

¿Atados de manos? Cómo los términos contractuales de la industria petrolera pueden limitar la flexibilidad de la política climática de los Gobiernos

Nicola Woodroffe

Mensajes clave

- El abandono progresivo de los combustibles fósiles hacia fuentes renovables de energía tendrá un impacto considerable en los países productores de petróleo cuyos Gobiernos necesitarán manejarse con flexibilidad para adaptar el sector petrolero a las nuevas realidades.
- Una revisión de 34 contratos - a disposición del público - en 11 países, celebrados desde el Acuerdo de París de 2015, demuestra que el lenguaje contractual puede limitar la flexibilidad de los Gobiernos en materia de políticas y puede no abordar de forma adecuada los riesgos de eventos climáticos.
- Las cláusulas tradicionales, tales como las de estabilización, arbitraje y de fuerza mayor, deberían reconsiderarse para abordar los riesgos del cambio climático y la necesidad de emprender acciones en materia de políticas climáticas.
- El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático ha advertido que el calentamiento global superará los 1,5 grados Celsius o incluso los 2° C, si no se reducen las emisiones. Por su parte, la Agencia Internacional de Energía ha propuesto una suspensión de las aprobaciones para el desarrollo de nuevos yacimientos de petróleo y gas como un medio para lograr cero emisiones netas. Por lo tanto, continuar con el desarrollo petrolero supone muchos riesgos para los productores de petróleo.
- Los Gobiernos que, a pesar de todo, elijan seguir adelante con nuevos proyectos petroleros para cumplir sus metas de desarrollo a nivel nacional deberían evaluar y adaptar los contratos, así como el marco legal de sus sectores petroleros para hacer frente a los riesgos que suponen la transición energética y el cambio climático.

CONTEXTO

El camino para lograr cero emisiones netas exige que los Gobiernos y las empresas emprendan una acción conjunta para enfrentar el cambio climático; sin embargo, en los países productores de petróleo los contratos petroleros tradicionales pueden suponer un obstáculo.

Para muchos países dependientes del petróleo, el camino para lograr cero emisiones netas será complicado. Se necesita una acción radical en materia de políticas para descarbonizar la economía mundial, algo que tendrá profundas consecuencias

económicas para los países dependientes de ingresos petroleros y gasíferos¹. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) ha advertido que el calentamiento global superará los 1,5 grados Celsius, o incluso los 2 ° C, si no se reducen las emisiones. Al mismo tiempo, la Agencia Internacional de la Energía (IEA, por sus siglas en inglés) ha propuesto una suspensión de las aprobaciones para el desarrollo de nuevos yacimientos de petróleo y gas a partir de 2021, a fin de limitar el aumento de la temperatura global a 1,5 grados Celsius^{2,3}.

Estos cambios tan fundamentales dan mucho qué pensar a los productores de petróleo actuales e incipientes. Algunos expertos sostienen que, por cuestiones relacionadas con la equidad, los países desarrollados que emiten altos niveles de gases de efecto invernadero y que ya se han beneficiado extrayendo sus reservas de combustibles fósiles deberían ir a la vanguardia y reducir su producción⁴. Por su parte, la mayoría de los países en desarrollo ricos en petróleo se centran en competir por una inversión cada vez menor y en maximizar los beneficios económicos de sus recursos. Esto ocurre incluso cuando algunas de las grandes petroleras están reduciendo sus inversiones en la producción de petróleo en pos de proyectos más económicos de producción de petróleo y gas o de energías renovables^{5,6}.

Pero los productores actuales e incipientes podrían querer ir más allá de solo reaccionar a las cambiantes políticas climáticas de gobiernos extranjeros o compañías petroleras internacionales: quizás deseen emprender acciones concretas para descarbonizar y desarrollar la resiliencia climática en sus propios sectores petroleros. De hecho, los gobiernos de países productores pueden enfrentar presiones internas para hacerlo: según un informe reciente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en todo el mundo hubo un rápido aumento en los litigios relativos al clima que desafían a los gobiernos a fijar nuevas metas climáticas, adoptar normativas climáticas más estrictas o, incluso, mantener los combustibles

- 1 Véase Mike Coffin, Axel Dalman y Andrew Grant. *Beyond Petrostates: The burning need to cut oil dependence in the energy transition* (Más allá de los petroestados: la acuciante necesidad de reducir la dependencia del petróleo en la transición energética) (Carbon Tracker, febrero de 2021), disponible en www.carbontracker.org/reports/petrostates-energy-transition-report, donde se pronostica que 40 países con dependencia fiscal del sector petrolero podrían experimentar una reducción de 9 billones de USD en ingresos gubernamentales con un escenario bajo en carbono durante las dos próximas décadas, en comparación con las expectativas para un crecimiento normal y constante de la demanda de petróleo y precios firmes a largo plazo.
- 2 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis* (Cambio climático 2021: la base de las ciencias físicas) Aporte del Grupo de Trabajo I al Sexto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (Cambridge University Press. En proceso de impresión), disponible en www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/#FullReport.
- 3 Agencia Internacional de la Energía, *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector* (Cero emisiones netas para 2050: una hoja de ruta para el sector energético internacional) (mayo de 2021), disponible en www.iea.org/reports/net-zero-by-2050.
- 4 Véase, p. ej., Greg Muttitt y Sivan Kartha, "Equity, climate justice and fossil fuel extraction: principles for a managed phase out" (Equidad, justicia climática y extracción de combustibles fósiles: principios para una eliminación gradual), *Climate Policy*, 20:8 (2020): 1024-1042, www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14693062.2020.1763900.
- 5 Véase, p. ej., Moses Mozart Dzawu, Ekow Dontoh y Yinka Ibukun, "Ghana Seek to Borrow \$1.7 billion to Help Acquire Energy Assets" (Ghana busca préstamos por 1700 millones de USD para ayudar con la adquisición de activos energéticos), Bloomberg, 2 de agosto de 2021, www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-02/ghana-seeks-to-borrow-1-7-billion-to-help-acquire-energy-assets.
- 6 Jonas Nyabor y Nicholas Norbrook, "Exxon's exit from Ghana may be first sign of majors quitting Africa" (La salida de Exxon de Ghana puede ser la primera señal del abandono de África por parte de los grandes jugadores), *The Africa Report*, 17 de junio de 2021, www.theafricