Pierre Bellet*. Litec, París, 1991, pp. 216-217.

¹⁷ WENGLER, “Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat”, *R.C.D.I.P.* núm. 3, 1982, p. 498.

¹⁸ La Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (ECT), adoptada en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, DO (1997) L 69, el art. 26.6 fuerza, haya o no elección de *lex contractus*, a aplicar el texto del tratado “y las normas y principios de Derecho internacional”. En términos semejantes, pero añadiendo la aplicación de las normas del Estado huésped, se manifiestan las cláusulas de elección de derecho aplicable contenidas en algunos BITs. El art. V de la De-

de ley.¹⁹ Por su parte, la *lex petrolea* aparece respaldada, no ya sólo por el juego de la autonomía de la voluntad material, sino también por normas internacionales – relativas a arbitraje²⁰ – y por algunas disposiciones de Derecho interno²¹ que conducen a aplicarlas o, cuando menos, a tomarlas en consideración. El Derecho internacional y la *lex petrolea* proporcionan la neutralidad que buscan las partes en la regulación del contrato, hablándose de una aproximación que “desnacionaliza” las normas aplicables para, en definitiva, construirlas sobre principios generales del Derecho.²² Sin embargo, no puede perderse de vista que a pesar de la creciente importancia de la *lex mercatoria*, el recurso a estas normas por vía conflictual no es admitido por todos los ordenamientos²³ y que, en todo caso, se trata de un conjunto de normas que no puede considerarse completo por lo que se recomienda complementarlo expresamente con el Derecho internacional o con un sistema de Derecho interno.²⁴

En el siguiente ejemplo de cláusula de elección de Derecho aplicable, procedente de un PSA de Turkmenistán, se refleja la elección de una ley nacional combinada con la referencia al Derecho, a los principios y a la práctica internacionales: “*This Agreement shall be governed by, interpreted and construed in accordance with the Law of Turkmenistan and as applicable,*

claración de Arreglo de Controversias del Tribunal Irán-EE.UU, *ILM*, vol. 20, 1981, p. 230, señala que todos los casos se decidirán “sobre la base del respeto al Derecho, aplicando las normas de conflicto y los principios de Derecho comercial y del Derecho internacional en los términos que el Tribunal establezca tomando en consideración los usos del comercio que resulten relevantes, las disposiciones del contrato y el cambio de circunstancias”.

¹⁹ El art. 42.1 del Convenio del CIADI, *loc. cit.*, remite a la Ley del Estado contratante parte en la diferencia “y a las normas de Derecho internacional que resulten aplicables”; y el art. 54 de las normas del Reglamento del mecanismo complementario del CIADI, *loc. cit.*, lo hace a las normas de conflicto que el tribunal decida aplicar “y a las normas de Derecho internacional que el Tribunal considere aplicables”.

²⁰ El art. 33 del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL, *loc. cit.*, establece que “En todos los casos, el tribunal arbitral... tomará en consideración los usos del comercio aplicables a la transacción”. En términos similares se expresan el art. 17 del Reglamento de arbitraje de la CCI, *loc. cit.*, y el art. V de la Declaración de Arreglo de Controversias del Tribunal Irán-EE.UU, *loc. cit.*

²¹ En el caso español los arts. 267.2 – contratos de fabricación – y 277.3 – contratos de servicios firmados por el Ministerio de Defensa – de la LCS, *loc. cit.*, aluden a la aplicación de las normas y usos vigentes en el comercio internacional “sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes”. *Vid. supra* nota 70.

²² R.D. BISHOP, “International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolea*”, *CEPMLP Internet J.* vol. 2, núm. 3, 1997, www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/volume2.html

²³ Sobre el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I *vid. infra* nota núm. 14. Sin embargo, la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos, hecha en México el 24 de marzo de 1994, permite optar por la *lex mercatoria* pues en sus arts. 9 y 10 menciona expresamente los principios de derecho comercial internacional.

²⁴ BEGIC, *Applicable Law in International Investment Disputes*. Eleven, The Netherlands, 2005, p. 19.

the principles of international law and the decisions of international tribunals and international treaties to which Turkmenistan is a party".²⁵ A título ilustrativo, en el laudo *AGIP Brazzaville SA v. Congo*, el tribunal atendió a una cláusula de elección de la ley del Congo (a la sazón la francesa vigente en el momento en el que el país accedió a la independencia en 1960) completada con los principios de Derecho internacional.²⁶

8. La referencia al Derecho internacional, entendida como el DIP general y convencional,²⁷ planteó problemas teóricos al tratarse de un ordenamiento cuya aplicación a las relaciones entre sujetos de Derecho privado y Estados sólo puede realizarse por analogía, sin que en ningún caso la empresa contratante se convierta en sujeto de Derecho internacional ni el contrato en una fuente de obligaciones internacionales para el Estado. La opción de las partes por la "internacionalización del contrato" conlleva, paradójicamente, su "privatización" pero no, como fue sugerido doctrinalmente, la aparición de un régimen jurídico "internacionalpublicista" específico para los denominados "contratos del Estado".²⁸ Efectivamente, el DIP sólo se aplica a estos casos por analogía y, en principio, no debe ser utilizado sin que las partes lo hayan acordado expresamente.²⁹ Nada impide, sin embargo, que el acuerdo pueda producirse de forma implícita³⁰ y así se ha establecido en cierta jurisprudencia arbitral. Algunos árbitros han destacado que la naturaleza internacional de una diferencia y la opción por el arbitraje internacional suponen la elección implícita del Derecho internacional como ley rectora del contrato.³¹ No obstante, aunque la opción de

²⁵ Modelo de PSA de Turkmenistán de 1997.

²⁶ *AGIP Brazzaville SA v. Congo*, *ILM* vol. 21, 1982 pp. 730 y 735, apartados 43 y 80.

²⁷ Entre los convenios internacionales cabe destacar la importancia de los BITs contienen un conjunto de normas imperativas o supletorias que constituyen el marco jurídico de los contratos de inversión internacional (obligaciones del Estado y de la empresa) y, desde este punto de vista, son una fuerte importante del Derecho aplicable a tales contratos. El tratamiento del inversor extranjero normalmente consiste en conferirle un estatuto jurídico basado en la equidad (no discriminación y aplicación del régimen fiscal al menos igual al acordado a la nación más favorecida). *LEBOULANGER, op. cit.*, pp. 86-187

²⁸ *WEIL*, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier", *Recueil des Cours* vol. 136, 1972-II, hablaba de un Derecho de los contratos internacionales, pp. 189-234.

²⁹ *LEBOULANGER, op. cit.*, pp. 209-220 y 232. *MAYER*, "La neutralisation du pouvoir normatif...", p. 22.

³⁰ La Sentencia de la CPJI en el asunto de los empréstitos serbios, *loc. cit.*, estableció que para determinar el Derecho aplicable, el Tribunal puede tomar en consideración las intenciones presuntas de las partes.

³¹ *TOPCO, loc. cit.*, - en este caso el contrato contaba, además, con una cláusula de elección del Derecho internacional -; *Mobil Oil Irán Inc. v. Gobierno de la República Islámica de Irán* y *National Iranian Oil Company (NIOC)*, laudo núm. 311-74/76/81/150-3, de 14 de julio de 1987 (16 Iran-US Cl. Trib. 3), p. 25, apartado 73, y *AMOCO International Finance v. Gobierno de la República de Irán*, de 14 de julio de 1987, (15 Irán-US Cl. Trib Rep. 189), p. 220.

las partes por el arbitraje internacional puede constituir un indicio de su intención de señalar el del Derecho internacional como ley rectora del contrato, ésta no debería establecerse de forma automática.³² Debe tratarse como un dato más que, junto a otros – como el comportamiento de las partes – y, por supuesto, a lo que pueda inferirse del texto del propio contrato, han de ser evaluadas por los árbitros a la hora de discernir, con “razonable certeza”,³³ la existencia de un acuerdo implícito. En todo caso, la internacionalización del contrato encuentra su límite en las normas imperativas del Estado o del orden público internacional tal y como es concebido fundamentalmente en tribunales internacionales.³⁴

9. Si no se opta por el Derecho internacional o por alguna de las combinaciones más arriba mencionadas, en los contratos de exploración y explotación la ley elegida como rectora del mismo es habitualmente la del Estado en cuyo territorio se llevan a cabo los trabajos. Nada obliga a ello puesto que hace ya hace tiempo que se rompió con la concepción tradicional establecida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los Empréstitos Serbios que impedía presumir que un Estado asumiera la aplicación de un ordenamiento distinto al suyo en los contratos en los que fuera parte³⁵ y es posible encontrar incluso remisiones a un ordenamiento neutral.³⁶

El llamado nacionalismo energético de estos últimos años puede explicar quizá la presencia en los contratos más recientes de cláusulas de elección del Derecho local que eluden cualquier referencia expresa al Derecho internacional.³⁷ Así, el modelo de contrato venezolano actual dispone: “Este contrato se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la República”, y, por su parte, el libio reza: “Este contrato se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la Gran República Árabe Popular Socialista de Libia Jamahiriya, incluyendo, sin limitación la *lex petrolea*”. La

³² BEGIC, *op. cit.*, p. 58.

³³ Así se expresan el art. 3.1 del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I, *loc. cit.*

³⁴ LÉBOULANGER, *op. cit.*, p. 222.

³⁵ Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto de los empréstitos serbios, CTPJI, Serie A, 20/21, 41-42. Según expresó el TPJI “todo contrato que no sea un contrato entre Estados en tanto que sujetos de Derecho internacional, tiene su fundamento en una ley nacional”.

³⁶ En los JOA, por ejemplo, es habitual el recurso a un ordenamiento neutral, frecuentemente el inglés. MARMURSZTEJN, “Les clauses de force majeure dans les contrats de l’amont d’une compagnie pétrolière: une étude de cas”, *RDAI/IBLJ*, núm. 7, 1998, p. 786.

³⁷ Cuestión distinta es evaluar si la intención de las partes de regirse también por el Derecho internacional podría llegar a deducirse de forma implícita del resto de términos y circunstancias que rodean al contrato. Además, como se ha visto *vid.* nota 17, algunos instrumentos en materia de arbitraje – Irán – EE.UU, ECT y, normalmente, BITS – obligan a considerar el Derecho internacional, o cuando menos sus principios, en todo caso.

naturalidad de la elección del Derecho local reside en la obviamente estrecha conexión que éste tiene con el contrato.³⁸ Tan es así que, en ausencia de elección, algunos instrumentos internacionales utilizan este criterio para determinar el Derecho aplicable.³⁹ En este sentido, cabe mencionar que la Resolución de la AGNU relativa a la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, aunque carece de efectos vinculantes, dispone que en los casos en los que, de conformidad con el régimen aplicable, se concedan autorizaciones para realizar actividades en este ámbito “*el capital importado y los beneficios del mismo deben regirse por la ley nacional en vigor en dicho Estado y por el Derecho internacional, compartiendo los beneficios en las proporciones libremente pactadas entre el inversor y el Estado receptor*”.⁴⁰

10. Cuando las partes no hacen uso de la autonomía de la voluntad para determinar el régimen aplicable al contrato su concreción dependerá del foro competente. Con carácter general puede, no obstante, anticiparse que, se trate de un tribunal arbitral o de una jurisdicción nacional, lo habitual será aplicar el ordenamiento del Estado huésped y, cuando menos, tomar en consideración los usos del comercio y los principios del Derecho internacional. No obstante, la práctica arbitral prueba que, más allá de cualquier combinación de estos conjuntos normativos, cualquiera de ellos puede ser aplicado de forma independiente.⁴¹ Obviamente, se trata de los conjuntos normativos más estrechamente relacionados con el contrato, conexión subsidiaria –o cláusula de excepción– ampliamente aceptada por los ordenamientos nacionales e instrumentos internacionales⁴² que también ha sido

³⁸ La Resolución del IDI de 11 de septiembre de 1979, *loc. cit.*, establece (arts. 1 y 5) que “en defecto de elección, (los contratos entre una persona privada y el Estado estarán sometidos) a las normas con las cuales en contrato presente los vínculos más estrechos”.

³⁹ El art. 42.1 del Convenio del CIADI, *loc. cit.*, establece que “será de aplicación la ley del Estado contratante parte en la disputa (incluyendo las normas de conflicto de leyes)” y, como ya se indicó, las normas de Derecho internacional que resulten aplicables. También los BITs suelen establecer la aplicación del Derecho del Estado huésped.

⁴⁰ Resolución AGNU 1803 (XVII), de 1 de diciembre de 1962, apartado 3.

⁴¹ Como ejemplo de remisión en exclusiva a la *lex mercatoria* sirva *Deutsche Schachtbau v. R'As al-Khaimah National Oil Co (RAKOIL)*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XIV, 1989, p. 117, apartado 17, 18 y 19. *Lloyd's Rep.* núm. 2, 1987, p. 246; “Reference either to law of any of the companies, or of such a State and the State on whose territory one or several of these contracts were entered into, may seem inappropriate, for several reasons. The Arbitration Tribunal will refer to what has become common practice in international arbitrations particularly in the field of oil drilling concessions and especially to arbitrations located in Switzerland ...The Arbitration Tribunal therefore holds internationally accepted principles of law governing contractual relations to be the proper law applicable to the merits of this case”.

⁴² El Convenio de Roma, *loc. cit.*, establece en su art. 4 que, en defecto de elección, el Derecho aplicable será el que presente los vínculos más estrechos con el contrato presumiéndose, salvo que existan vínculos más estrechos con otro ordenamiento, que este será el del

recogida expresamente en algún laudo.⁴³ En todo caso, como se ha indicado, distintos instrumentos internacionales en materia de arbitraje cuentan con normas para determinar el Derecho aplicable en defecto de elección que, sin perjuicio de la remisión a las normas de conflicto “aplicables” – las del Estado huésped o las que el Tribunal considere apropiadas – o a la aplicación directa del Derecho del Estado huésped, consagran la utilización del Derecho o los principios del Derecho internacional y la *lex mercatoria* ya sea de forma obligatoria y con independencia del uso de la autonomía de la voluntad,⁴⁴ o como puntos de conexión subordinados subsidiarios.⁴⁵

III.11. La *lex mercatoria* ha adquirido progresivamente una importancia significativa en la regulación de los contratos petrolíferos internacionales. Estimulada y reconocida por normas nacionales e internacionales, la autorregulación complementa la insuficiencia de las normas administrativas tradicionales y refleja la renuncia explícita del legislador a elaborar detalladamente reglamentaciones que, pretendiendo atender a los intereses de un colectivo privado a la par que satisfacer finalidades públicas, podrían convertirse en obsoletas rápidamente.⁴⁶ Al desarrollo y consolidación de este conjunto normativo ha contribuido ampliamente el arbitraje.

domicilio de quien realice la prestación más característica. En el caso de los contratos de exploración y explotación, la prestación más característica es la que realiza la empresa extranjera. Sin embargo, por muchas razones, este contrato siempre estará más estrechamente vinculado con el lugar en el que se realizan tales las actividades. En términos semejantes se pronuncia el art. 9 de la Convención interamericana, *loc. cit.* nota 17 observaciones sobre la aplicabilidad de ambos instrumentos a los contratos administrativos. Sin embargo, el art. 4.2 y 3 Reglamento Roma I, *loc. cit.*, remite directamente a la ley del lugar del domicilio de quien realice la prestación más característica, admitiendo su exclusión si el contrato presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento.

⁴³ En un arbitraje UNCITRAL, *Wintershall AG v. Gobierno de Qatar*, Laudo de 21 de mayo de 1988, *ILM*, vol. 28, 1989, p. 802, el Tribunal debía recurrir a las “normas de conflicto aplicables” – lo que suele interpretarse como las reglas conflictuales generalmente aceptadas – y decidió sobre la base de las conexiones estrechas del contrato (celebración, ejecución) aplicar un ordenamiento, el de Qatar. “In the absence of a controlling choice of substantive governing law clause and in consideration of the close links... the exploration and productions sharing agreement... to Qatar, the governing substantive law shall be the law of Qatar”. No obstante, también tomó en consideración los usos del comercio del sector. También P. Cavin, árbitro *ad hoc* en *Shappire International Petroleum v. NIOC*, laudo de 15 de marzo de 1963, *ILR*, vol. 35, 1967, p. 170, señaló “the arbitrator... must look for the common intention of the parties and use connecting factors generally used in doctrine and in case law”. Aunque las conexiones conducían al Derecho iraní, el árbitro razonó de forma controvertida la aplicación del Derecho internacional apoyándose en el principio de la buena fe y la intención de las partes. *Vid. supra* nota 60.

⁴⁴ *Vid. supra* notas 18 y 20.

⁴⁵ *Vid. supra* nota 19.

⁴⁶ TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 172 y 253.

12. La aparición y el desarrollo de una *lex mercatoria* específica del sector petrolífero, como en el caso de cualquier otro sector de los usos y costumbres profesionales, no se produce de manera lineal sino como resultado de un cúmulo de circunstancias que rodean el hecho de que las prácticas relativas al negocio son siempre semejantes aunque se produzcan en diferentes entornos internacionales. Así, un número muy importante de cláusulas contractuales son construidas sobre el modelo de leyes o contratos nacionales de los países más influyentes⁴⁷ y otras proceden de principios, estándares, recomendaciones o guías elaboradas por organizaciones o asociaciones internacionales, que pueden ser específicas para el sector o generales. Entre estas últimas cabe distinguir instrumentos tan diversos como los Principios de UNIDROIT sobre contratación internacional, los Principios de Derecho Contractual Europeos (PDCE), el Código de conducta de NU para las empresas transnacionales o la Iniciativa *Global Compact* de NU. También existen contratos modelo elaborados por distintas asociaciones profesionales del sector – como la *International Energy Committee of American Corporate Counsel Association* (ACCA) y, especialmente, la *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN) –, y no es extraño, además, que cada compañía tenga su propio documento-contrato estándar así como su particular código de conducta. Todas estas iniciativas se retroalimentan entre sí.

Sin duda estas reglas, principios, recomendaciones y modelos para la contratación internacional constituyen herramientas muy útiles para las partes pues, cuando menos, sirven de base para el inicio de las negociaciones y, de este modo, promueven y facilitan la contratación. Además, estos instrumentos, especialmente los elaborados por instituciones internacionales y estatales, suelen tomar en consideración los objetivos de desarrollo así como de protección medioambiental y de los derechos humanos de forma que su utilización ofrece también a las empresas – preocupadas por su reputación como uno de sus activos más importantes para reforzar su posición competitiva – cierta protección frente a las campañas de las ONG que operan a través de la opinión pública.⁴⁸

⁴⁷ SHOYLEKOV, “The United Kindom Oil and Gas Regime”. *Approfondimenti sul Diritto Minerario Nazionale e Introduzione al Diritto Minerario Comunitario e Comparato*. Atti del 1° Congresso di Studi di Diritto Minerario, a cura di R. Federici. CEDAM, Padova, 2001, p. 239. Con el fin de ahorrar tiempo y dinero, en el Reino Unido, por ejemplo, coordinado bajo los auspicios del programa PILOT (la *task force* conjunta de la industria y el gobierno; www.pilottaskforce.co.uk) bajo el eslogan “Streamlined Commercial Agreements”, se crean formularios estándares para algunos tipos de acuerdos usados frecuentemente (acuerdos de confidencialidad, asignación de licencia, novación de un JOA, novación de un *trust deed*, etc.) que han de ser utilizados por todas las compañías. PILOT ha establecido también el *Progressing Partnership Working Group* (PPWG), con representación del gobierno y de la industria, que ha elaborado un código voluntario de prácticas comerciales para las negociaciones orientada a reducir sus costes y promover buenas prácticas comerciales.

⁴⁸ WÄLDE, “International Standards: A Professional Challenge for Natural Resources

13. Algún exponente de la doctrina más tradicional ha sido bastante reacio a aceptar la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a las relaciones contractuales entre Estados y empresas privadas,⁴⁹ sin embargo, incluso quienes consideran que no puede someterse globalmente un contrato a la *lex mercatoria* salvo en algunos sectores específicos, han reconocido que los contratos de Estado constituyen en este sentido una excepción.⁵⁰

La aplicación de la *lex mercatoria* se produce de modo directo cuando se incorpora o se hace referencia a ella en los contratos, en tratados internacionales⁵¹ u ordenamientos internos⁵² y cuando se pueden considerar costumbre internacional. Opera, además, de forma indirecta cuando, una vez comprobada la seriedad de su origen y fundamentos, se utiliza para dar mayor especificidad y contenido a conceptos jurídicos indeterminados presentes en las normas aplicables, otorgando legitimidad a los argumentos legales y a las decisiones arbitrales.⁵³ En otras palabras, mediante la resolución de diferencias entre las partes por vía del arbitraje se asientan los criterios instructivos y, al centrarse en el ámbito específico de la exploración y explotación de hidrocarburos, se genera el sustrato de una rama específica de la *lex mercatoria*, la *lex petrolea*,⁵⁴ cuya existencia fue expresamente reconocida en un laudo dictado 1982 “*A lex petrolea that was in some sort a particular branch of a general universal lex mercatoria*”.⁵⁵

14. La primera vez que se adoptó esta visión implícitamente fue en el caso *Petroleum Development Ltd. v. Sheik de Abu Dhabi*, un arbitraje *ad hoc* de 1951. El contrato no establecía el Derecho aplicable y su artículo 17 sólo señalaba que se ejecutaría en espíritu de buena voluntad e integridad y que

and Energy Lawyers”, en BASTIDA, WÄLDE y WARDEN-FERNÁNDEZ, Eds. *International and Comparative Mineral Law and Policy. Trends and Prospects*. Kluwer, 2005, p. 227.

⁴⁹ MAYER, “La neutralisation...”, pp. 26-27.

⁵⁰ LAGARDE, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, *Mélanges Bertold Goldman*, 1982, p. 139.

⁵¹ *Vid. supra* notas 18 y 20.

⁵² *Vid. infra* nota 70.

⁵³ WÄLDE, *op. cit.*, pp. 219-220 y 223. Para él, pp. 244-247, las normas más solventes son las producidas por organizaciones internacionales especializadas en la materia, ya sean universales o participadas por los países más influyentes, que utilizan amplitud de expertos y diplomáticos durante un largo período de tiempo y que se formalizan explícitamente en documentos ampliamente aceptados por todos los actores. En segundo lugar se encuentran los estándares preparados en el sistema de NU vigilando el modo en que se alcanzan, a continuación a las elaboradas por asociaciones profesionales de juristas y de la industria y por último las preparadas por ONGs. En definitiva, “The well established methods of dealing with legal precedent – *stare decisis* – both in common law and civil law countries will help to distinguish the more relevant and persuasive international standards from the less persuasive ones”.

⁵⁴ R.D. BISHOP, “International Arbitration of Petroleum Disputes...”.

⁵⁵ *Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL)*, Laudo de 24 de mayo de 1982, *ILM*, vol. 21, 1982, p. 1036 apartado 155.

sería interpretado de manera razonable. De ahí el tribunal infirió que no debía aplicarse ningún sistema nacional sino que había que recurrir a “*the application of principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nations – a sort of ‘modern law of nature’*”.⁵⁶ La referencia a la práctica de las nacionales civilizadas sitúa la base de esta *lex mercatoria* en el Derecho internacional que, cuando menos, dispone de reglas específicas en cuanto a la propiedad de los hidrocarburos,⁵⁷ la expropiación, el cambio de circunstancias (*rebus sic stantibus*), el respeto a lo pactado (*pacta sunt servanda*) y el cumplimiento de las obligaciones de buena fe.

15. En esta línea, el Tribunal Arbitral en el asunto *Arabia Saudita v. Arabian American Oil Company* (ARAMCO) desarrolló una argumentación más compleja que se explica por las reticencias, que existían en 1958, a recurrir al DIP para dar respuesta a situaciones en las que no todas las partes son sujetos de dicho ordenamiento. Se partió de que el Derecho aplicable sería el determinado por las normas de conflicto del Derecho del foro arbitral, pero no existían. El Tribunal consideró que, al no contener el DIP general ese tipo de normas, debía atender primero a las indicaciones que las partes dieron expresa o implícitamente en el contrato – puesto que la autonomía de la voluntad contractual es un principio general del Derecho – y, si esto no permitía extraer una conclusión, decidir tomando en consideración todas las circunstancias del caso. Esto último fue lo que hubo de hacer, construyendo las decisiones que las “personas razonables” habrían adoptado.

En su análisis, el Tribunal estableció que se la concesión petrolífera podía asimilarse a una “constitución”, a la norma fundamental, que debe ser estrictamente cumplida por las partes y en la que se reconocen derechos subjetivos de carácter público al concesionario de los que no puede ser privado mientras cumpla con sus compromisos. Al versar dichos derechos sobre una propiedad inmueble situada en Arabia Saudita y tratarse de un contrato no firmado entre dos Estados soberanos y, por lo tanto, no sujeto al DIP salvo en aspectos tales como la soberanía o la responsabilidad internacional de los Estados, el Tribunal decidió considerar decisiva la *lex situs* pero, además, teniendo en cuenta su carácter internacional, el acuerdo/concesión se interpretó y las obligaciones y derechos de las partes se completaron con la referencia a los *principios generales del Derecho*.

⁵⁶ Laudo de Lord Asquith of Bishopstone en el asunto *Petroleum Development Ltd. v. Sheik de Abu Dhabi* ICLQ vol. 1 núm. 2, 1952 p. 251. El Tribunal aceptó que algunos principios de Derecho inglés forman parte de la misma; “albeit English municipal law is inapplicable as such, some of its rules are in my view so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence, this “modern law of nature””.

⁵⁷ WAELDE y PAGE, *Editorial*, *J. En. & Nat. Res. L.*, vol. 11, 1993, I.4, p. 1.

Finalmente, los aspectos del contrato relativos a la venta y al transporte de los productos petrolíferos se rigen “*by the custom and practice prevailing in maritime law and in the international oil business*”.⁵⁸

16. Por el contrario, en *Shappire International Petroleum v. NIOC*, ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre la ley rectora del contrato, el Tribunal arbitral comenzó rechazando la aplicación de las normas de conflicto del foro arbitral (Suiza).⁵⁹ El contrato se firmó y tenía que ejecutarse en Irán, así que el tribunal observó que la ley del contrato era, en principio, la iraní. Sin embargo, para el Tribunal la existencia de una cláusula que establecía que el contrato debía ejecutarse “conforme a los principios de buena fe y buena voluntad”, permitía inferir la intención de las partes de excluir este ordenamiento. Y ello porque, si se llegaba a otra conclusión, el hecho de que la naturaleza de la concesión fuera mixta – pública y privada – colocaría a *Shappire* en una situación de desprotección frente a los cambios legislativos que el Estado quisiera introducir en el contrato, lo que resultaría contrario a la buena fe y la buena voluntad. Por lo tanto, el Tribunal consideró que la referencia a las reglas de la buena fe contractual impedía aplicar las normas rígidas de un ordenamiento nacional concreto y había que “*disentangle the rules of positive law, common to civilized nations, such as are formulated in their statutes or are generally recongnized in practice*”.⁶⁰

Bien puede decirse que este planteamiento, que en su día dio lugar a la teoría – hoy totalmente obsoleta y desmentida por la práctica – de la internacionalización de los contratos,⁶¹ responde a la búsqueda de las normas generalmente aplicables en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos que, por lo demás, reciben el respaldo de los Estados en su calidad de tales; en definitiva, la *lex petrolea*.

17. En los tres casos de nacionalización libios (BP, TOPCO, LIAMCO), cada árbitro leyó la cláusula de ley aplicable de forma diferente. La concesión establecía que se regía por los principios del Derecho libio comunes al Derecho internacional y, en su defecto, por los principios generales del Derecho, incluyendo los aplicados por tribunales internacionales. Pues bien, mientras en BP – 1973 – el Tribunal estableció que si no había principios comunes entre en DIP y el Derecho libio, se aplicarían los principios generales del Derecho,⁶² en TOPCO – 1977 –, después de

⁵⁸ *Arabia Saudita v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, Laudo de 23 de agosto de 1958, ILR, vol. 27, 1963, pp. 171-172.

⁵⁹ *Vid. supra* nota 43.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 171-175.

⁶¹ FARUQUE, “Validity and Efficacy...”, pp. 327-329.

⁶² BP, *loc. cit.*, pp. 327-329, apartado 3.

señalar que las partes son libres de establecer el Derecho aplicable al contrato, el Tribunal destacó que la cláusula de ley aplicable se refiere a principios, no a normas de Derecho libio, por lo que su aplicación no excluye la puesta en práctica de los principios de Derecho internacional. El Tribunal estableció entonces que, bajo el nuevo concepto de Derecho internacional, los contratos entre Estados y sujetos privados pueden ser “internacionalizados”, esto es, sujetos al DIP, como consecuencia de la referencia en el contrato al Derecho internacional y a los principios generales del Derecho, así como por la sumisión al arbitraje internacional y la propia naturaleza de la disputa entre dos partes desiguales; lo que significa que la parte privada tiene capacidad internacional. El tribunal consideró a continuación que los Derechos libio y el internacional eran conformes, y los aplicó.⁶³

El Tribunal arbitral en el asunto LIAMCO – 1977 –, tras aceptar como principio universal tanto de Derecho interno como internacional que las partes en un contrato mixto público-privado son libres de elegir la ley aplicable, señaló la aplicación inicial del Derecho libio (pues cataloga como principios de este ordenamiento sus leyes, complementadas por la ley islámica y los principios de Derecho natural y equidad) y, subsidiariamente, los principios de Derecho internacional. Las partes del Derecho libio contrarias a los principios de Derecho internacional deben ser excluidas. Tanto el Derecho libio como el internacional aplican la costumbre y la equidad y contemplan la santidad de la propiedad y de los contratos, el respeto por los derechos adquiridos, la prohibición del enriquecimiento injusto y la obligación de compensar las expropiaciones.⁶⁴

18. En 1987, el Tribunal en el asunto *Mobil Oil Iran Inc. v. Gobierno de la República de Irán y NIOC* tenía que aplicar las normas de conflicto y los principios de Derecho comercial y internacional tal y cómo considerara conveniente. El Tribunal concluyó que la legalidad de la expropiación discutida debía considerarse desde el Derecho internacional. Además, una cláusula contractual establecía que el contrato debía interpretarse de conformidad con el Derecho iraní, lo que el Tribunal aplicó literalmente; esto es, este Derecho se utiliza para resolver cuestiones interpretativas, pero los principios de Derecho comercial e internacional son los que rigen para el resto de las cuestiones.⁶⁵

19. En 1989, en el asunto *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v. RAKOIL*, el tribunal arbitral partió del antiguo art. 13.3 de

⁶³ *TOPCO, loc. cit.*, pp. 461-462, apartado 51.

⁶⁴ *LIAMCO, loc. cit.*, pp. 60-61.

⁶⁵ *Vid. supra* nota 31.

las Reglas de la CCI sobre conciliación y arbitraje que establecen que a falta de acuerdo entre las partes el árbitro determinará el Derecho aplicable siguiendo la norma de conflicto que considere adecuada. Después de señalar lo inapropiado de aplicar la ley de cualquiera de las partes, se refirió a lo que ha devenido una práctica común en arbitraje, en particular en el campo de las concesiones de perforaciones petrolíferas y, especialmente, en los arbitrajes desarrollados, como este caso, en Suiza: aplicar los “principios de Derecho internacionalmente aceptados como reguladores de las relaciones contractuales”,⁶⁶ esto es, la *lex mercatoria* específica de este sector.

20. De todos estos arbitrajes se infiere la búsqueda de un régimen jurídico de generalizada aceptación en las relaciones contractuales entre Estados y empresas extranjeras para la exploración y explotación de los hidrocarburos. Este Derecho de los contratos internacionales de hidrocarburos, constituye una *lex mercatoria* específica que se asienta sobre los principios generales del Derecho y las reglas del Derecho internacional conjuntamente. En la búsqueda de una neutralidad reguladora, la “internacionalización” juega un papel considerable para lograr el desarrollo de un Derecho positivo específico y, de esta forma, conduce a la privatización de las relaciones contractuales del Estado,⁶⁷ pues, sobre esta base se atiende a principios así como a prácticas comerciales internacionales y, en particular, a aquellas que corresponden al sector petrolífero.

21. Por lo demás, el papel de las prácticas del sector petrolífero en la ordenación de estos contratos es expresamente reconocido en los contratos y en algunas legislaciones nacionales. A título de ejemplo, los contratos se refieren a la aplicación de estas prácticas del siguiente modo: “*shall apply the generally accepted customs and usages of the international petroleum industry*”.⁶⁸

Como ejemplo de ordenamiento interno cabe citar el brasileño,⁶⁹ que se refiere a las “buenas prácticas internacionales de la industria del petróleo” para establecer el estándar de comportamiento exigible a las partes. Entiende por tales “*las prácticas y procedimientos generalmente empleados por la industria del petróleo en todo el mundo por operadores prudentes y diligentes en condiciones o circunstancias semejantes* a las que se experimentan en cuanto a un aspecto o aspectos relevantes de las operaciones procurando sobre todo garantizar: a) *la conservación de los recursos petrolíferos*

⁶⁶ *Vid. supra* nota 41.

⁶⁷ LEBOULANGER, *op. cit.*, pp. 224-225.

⁶⁸ Contrato modelo de Omán de 1981.

⁶⁹ Art. 44, VI de la Ley 9687, de 1997, del petróleo Brasileña. Arts. 176 y 177 de la Constitución.

y *gasísticos* lo que implica la utilización de métodos y procesos adecuados para maximizar la recuperación de los hidrocarburos de forma técnica y económicamente sostenible con el correspondiente control de la reducción de las reservas y minimizando las pérdidas en superficie; b) *seguridad operacional* que impone el empleo de métodos y procesos que aseguren la seguridad del trabajo y la prevención de accidentes y c) *protección ambiental* que determina la adopción de métodos y procesos que minimicen el impacto de las operaciones en el medio ambiente”.⁷⁰ En definitiva, se trata de todas las prácticas que son generalmente aceptadas en el sector como buenas, seguras, económicas y eficientes en la exploración y explotación de los recursos petrolíferos. De esta definición se extraen básicamente los siguientes elementos: la práctica debe ser internacionalmente aplicada, ha de ser cautelosa y debe ser racional desde el punto de vista de la conservación de los recursos y segura y respetuosa con el medio ambiente.⁷¹

IV.22. La actividad de exploración y explotación de hidrocarburos es una de las más reguladas por los ordenamientos internos debido a la variedad de intereses públicos que lo rodean y la esencial importancia para la economía nacional de algunos de ellos.

En el marco de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos serán aplicables las normas imperativas del Estado en cuyo territorio se lleven a cabo los trabajos más allá de las normas imperativas de la *lex contractus* que, como se ha indicado, suele ser la misma si bien combinada con los principios de Derecho internacional y la *lex petrolea* – que, bien puede decirse, incorpora estos últimos –. Las disposiciones imperativas de este ordenamiento serían en todo caso de aplicación imprescindible tanto por los tribunales nacionales, en calidad de norma imperativa del foro – y, eventualmente, de un tercer país –, como por los tribunales arbitrales, en calidad de norma imperativa del Derecho vinculado con el contrato. En estos últimos casos, si es que no fuera directamente aplicada sería, cuando menos, tomada en consideración.

Las normas imperativas nacionales del Estado huésped abarcan aspectos diversos como la constitución de empresas o establecimiento de filiales o sucursales en el territorio – *primer control* –, la participación, cuando existen, en los procesos de licitación – *segundo control* – y la protección del medio ambiente, las disposiciones de carácter fiscal o de ordenación del mercado (competencia, régimen de exportación...) – *tercer control* –. En este último grupo pueden aparecer normas que de modo directo o indirecto articulan la interferencia del Estado en el contrato, llegando incluso a

⁷⁰ Son definidas en el contrato de concesión de la sexta ronda (cláusula 2.2.21).

⁷¹ SANTOS DE ARAGAO, “O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás”, *REDAE*, num. 5, fevereiro, março, abril, 2006, p. 8.

abordar la nacionalización o expropiación de las empresas extranjeras. En este caso se daría lugar, además, a la aplicación de las normas imperativas de DIP (*ius cogens*).

23. Efectivamente, algunas normas de DIP con incidencia en los contratos petrolíferos han adquirido carácter imperativo y, ante el riesgo de responsabilidad internacional del Estado, han de ser respetadas tanto por los tribunales de los sistemas judiciales nacionales como por los tribunales arbitrales. Concretamente, se trata de las normas relativas a la propiedad de los recursos⁷² y, como se verá en el siguiente apartado, al régimen de las nacionalizaciones y expropiaciones. Por lo demás, un sector tan sensible políticamente como el de los hidrocarburos, resulta afectado por las medidas de coerción económica imperativas que, adoptadas en el marco de organizaciones internacionales como la ONU o unilateralmente por determinados Estados, inciden directamente en la realización de operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos.

A. Expropiación: directa e indirecta

24. Más allá de definiciones que pueden encontrarse en algunos arbitrajes internacionales,⁷³ el MIGA, instrumento internacional creado para ofrecer garantías a los inversionistas, proporciona una definición de expropiación en los siguientes términos (art. 11.a.ii): “Cualquier acción u omisión legislativa o administrativa atribuible al gobierno del Estado huésped que tenga como efecto privar al titular de una garantía de su propiedad o control de, o de un beneficio sustancial de, su inversión, con la excepción de las medidas no discriminatorias de aplicación general que adoptan los gobiernos normalmente para regular la actividad económica en sus territorios”. La nacionalización ha sido definida como la transferencia al Estado, en virtud de un acto legislativo y por razones de interés público, de una propiedad o derechos privados de un determinado carácter con el fin de someterlos a la explotación o control estatal o para dirigirlos a un nuevo objetivo.⁷⁴ En cualquier caso, el DIP aborda ambos institutos de modo paralelo.⁷⁵

⁷² *Vid. supra* nota 2.

⁷³ En AMOCO, *loc. cit.*, p. 220, se define como una transferencia obligatoria de derechos de propiedad (*compulsory transfer or property rights*).

⁷⁴ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1952-II, p. 279.

⁷⁵ En AMOCO, *loc. cit.*, p. 220, se define la nacionalización, pp. 222-223, como la transferencia de una actividad económica de la propiedad privada al sector público que se realiza mediante la expropiación de los bienes o del capital de una empresa con el objetivo de mantenerla bajo el control estatal.

25. El Derecho internacional no prohíbe las expropiaciones o las nacionalizaciones. Cualquiera de estas acciones constituye el ejercicio de un derecho soberano cuyo ejercicio legítimo está, sin embargo, sometido al cumplimiento de unos requisitos. Más allá de estar recogidos en algunos instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes, los requisitos han adquirido carácter de norma consuetudinaria. Así, debe actuarse con un fin público, de manera no discriminatoria y conforme con un procedimiento legal (*due process*) y abonar una compensación al titular de la propiedad expropiada.⁷⁶ El incumplimiento de alguno de los requisitos, que habrá de ser esgrimido y probado por el afectado normalmente ante un tribunal arbitral, convertiría la expropiación en un acto internacionalmente ilícito (confiscación) que genera responsabilidad internacional y da derecho a solicitar y obtener indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos.

26. El carácter imperativo de estas normas internacionales y, consiguientemente, su aplicabilidad con independencia de que las partes elijan una ley nacional como rectora del contrato y, en su defecto, de que las normas relativas al arbitraje establezcan su aplicación de forma subsidiaria, ha sido establecida en distintos arbitrajes. En *AMOCO*, el tribunal marcó la diferencia entre la ley aplicable para interpretar el contrato – la iraní, elegida por las partes – y la que se utiliza para determinar la existencia de expropiación – el Derecho internacional, incluyendo en este caso la existencia de un tratado bilateral de amistad entre Irán y EE.UU.⁷⁷ –. El tribunal en el asunto *MOBIL* se pronunció en idénticos términos.⁷⁸

27. La progresiva sofisticación de las medidas que permiten privar del derecho de propiedad o limitar su ejercicio es paralela al desarrollo de la noción de propiedad intangible en los arbitrajes internacionales, lo que ha dado lugar a distinguir entre expropiaciones directas e indirectas (*indirect/creeping/regulatory expropriation/taking*). Mientras las primeras son fácilmente reconocibles, la identificación de las segundas, también conocidas como expropiaciones *de facto*, plantea mayores problemas pues es difícil marcar las fronteras entre las actuaciones del poder legislativo o administrativo estatal que limitan el ejercicio de la propiedad de forma legítima y aquellas que lo hacen de manera excesiva dando lugar a una expropiación. En este sentido, no puede perderse de vista que el Derecho internacional no prohíbe que los Estados adopten medidas que afecten a los derechos de propiedad siempre que se encuentren dentro del ejercicio de la actividad

⁷⁶ En este sentido, se expresa el art. 13 de la ECT. En términos equivalentes se pronuncia la guía IV.2 de la Guía del Banco Mundial sobre el tratamiento de la inversión directa extranjera, *ILM* vol. 31, 1992, p. 1363.

⁷⁷ *AMOCO*, *loc. cit.*

⁷⁸ *MOBIL*, *loc. cit.*

propia del poder público, así como cuando responden a situaciones conflictivas o de emergencia y resultan necesarias para conservar la vida y la propiedad o para mantener el orden, la salud o la moralidad públicos.

28. La expropiación directa supone la transferencia obligatoria al Estado de los derechos de propiedad de la empresa extranjera. Puede tomar la forma de nacionalizaciones en todos los sectores económicos o en un sector – el petrolífero – y se articula a través de decretos formales u otras medidas legislativas. Por lo tanto, es fácil reconocer su existencia. A pesar de que algunos autores pensaron que estas actuaciones no se repetirían tras los cambios derivados del abandono del régimen colonial y las antiguas concesiones,⁷⁹ la realidad más reciente demuestra que no es así. Como prueban algunas experiencias en el continente americano y en Rusia, todavía se producen actuaciones expropiatorias directas tanto de carácter general (nacionalización) como específico (expropiación).

En Bolivia un Decreto legislativo nacionalizó en mayo de 2006 el sector de hidrocarburos (producción y comercialización) argumentando, entre otras cosas, que los contratos entonces vigentes violaban la Constitución puesto que ésta requiere para cada uno de ellos la expresa aprobación del Congreso y ésta nunca se produjo.⁸⁰ De forma casi paralela pero sin que expresamente se produjera el acto de nacionalización, la ley de hidrocarburos venezolana de 2006 fuerza la modificación de los contratos privando de todos sus derechos a las empresas que no alcanzaran acuerdos con la administración. Aunque han sido varias las que no se han avenido a seguir operando en el país bajo las nuevas condiciones, hasta el momento sólo la italiana ENI inició un proceso arbitral ante el CIADI por incumplimiento de contrato y expropiación que concluyó en 2008 por acuerdo entre las partes.⁸¹ En Rusia, cabe destacar las medidas adoptadas para intervenir la empresa petrolífera *Yukos*, que han dado lugar a la solicitud de diferentes arbitrajes con motivo de la expropiación sufrida por los socios extranjeros.⁸² De manera más específica, en Ecuador, el enfrentamiento entre

⁷⁹ HORN, “Changes in Circumstances and the revision of Contracts in Some European Laws and International Law”, en HORN, Ed. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Studies in Transnational Economic Law, vol. 3, Kluwer, 1985, pp. 28-29. Cabe recordar que, más allá de la revolución rusa de 1917, la primera nacionalización en el sector petrolífero se produjo en 1938 en México.

⁸⁰ Decreto Supremo 28071, de 1 de mayo de 2006, de nacionalización del petróleo y del gas boliviano. El proceso de privatización de 1996-1997 se considera un acto de traición contra el país que pone en manos extranjeras el control y la dirección de un sector estratégico dañando la soberanía y la dignidad nacional. El gobierno amenazó con no renegociar los contratos con aquellas empresas que recurrieran al arbitraje con motivo de la nacionalización.

⁸¹ ITN, 15 de noviembre de 2006. *Eni Dación B.V. v. República Bolivariana de Venezuela* (CIADI, ARB/07/4). Acuerdo de 18 de abril de 2008.

⁸² *Menatep*, que era el socio mayoritario, inició un arbitraje sobre la base de la ECT, que

Petroecuador, la empresa pública estatal, y Occidental Petroleum (EE.UU) – que tiene ya una larga historia⁸³ – con el fin de revocar su JOA por haber transferido (indebidamente) esta última el cuarenta por ciento de sus intereses a *EnCana* (Canadá) en el año 2000 ha derivado en una presunta expropiación – ya que el gobierno ecuatoriano lo considera una absorción como reacción al incumplimiento del contrato y a la violación de la ley – en la primavera de 2006 de los bienes de Occidental en este país. Occidental ha recurrido al arbitraje del CIADI.⁸⁴

29. La expresión expropiación indirecta o *de facto* denota que los bienes del inversor no fueron tomados directamente sino recurriendo a medidas que alcanzan el mismo efecto, esto es, privar al inversor de derechos relativos al disfrute de su inversión sin que haya sido necesaria la transferencia de su título de propiedad. Se refieren expresamente a ellas la ECT y la Guía del Banco Mundial cuando mencionan las medidas “con efecto equivalente/similar a la nacionalización o expropiación”. Obviamente, el problema de estas expropiaciones reside en su identificación puesto que la ordinaria actividad normativa estatal puede interferir en el disfrute del derecho de propiedad y no resulta sencillo determinar el grado en el que esta interferencia se convierte en una expropiación. Para ello será necesario realizar caso por caso la evaluación de los concretos efectos de las medidas atendiendo a una valoración de las expectativas del inversor respecto al disfrute de su inversión y considerando que éste no puede ni debe esperar la estabilidad jurídica absoluta de su inversión en el Estado huésped.

En función de las circunstancias, pueden llegar a ser calificadas como expropiaciones las ventas obligadas de la propiedad extranjera, los impues-

Rusia ha firmado y, aunque no ha ratificado, aplica con carácter provisional. Otros grupos de socios minoritarios (británicos, suecos y españoles) se agrupan para reclamar en procesos arbitrales sobre la base de BITs. *ITN*, 22 febrero 2005 y 13 de octubre de 2006, 27 de abril y 13 de octubre de 2007 y 5 febrero 2008.

⁸³ La disputa inicial, considerada por *Occidental* una expropiación indirecta, fue sometida un arbitraje en el marco del BIT entre EE.UU. y Ecuador cuya sede se fijó en Londres. Obtenido el laudo, núm. 3467, el 1 de julio de 2004, Ecuador presentó demanda de nulidad del mismo ante los tribunales británicos, que asumieron su competencia y negaron la nulidad del laudo el 2 de marzo de 2006. Tras la apelación, esta decisión fue confirmada el 4 de julio de 2007.

⁸⁴ Habiendo declarado el Ministro del Energía la caducidad del contrato con *Occidental*, el 15 de mayo de 2006, el 17 de mayo *Petroecuador* se incautó de los bienes de *Occidental* por valor 1Bn \$. Al iniciar del proceso arbitral ante el CIADI por esta medida el 13 de julio de 2006, *Occidental* solicitó que se restablecieran sus derechos y que se impidiera al gobierno permitir que otro inversor extranjero opere en sus instalaciones hasta que se resuelva la diferencia. No obstante, en agosto de 2006 el CIADI decidió que *Petroecuador* podía continuar sus actividades en las áreas de operación afectadas. WEITZMAN, “Ecuador shrugs off challenge to \$1 bn oil seizure”, *FT*, 18 de mayo de 2006.

tos excesivos e irrazonables,⁸⁵ el ejercicio del control de la gestión de la inversión, así como la combinación de varias medidas. Efectivamente, las reclamaciones por este tipo de expropiaciones no suelen ser consecuencia de una actuación normativa aislada sino de varias (*process expropriation*)⁸⁶ lo que, además de dificultar el análisis del caso en general, complica la precisión del momento en el que ésta se ha producido.⁸⁷ No puede perderse de vista que la determinación del momento en que se produce la expropiación es fundamental a los efectos de calcular la compensación que corresponda. Todas estas razones llevan a concluir que, más que tratar de establecer una lista de actuaciones que pueden llegar a constituir expropia-

⁸⁵ A título de ejemplo, en marzo de 2006 Ecuador decidió aplicar a las empresas petrolíferas extranjeras un impuesto del 50% sobre beneficios extraordinarios. Además de suponer una modificación de sus contratos petrolíferos, podría llegar a suscitar un enfrentamiento arbitral pues, en atención a los criterios mencionados, los afectados podrían ver en esta subida de impuestos una expropiación indirecta. WEITZMAN, "Ecuador lawmakers vote for 60% tax on oil profits", *FT*, 30 de marzo de 2006. Una situación equivalente se produjo en Chad, que en agosto de 2006 ordenó la expulsión de Chevron y Petronas acusándolas de no haber pagado impuestos por valor de 486 millones de dólares. ENGLAND, "Chad angles for greater share of oil rewards", *FT*, 4 de septiembre de 2006. Sobre la expropiación a través de medidas impositivas *vid.* WAELDE y KOLO, "Confiscatory Taxation under Customary International Law and Modern Investment Treaties", *CEPMLP Internet J.* vol. 4, núm. 17, 1998, www.dunee.ac.uk/cepmlp/journal/html/volume4.html

⁸⁶ Sirvan a título de ejemplo las diversas reclamaciones presentadas contra Argentina aduciendo la expropiación indirecta derivada de las medidas de emergencia para hacer frente a la crisis financiera del país. Concretamente en el sector petrolífero, el CIADI estableció su competencia para juzgar el asunto presentado por *TOTAL* sobre la base del BIT entre Argentina y Francia (ARB 04/1), *ITN*, de 2 de noviembre de 2006. También *Azpetrol*, una empresa holandesa, ha iniciado un proceso arbitral ante el CIADI contra Azerbaiyán (ARB 06/15) esgrimiendo la expropiación indirecta resultante de las acciones gubernamentales que sucedieron a enfrentamientos y cambios políticos internos vinculados a intereses comerciales. *ITN* de 10 de agosto de 2006.

⁸⁷ En el laudo dictado en el asunto *Sedco v. Gobierno de la República de Irán* y *NIOC*, 9 Iran-US Cl Trib. Rep. p. 277, el momento en que realmente se produjo la expropiación fue cuando el nombramiento de directores temporales resultó en la negación a las empresas extranjeras del acceso a los fondos corporativos y la privación del derecho a participar en la dirección y control de los asuntos corporativos. En *AMOCO*, *loc. cit.*, apartado 182 p. 244, el tribunal, después de reconocer que la expropiación se produjo a través de un proceso en distintas etapas, estableció que el momento real de la misma se fijaba en el acto final y, sin embargo, a la hora de fijar la fecha para la valoración de los bienes expropiados y el pago de los intereses, tomó como referencia otra anterior a partir de la cual se privó efectivamente del ejercicio del derecho de propiedad a la compañía. En *Phillips Petroleum Co. Iran v. Gobierno de la República de Irán*, Laudo núm. 425-39-2, de 29 de junio de 1989, 21 Iran-US Cl Trib Rep. pp. 115-116, se adopta este último criterio para fijar la fecha de la expropiación: "*when events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral a taking will be found*". KUNOY, "The Notion of Time in ICSID's Case Law on Indirect Expropriation", *J. Int. Arb.*, vol. 23 núm. 4, 2006, pp. 337-349, concluye que los laudos dictados en el marco del CIADI se fijan a estos efectos en el momento de la pérdida de beneficios, lo que puede resultar contrario no sólo al Derecho internacional sino a los propios objetivos del CIADI.

ciones indirectas, lo importante es tratar de definir los elementos básicos que permiten afirmar su existencia.⁸⁸

30. A estos efectos resulta útil atender a los diversos modos en los que se ha enfocado lo que cabe denominar la “prueba” (*test*) de la expropiación indirecta en los laudos arbitrales que han enfrentado esta cuestión y que, en el caso del petróleo, se iniciaron con los relativos a la nacionalización iraní. Dos son las aproximaciones que pueden adoptarse para calificarlas. La primera se asienta en el peso específico de la medida gubernamental y en la posibilidad del propietario de disfrutar de su propiedad; esto es, atiende fundamentalmente a los efectos con independencia de la intención gubernamental (*sole effects test*). La segunda, se centra en el contexto y el objetivo perseguido por el gobierno considerando la buena fe y la utilización legítima del poder público al adoptar la medida sin dejar de evaluar sus consecuencias sobre la propiedad (*purpose test*). Esta aproximación recoge la tendencia más reciente de los laudos arbitrales en la materia, que busca el equilibrio en la atención y defensa de los intereses privados y públicos.

Buena prueba de la búsqueda de este equilibrio es el laudo adoptado en uno de los arbitrajes petrolíferos más recientes. *Petrobart*, empresa radicada en Gibraltar, adujo la existencia de una expropiación indirecta que infringía la ECT a raíz del incumplimiento de los pagos acordados en un contrato de compraventa de gas firmado con la empresa estatal de Kirguizistán, KMG, y confirmado por una sentencia judicial condenatoria dictada por los tribunales de dicho país. Concretamente, KMG obtuvo una autorización para retrasar temporalmente (tres meses) la ejecución de la condena y cuando llegó el momento de hacerla efectiva sus bienes habían sido transferidos a otras empresas estatales y ésta se declaró insolvente. El tribunal arbitral señaló que las medidas adoptadas por el gobierno de Kirguizistán, aunque tuvieron efectos negativos para *Petrobart*, no estaban dirigidas específicamente contra la inversión realizada por la empresa ni tenían el objetivo de transferir sus bienes al Estado, por lo que no constituyen una expropiación *de facto* prohibida por dicho tratado internacional.⁸⁹

31. Aunque puede decirse que la valoración de los objetivos de la medida y de sus efectos, así como especialmente de las expectativas del inversor tienen un carácter esencialmente subjetivo, los tribunales arbi-

⁸⁸ AQURASHI, *op. cit.*, p. 141.

⁸⁹ *Petrobart Ltd. v. Republic of Kirguiz*, núm. 126/2003, de 29 de marzo de 2005, apartado 8, p. 77, www.investmentclaims.com. *Petrobart* cuestionó sin éxito la validez del laudo ante los tribunales suecos (arbitraje en la Cámara de Comercio de Estocolmo), *ITN*, 1 de febrero de 2007.

trales se embarcan en análisis que pretenden superar la subjetividad basándose en hechos tales como (1) la disminución en el valor de la propiedad derivada de la interferencia estatal, (2) el peso de la medida gubernamental, que debe ser sustancial; esto es, que el inversor pierda la habilidad de utilizar o disponer de su propiedad,⁹⁰ (3) la privación de beneficios que haya podido sufrir el inversor, (4) la decepción de sus expectativas legítimas sustentadas razonablemente sobre las obligaciones del Estado, (5) el derecho de las partes bajo el contrato o la legislación general, y (6) la proporcionalidad de la medida estatal para la consecución de los legítimos objetivos de bienestar público perseguidos.⁹¹ Algunos autores, sin dejar de tomar en consideración la proporcionalidad de la medida, mantienen que debe atenderse fundamentalmente a la existencia de una “apropiación” gubernamental derivada de la misma⁹² incidiendo así en el análisis de una dimensión de sus efectos que, sin embargo, no es destacada en los laudos arbitrales.⁹³ En resumen, las medidas nacionales legítimas, proporcionadas y no discriminatorias que no provocan la inutilidad económica de los derechos de propiedad no constituyen expropiaciones indirectas.⁹⁴

32. Los requisitos que exige el Derecho internacional para la licitud tanto de las expropiaciones directas como de las indirectas parten de la prohibición de discriminación. La discriminación puede existir en términos formales y/o materiales (efectos) y la regla exige que, en condiciones similares, los extranjeros reciban un tratamiento igual a los nacionales. La dificultad para determinar el cumplimiento o incumplimiento del requisito reside en establecer la similitud de las condiciones en las que se encuentran nacionales y extranjeros, lo que requiere evaluar las circunstancias caso por caso. La carga de la prueba recae primero en quien reclama la infracción y, eventualmente, en quien pretenda justificarla. La diferencia de trato que exista será admisible si cuenta con una justificación objetiva y el medio empleado para establecer el trato diferente es proporcionado.⁹⁵ Cuestión distinta y alejada de ésta es el trato

⁹⁰ A título de ejemplo en *EnCana c. República de Ecuador*, celebrado sobre la base del BIT de Canadá y Ecuador en Londres, núm. 3481, apartado 197, p. 62, el laudo establece que la negativa del gobierno a devolver el importe del IVA no privó de derechos a *EnCana*.

⁹¹ FORTIER y DRYMER, “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It when I see It or *Caveat Investor*”, *ICSID Rev.* vol. 19 núm. 2, 2004, pp. 300-308.

⁹² NEWCOMBE, “The boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Rev.*, vol. 20 núm. 1, 2005, pp. 1-9.

⁹³ AQURASHI, *op. cit.*, p. 165.

⁹⁴ WAELEDE, y KOLO, “Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law”, *ICLQ*, vol. 50, núm. 4, 2001, pp. 811-814.

⁹⁵ En *AMINOIL*, *loc. cit.*, p. 1019, apartado 87, el tribunal consideró que el hecho de que, a diferencia de *AMINOIL*, la *Arabian Oil Company* no fuera nacionalizada no constituía discriminación puesto que existían razones adecuadas para ello (los costes de producción de

“justo y equitativo” que los Estados se comprometen a ofrecer a los inversores y que se asocia a las expectativas legítimas de éstos. Se trata de un compromiso adicional, normalmente adquirido en virtud de tratados internacionales,⁹⁶ que permite reclamar compensaciones a los Estados frente a actos que no constituyen expropiaciones.⁹⁷

33. El requisito de la finalidad pública de la expropiación⁹⁸ presenta la dificultad derivada de la ausencia de definición de este concepto en el Derecho internacional. Con carácter general se entiende la finalidad pública como la utilidad, seguridad o interés nacional así como el bien común de la comunidad por razones sociales y/o económicas genuinas que, ya sean del Estado mismo o de sus empresas públicas,⁹⁹ se superpone a los intereses privados. Los Estados tienen amplia libertad para decidir en qué consiste el interés público, pero esto no excluye un potencial análisis por un tribunal internacional pues la expropiación sólo está justificada si es razonable y proporcionada al objetivo perseguido. Así, distintos laudos han afirmado que cuando el único propósito de la expropiación es evitar cumplir las obligaciones contra-

esta última eran mucho mayores por ser *offshore* y, además, se trataba de una concesión realizada conjuntamente por Kuwait y Arabia Saudita). Siguiendo esta línea, en *AMOCO, loc. cit.*, p. 231, el tribunal consideró que *Khemco* no se encontraba en las mismas circunstancias que la empresa de referencia comparativa (IJPC) y que, además, una política de nacionalización podía ser llevada a cabo de forma progresiva, de manera que IJPC, que no había sido nacionalizada, podría serlo después. En *BP, loc. cit.*, p. 329, apartado 4, y en *LIAMCO, loc. cit.*, p. 60, los árbitros establecieron que las expropiaciones realizadas por represalia política son discriminatorias.

⁹⁶ Además de en los BIT, el art. 10.1 de la ECT, *loc. cit.*, aparece esta exigencia en los siguientes términos: “las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un *trato justo y equitativo*”.

⁹⁷ Así ocurrió, por ejemplo, en el asunto *Petrobart, loc. cit.*, apartado 8, p. 76, en el que el tribunal arbitral consideró que la transferencia de bienes de *KGM* a otras empresas estatales en detrimento de sus acreedores y la intervención en el proceso judicial para suspender temporalmente la ejecución de la sentencia condenatoria constituían una infracción de la obligación de trato justo y equitativo del inversor exigido en la ECT.

⁹⁸ Sólo en *LIAMCO, loc. cit.*, p. 58, el árbitro único no consideró exigible este requisito: “As to the contention that the said measures were politically motivated and not in pursuance of a legitimate public purpose, it is the general opinion in international theory that the public utility principle is not a necessary requisite for the legality of nationalisation... Motives are indifferent to international law, each state being free to judge for itself what it considers necessary for the public good... The objectives pursued by it is of no concern to third parties”.

⁹⁹ *AGIP, loc. cit.*, p. 734, apartado 74: “if a State, in participating in the formation of the capital of a company, performs an act in the private sphere analogous to the action of an individual, it is nonetheless acting in the general interest of the community for which it is responsible. Thus, the fact that the state that nationalises a company is a shareholder cannot alone warrant the conclusion that this step is not taken in the general interest”.

ctuales del Estado, no puede considerarse una intervención legal porque sería contrario al principio de la buena fe;¹⁰⁰ y está generalmente aceptado que un Estado no tiene derecho a expropiar *sólo* por objetivos financieros,¹⁰¹ ni cuando lo hace simplemente como forma de retorsión política contra un acto del Estado de la empresa extranjera.¹⁰² La expropiación sólo se justifica si resulta necesaria; esto es, si no existe medida alternativa igualmente efectiva y con menor grado de injerencia sobre la propiedad.

En cualquier caso, no siempre será fácil detectar la ausencia de un interés público genuino distinto del puramente financiero o de la justificación para el incumplimiento de sus compromisos en la adopción de medidas que dan lugar a potenciales expropiaciones indirectas. Así, a título ilustrativo, en 2006 tuvieron lugar en Rusia varias iniciativas para revocar distintas licencias de empresas extranjeras aduciendo razones medioambientales que, coincidiendo con la política gubernamental de reforzamiento del sector energético, fueron vistas como actuaciones puramente políticas¹⁰³ si bien la administración se esfuerza en destacar que se trata de medidas reales argumentando que también se aplican a las empresas rusas (no discriminación).¹⁰⁴

34. La obligación de compensar debe cumplirse con “rapidez, ade-

¹⁰⁰ *AMINOIL, loc. cit.*, p. 1025, apartado 109. El motivo de la nacionalización llevada a cabo por Kuwait no fue dar por terminada la relación contractual con *AMINOIL* sino poner en práctica el plan específico del Estado para retomar la plena propiedad sobre sus recursos naturales.

¹⁰¹ *AMOCO, loc. cit.*, p. 233. Aunque se consideraron objetivos financieros, la nacionalización respondía al objetivo de desarrollar uno de los principales objetivos político-económicos del nuevo gobierno islámico de Irán.

¹⁰² *BP, loc. cit.*, pp. 314-318. Se había procedido a la nacionalización de los intereses de una concesión petrolífera de BP en Libia esgrimiendo que el Reino Unido no había intervenido para evitar la invasión de unas islas bajo su control en el golfo pérsico.

¹⁰³ El ministerio fiscal solicitó al gobierno la revocación de la licencia de *Rospan*, una subsidiaria de la ruso-británica *TNK-BP*, por incumplimiento de disposiciones medioambientales en Siberia. Algo parecido ocurrió con *Exxon-mobil* respecto del proyecto *Sakhalin-1* y con *Royal Dutch Shell* respecto de *Sakhalin-2* (cuyos costes comenzaron a ser más grandes de los inicialmente previstos) a partir de la denuncia de las agencias medioambientales rusas. En el caso de *Sakhalin-2*, justo cuando *Gazprom* renegociaba la adquisición de un porcentaje mayor en el proyecto y los costes del mismo se disparaban, llegó a producirse la cancelación de un permiso medioambiental que podría haber provocado la suspensión y, eventualmente, la cancelación de la licencia de exploración y explotación. OSTROVSKY, “Russia movers against Rospan oil executive”, *FT*, 10 de noviembre de 2006, “Probe into Shell Sakhalin-2 is extended”, 26 de octubre de 2006, y “Threat to Sakhalin-2 shakes confidence, warns Beckett”, *FT*, 23 de septiembre de 2006. Finalmente, *Royal Dutch Shell* ofreció a *Gazprom* la cesión del control mayoritario del proyecto, BUCKLEY y OSTROVSKY, “Shell’s hopes for Sakhalin-2 resolution”, *FT*, 18 de diciembre de 2006.

¹⁰⁴ BUCKLEY, “Russia threatens to revoke 19 Lukoil oilfield licenses”, *FT*, 16 de octubre de 2006 y OSTROVSKY, “TNK-BP gas field development faces suspension”, *FT*, 20 de septiembre de 2006.

cuación y efectividad” (*prompt, adequate and effective*),¹⁰⁵ si bien algunos autores mantienen que el estándar internacional se limita en la actualidad a lo adecuado de la compensación.¹⁰⁶ La valoración de la rapidez¹⁰⁷ y de la efectividad¹⁰⁸ no suele plantear dificultades – y pueden considerarse comprendidas dentro del concepto de lo que sea adecuado –, sin embargo, la adecuación suele ser problemática porque, si bien ofrece la flexibilidad necesaria para adaptarse a cada caso,¹⁰⁹ no está claro cuales sean los criterios que deban seguirse para fijar su alcance, discutiéndose si estos serán fijados de conformidad con el Derecho del Estado expropiador o con el Derecho internacional. Las primeras resoluciones de la AGNU, que en cualquier caso carecen de carácter vinculante, se pronuncian sobre esta cuestión en los siguientes términos: “(E)n estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el Derecho internacional.”¹¹⁰ Otras posteriores, de 1974, marginaron la referencia al Derecho internacional.¹¹¹ Parece, sin embargo, que la doctrina¹¹² así como la práctica arbitral se inclinan hacia la búsqueda de normas internacionales en la materia.

No puede decirse que los instrumentos internacionales que eventualmente sientan criterios para fijar el alcance de la indemnización, ya sean

¹⁰⁵ Resoluciones AGNU, *loc. cit.*, ECT (art. 11.2) y BITS. En *AMINOIL*, *loc. cit.*, pp. 1032-1033, apartados 143 y 144, el árbitro señaló el carácter consuetudinario de esta regla.

¹⁰⁶ Opinión separada de I. Brownlie en el arbitraje *CME Czech Republic SA v. Czech Republic*, laudo de 13 de marzo de 2003, www.cetv-net.com/iFiles/1439-separate-op-pdf-1403.pdf.

¹⁰⁷ La Guía del Banco Mundial, *op. cit.*, señala (IV.8): “Compensation will be deemed to be “prompt” in normal circumstances if paid without delay. In cases where the State faces exceptional circumstances, as reflected in an arrangement for the use of the resources of the International Monetary Fund or under similar objective circumstances of established foreign exchange stringencies, compensation in the currency designated under Section 7 above may be paid in installments within a period which will be as short as possible and which will not in any case exceed five years from the time of the taking, provided that reasonable, market-related interest applies to the deferred payments in the same currency”.

¹⁰⁸ La Guía del Banco Mundial, *op. cit.*, señala (IV.7) “Compensation will be deemed “effective” if it is paid in the currency brought in by the investor where it remains convertible, in another currency designated as freely usable by the International Monetary Fund or in any other currency accepted by the investor”.

¹⁰⁹ En *AMINOIL*, *loc. cit.*, p. 1033, apartado 144, se señaló que la adecuación se establece considerando las circunstancias de cada caso, no atendiendo a teorías abstractas: “the determination of appropriate compensation is better carried out by means of an inquiry into all circumstances relevant to the particular case, then through abstract theoretical discussion”.

¹¹⁰ Resoluciones 1803 (1962) y 3171 (1973).

¹¹¹ Resoluciones 3201 (1974) y 3281 (1974).

¹¹² ALQURASHI, *op. cit.*, pp. 126-127.

tratados¹¹³ o guías,¹¹⁴ permitan afirmar que éstos han alcanzado carácter consuetudinario. En todo caso, tanto estos instrumentos internacionales como los laudos arbitrales parten del valor del mercado de los bienes expropiados en el momento de la expropiación – de ahí la importancia de la precisión temporal de la misma – de conformidad con lo que en 1928 estableciera la CPJI en el asunto Chorzow.¹¹⁵ La determinación del valor del mercado de los bienes expropiados constituye así un elemento esencial en el proceso de cuantificación de la compensación en el que, además de la valoración material de los bienes, los laudos arbitrales toman en consideración su capacidad actual de generar beneficios en el fu-

¹¹³ El art. 13.1 del ECT señala: “El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión (en lo sucesivo denominado “fecha de valoración”). Este justo valor de mercado se expresará, a elección del inversor, en una divisa libremente convertible, basándose en el tipo de cambio existente en el mercado para esta divisa en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses según un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la del pago”. El art. IV (2) del Tratado de amistad entre Irán y EE.UU establece que “*compensation... shall represent the full equivalent of the property taken*”.

¹¹⁴ La Guía del Banco Mundial, *op. cit.*, establece: “3. Compensation will be deemed ‘adequate’ if it is based on the fair market value of the taken asset as such value is determined immediately before the time at which the taking occurred or the decision to take the asset became publicly known. 4. Determination of the ‘fair market value’ will be acceptable if conducted according to a method agreed by the State and the foreign investor (hereinafter referred to as the parties) or by a tribunal or another body designated by the parties. 5. In the absence of a determination on agreed by, or based on the agreement of, the parties, the fair market value will be acceptable if determined by the State according to reasonable criteria related to the market value of the investment, i.e., in an amount that a willing buyer would normally pay to a willing seller after taking into account the nature of the investment, the circumstances in which it would operate in the future and its specific characteristics, including the period in which it has been in existence, the proportion of tangible assets in the total investment and other relevant factors pertinent to the specific circumstances of each case. 6. Without implying the exclusive validity of a single standard for the fairness by which compensation is to be determined and as an illustration of the reasonable determination by a State of the market value of the investment under Section 5 above, such determination will be deemed reasonable if conducted as follows: (i) for a going concern with a proven record of profitability, on the basis of the discounted cash flow value; (ii) for an enterprise which, not being a proven going concern, demonstrates lack of profitability, on the basis of the liquidation value; (iii) for other assets, on the basis of (a) the replacement value or (b) the book value in case such value has been recently assessed or has been determined as of the date of the taking and can therefore be deemed to represent a reasonable replacement value”. El precepto continua dictando la definición de cada uno de los conceptos utilizados.

¹¹⁵ La sentencia del CPJI en el asunto de la fábrica de Chorzow (*Alemania c. Polonia*), 1928, serie A núm. 17, p. 47, estableció que la compensación para las expropiaciones debe ser el correspondiente al valor del bien en el momento de la privación del mismo más los intereses hasta el día en que se realiza el pago.

turo.¹¹⁶ Así, puede hablarse al menos del asentamiento de parámetros de la *lex petrolea*.

La jurisprudencia arbitral no es, sin embargo, uniforme ni en el modo de calcular el valor de mercado, para lo que se recurre a distintos métodos,¹¹⁷ ni en la fijación de la cuantía de la indemnización. A este respecto, mientras en algunos laudos se ha decidido que lo adecuado es compensar por todo el valor de la propiedad expropiada en el momento de la expropiación (*full compensation*)¹¹⁸ considerando a estos efectos el lucro cesante en ocasiones, en otros, una vez realizada la valoración de los bienes, se toman en consideración no sólo las expectativas razonables de los inversores, sino también los intereses públicos afectados y la situación en el momento de la disputa, de modo que al calcular la indemnización cabe aplicar descuentos sobre el valor de mercado siempre que no se llegue al punto de provocar el “enriquecimiento injusto” del Estado expropiador. La “adecuación” de la compensación, que deberá estar motivada, permite este margen de maniobra para alcanzar el importe considerado equitativo (*equity*).

35. En cualquier caso, cuando se producen situaciones de expropiación, o una de las partes estima que así ha ocurrido, lo habitual es que antes de recurrir a un proceso arbitral se intente alcanzar acuerdos a través de la negociación con el Estado huésped. Los tratados bilaterales en materia de inversiones,¹¹⁹ e incluso algunos contratos,¹²⁰ así lo requieren. Todo ello sin

¹¹⁶ A título de ejemplo, en *AMOCO* y en *Phillips Petroleum*, con diferentes métodos.

¹¹⁷ El método *discounted cash flow* (DCF) considera lo que un bien puede rendir durante su vida productiva deduciendo los costes que supondrá hacerlo y deduciendo un porcentaje que representa el valor presente de la futura entrada de beneficios. El método *underlying asset valuation* (UAV) utiliza el valor depreciado de los bienes y luego añade un valor de “bien intangible” basado en las rentas que reflejan las ganancias históricas al que se multiplica un factor que toma en consideración las expectativas legítimas del inversor. El algunos casos los árbitros llegan a introducir consideraciones de equidad que, como señala LAUTERPACHT, “Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments”, *J. En. & Nat. Res. L.*, vol. 8 núm. 4, 1990, pp. 246-249, sólo pueden producirse en un momento posterior, esto es, al fijar la cuantía de la indemnización.

¹¹⁸ Algunos casos afectando a EE.UU. e Irán, en los que hay que tener en cuenta el Tratado de amistad entre ambos países, y en CIADI. *Vid.* MENDELSON, “Compensation for Expropriation: The Case Law”, *AJIL*, vol. 79, 1985, pp. 414-418.

¹¹⁹ A título de ejemplo, el art. 11 del BIT entre España y Bolivia dispone: “1. ...En la medida de lo posible, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un *acuerdo amistoso*. 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación..., *la controversia podrá someterse*”.

¹²⁰ Por ejemplo, la cláusula modelo de contrato venezolano dispone: “Antes de iniciar cualquier litigio, las partes buscarán, de buena fe y dentro del marco de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la posibilidad de utilizar mecanismos para resolver amigablemente las controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse, incluyendo la posible solicitud de opiniones sobre materias técnicas a expertos independientes designados de mutuo acuerdo.

perjuicio de que instrumentos internacionales, como Resoluciones de UN o la ECT, reconozcan, aunque en términos dispares, el derecho de la empresa a reclamar ante tribunales o autoridades independientes de dicho Estado.¹²¹

B. Medidas de coerción económica

36. Las medidas de coerción económica son aquellas prohibiciones adoptadas por los Estados unilateralmente o en el marco de organizaciones internacionales que deniegan o limitan el acceso a los mercados extranjeros para la exportación (*boicot*) y/o para la importación (embargo), o cercenan la posibilidad de realizar transacciones financieras o relativas a inversiones, al Estado objeto de las mismas y a quienes operan en su jurisdicción. En última instancia, estas medidas se articulan prohibiendo a los operadores privados realizar dichas operaciones comerciales y, aunque en principio están dirigidas a la industria nacional, algunos Estados extienden su alcance a operadores que se encuentran fuera de su jurisdicción.¹²²

La adopción de este tipo de medidas, y a veces la mera posibilidad de que se adopten,¹²³ tiene importantes repercusiones para el sector de los hidrocarburos tanto en los países que las deciden como, obviamente, en los que son sus destinatarios. Para estos últimos desaparecen oportunidades de

Queda entendido que cualquier disputa importante, incluyendo por ejemplo las relativas al plan de negocios, programas de trabajo, planes de desarrollo y presupuestos relacionados, será referida a los máximos ejecutivos de ambas partes, quienes deberán reunirse para procurar que dicha disputa no sea resuelta dentro de los siguientes sesenta días a la reunión que al efecto lleven a cabo las partes, éstas deberán informar al Ministro de los detalles relevantes de la misma”.

¹²¹ La Resolución AGNU 1803 (XVII), apartado 4 establece que, en los casos de nacionalización o expropiación, cuando la cuestión de la compensación de lugar a controversia deben agotarse los recursos jurisdiccionales internos sin perjuicio de que las partes puedan recurrir al arbitraje o a la adjudicación internacional. También en art. 13.2 del ECT dispone que: “Con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, el inversor afectado tendrá derecho a que un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha parte, revise con prontitud su caso, a Resolución AGNU 1803 (XVII) l pago de la indemnización y la valoración de su inversión, de acuerdo con los principios enunciados en el apartado 1”.

¹²² Cuestión absolutamente distinta es el poder de mercado de algunas empresas que, como destacan BLINN, DUVAL, LE LEUCH, PERTUZIO, *International Petroleum Exploration & Exploitation Agreements; Legal, Economic and Policy Aspects*, Barrows, New York, 1986, p. 48, puede conducir a una situación equivalente a un embargo al petróleo. Así ocurrió en 1951 respecto del petróleo iraní con motivo de la concertación de las empresas como reacción a la nacionalización y la constitución de la empresa nacional NIOC en Irán.

¹²³ Cabe destacar las dificultades que experimenta Irán para financiar la exploración y explotación de sus recursos por la posibilidad de que NU adopte medidas, aunque no se espera que sean muy gravosas, con motivo del desarrollo de su programa nuclear, de forma que se habla de “sanciones *de facto*”, BOZORGMEHR, “Iran admits oil projects suffering”, *FT*, 20 de diciembre de 2006.

recibir capital, tecnología así como de realizar exportaciones. Los primeros pierden importantes oportunidades para acceder a los recursos naturales pues, dado el tiempo que precisan para su investigación y desarrollo, no sólo pueden ser disfrutadas por otros¹²⁴ sino que será difícil poder acceder a los mismos reestableciendo las relaciones comerciales con el país en cuestión una vez las sanciones sean levantadas.

37. Desde la perspectiva del Derecho internacional, organizaciones internacionales como la ONU – en el contexto de conflictos políticos internacionales – o la OMC – en el marco del procedimiento de solución de controversias por infracción de los Acuerdos que gestiona –, están expresamente autorizadas, más allá de las diferencias que entre ellas existen, para adoptar medidas de coerción económica en virtud de sus tratados constitutivos. Algunas de estas medidas, que pueden calificarse de multilaterales y desde esa perspectiva disfrutaban de una mayor legitimación, han incidido en la realización de operaciones petrolíferas. Concretamente, el Consejo de Seguridad de NU ha adoptado distintas Resoluciones sancionando en diversos momentos a Angola, Haití, Libia, Rodesia, Sierra Leona e Irak.¹²⁵

38. En cuanto a las medidas de coerción económica adoptadas unilateralmente por un Estado, el Derecho internacional no las impide,¹²⁶ si bien puede cuestionarse su compatibilidad con acuerdos internacionales de comercio, como los gestionados por la OMC.¹²⁷ Además, cuando estas

¹²⁴ Por ejemplo, en 2006 las compañías indias ONGC y Reliance Industries, lograron acceder a bloques de exploración en Irak (participación con la argelina Sonatrach) YEE, “*Indial Oil Companies plan Iraqí venture*”, FT, 26 de diciembre de 2006.

¹²⁵ La Resolución 864 (1993) de 15 de septiembre, impuso el embargo de armas y petróleo a la Unión para la Total Independencia de Angola (UNITA), cuyos efectos cesaron en virtud de la resolución 1448 (2002) de 9 de diciembre; la Resolución 841 (1993) de 16 de junio impuso un embargo de armas y petróleo a Haití que, tras una suspensión transitoria, fue de nuevo adoptada y finalmente terminada en virtud de la Resolución 917 (1994) de 29 de septiembre; la Resolución 883 (1993) de 11 de noviembre que prohíbe proporcionar equipamiento para el refinado y transporte de petróleo a Libia, fue terminada por la Resolución 1506 (2003) de 12 de septiembre; la resolución 232 (1966) de 16 de diciembre, impuso sanciones sobre bienes y petróleo a Rodesia, que fueron terminadas por la Resolución 460 (1979) de 21 de diciembre; la Resolución 1132 (1997) de 8 de octubre imponiendo el embargo petrolífero a Sierra Leona y la Resolución 1156 (1998), de 16 de marzo, terminándolo y, finalmente, la Resolución 661 (1990) de 6 de agosto impuso un embargo comercial total a Irak, que la Resolución 1483 (2003) de 22 de mayo limitó a armamento. En este último caso, a la vista de las dificultades del país, se ofreció la oportunidad de exportar petróleo en cantidades limitadas y bajo determinadas condiciones en virtud del programa “petróleo por alimentos”.

¹²⁶ No hay norma internacional que prohíba regular actividades no conectadas con el Estado. En todo caso, para el Derecho internacional, la mera existencia de una norma no es en sí ilícita; lo relevante es que su aplicación suponga la violación de una norma internacional.

¹²⁷ Por ejemplo, con la prohibición de restricciones cuantitativas o medidas de efecto

medidas unilaterales pretenden extender su aplicación a quienes no están sujetos a la jurisdicción estatal, suelen provocar la reacción de los Estados cuyos sectores industriales pueden resultar afectados a través de las llamadas contramedidas (*countermeasures*). EE.UU. ha destacado como el país que más ha recurrido a medidas de coerción económica, siendo la Ley D'Amato-Kennedy contra Irán y Libia¹²⁸ la de mayor incidencia en el sector petrolífero. La UE reaccionó contra esta norma adoptando el Reglamento 2271/96¹²⁹ y, de hecho, en el caso de Irán las sanciones estadounidenses raramente fueron aplicadas.

39. Aunque es dudoso que las medidas de coerción económica multilaterales vinculen directamente a las empresas petrolíferas por cuanto no son sujeto de Derecho internacional, se ha defendido que cuando aparecen configuradas como obligaciones *erga omnes* pueden tener un efecto directo, incluso sobre nacionales o empresas de países no miembros de NU o cuyos países no han adoptado la medida en su ordenamiento interno.¹³⁰ Esto estaría en línea con los objetivos de exigencia de responsabilidad internacional a las empresas por el cumplimiento de disposiciones internacionales fundamentales que se refleja en el Código de conducta para las empresas transnacionales de NU.¹³¹

En cualquier caso, resulta evidente que estas medidas han de ser cum-

equivalente del art. XI GATT que podría justificarse sobre la base de la defensa nacional del art. XXI de este mismo acuerdo. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "La ley de libertad y solidaridad democrática con Cuba (*Libertad Act*) en el marco de la regulación del comercio internacional", *REDI*, vol. XLIX núm. 1, 1997, pp. 372-377.

¹²⁸ *Lybian-Iran Sanctions Act*, adoptada por el Congreso estadounidense el 8 de agosto de 1996, fue prorrogada en agosto de 2001 por otros cinco años. Castiga a empresas con independencia de su nacionalidad que realicen inversiones en el sector energético de estos dos países por encima de 40 millones de dólares en un año o violen el embargo comercial impuesto por NU prohibiéndoles exportar o adquirir bienes en EE.UU. En septiembre de 2004 EE.UU. levantó ciertas sanciones a Libia y en 2006 ya había petroleras estadounidenses trabajando en el país.

¹²⁹ Reglamento 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, *DO* (1996) L 309/1. El art. 4 establece el carácter no reconocible e inejecutable de las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en virtud de la norma extranjera y el art. 5 obliga a no respetar, directamente o a través de una filial o intermediario, de forma activa o por omisión deliberada, cualquier medida basada en dicha norma.

¹³⁰ WAELDE, "Managing the Risk of Sanctions in the Global Oil & Gas Industry: Corporate Response Under Political, Legal and Commercial Pressures", *CEPMLP Internet J.* vol. 2, núm. 7, 1997, p. 9, www.dunee.ac.uk/cepmlp/journal/html/volume2.html.

¹³¹ *Loc. cit.* Los mecanismos de ejecución previstos consisten en el establecimiento de grupos de trabajo que, tras recibir reclamaciones sobre determinados comportamientos, elaboran los informes correspondientes cuya publicidad se percibe como sanción dada la importancia de la reputación en el mercado.

plidas por las empresas vinculadas, ya sea por razón de su constitución o de su actividad, con el Estado/s que la/s adopta/n.¹³² Dados los perjuicios económicos que provocan, las empresas suelen intentar respaldar iniciativas y esfuerzos informales para cambiarlas o influir en su aplicación pero, más allá de esto, sólo pueden prepararse para el día en que las sanciones sean levantadas y confiar que no se hayan agotado sus posibilidades de actuar en el mercado afectado que, entre tanto, habrán sido aprovechadas por otras empresas del sector no obligadas a respetar la medida.¹³³

40. Eventualmente, algunas de estas empresas se han involucrado en operaciones contrarias a las medidas de coerción económica. Así, en los casos de medidas unilaterales, aunque se reduzca algo la actividad, se incumplen las restricciones impuestas apoyándose en la existencia de contramedidas en los países de origen de las empresas y en una aplicación limitada de las propias medidas en el país que las adoptó.¹³⁴ Además, tanto en supuestos de medidas unilaterales como multilaterales, cabe observar incumplimientos a través de la actuación de las subsidiarias situadas en los Estados afectados, especialmente si son coparticipadas por socios locales o actúan bajo las ordenes del Estado huésped¹³⁵ pues, si fueran perseguidas, podrían justificar sus actuaciones. En todo caso, el incumplimiento por parte de la industria petrolífera de tales sanciones lleva consigo, más allá de los riesgos legales y económicos que pudieran derivarse de las sanciones aplicadas a escala interna, el riesgo del oprobio público, sobre todo cuando se trata de sanciones de NU.

41. El mandato impuesto por una medida de coerción económica puede dar lugar al incumplimiento de un contrato. Aunque el incumplidor quizá podría quedar exonerado de su responsabilidad por causa de fuerza mayor,¹³⁶ ofrecería mayores garantías la previsión expresa en el contrato de

¹³² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*. Beramar, Madrid, 1993, pp. 48-50 y 122-136.

¹³³ A título ilustrativo, en 2006 *Inpex*, la empresa estatal japonesa, redujo su participación en la explotación de el campo Azadegan (Irán) de un 75 a un 10% por temor a las repercusiones de las sanciones estadounidenses – país con el que mantiene estrechas relaciones políticas – y, como consecuencia, se especula con la consiguiente entrada de las empresas chinas, SMYTH, “Japan loses out on massive iraninan oil field amid fears of US sanctions”, *FT*, 27 de octubre de 2006.

¹³⁴ Así, la francesa Total, la anglo-holandesa Royal Dutch Shell, la noruega Statoil, la española Repsol, la italiana ENI, la austriaca OMV, la brasileña Petrobrás y las chinas CNPC y Sinopec, continúan trabajando en Irán, HOYOS, “Total defies US with vow to continue Iran oil drive”, *FT*, 8 de septiembre de 2006.

¹³⁵ Así ocurrió en el caso de Rodesia con las filiales de BP, SHELL y MOBIL. WAELDE, “Managing...”, p. 26.

¹³⁶ Los impedimentos derivados de prohibiciones públicas no siempre han sido calificadas como fuerza mayor. *Vid.* sobre el asunto *Rolimpex* BÖCKSTIEGEL, “Hardship, Force Ma-

esta situación por ejemplo, permitiendo que en estas circunstancias las compañías afectadas puedan abandonar el contrato sin penalización, o haciendo que la empresa sea responsable financieramente por cualquier daño causado a sus asociados o clientes en caso de que el abandono e inejecución del contrato esté motivado por las sanciones.¹³⁷

V.42. El régimen jurídico de los contratos petrolíferos internacionales suele venir determinado por un conjunto de sistemas normativos que se aplican en la mayoría de los casos simultánea y coordinadamente. Más allá del hecho de que las partes hagan uso de su autonomía contractual para fijar sus respectivos compromisos materiales recurriendo – y estableciendo en buena medida – a los usos del comercio en el sector (*lex petrolea*), es habitual que en las cláusulas de elección de Derecho aplicable se opte por una combinación de conjuntos normativos que en la mayoría de los casos incluyen el Derecho del foro y el Derecho internacional y/o sus principios. Estos, que constituyen la base sobre la que se asienta la propia *lex petrolea*, aparecen también indefectiblemente, y asociados con carácter general al ordenamiento del Estado contratante, cuando las partes no hacen uso de la autonomía de la voluntad conflictual. Además, más allá de la aplicación de las normas imperativas de la *lex contractus*, la aplicación del Derecho internacional aparece como obligatoria en cuestiones tales como la expropiación, pudiendo incluso aventurar la imperatividad también de las medidas de coerción económica adoptadas en foros multilaterales.

jeure and Special Risk Clauses in International Clauses”, en HORN, Ed. *Adaptation and Renegotiation ...*, pp. 176-168.

¹³⁷ WAELDE, “Managing...”, p. 15.

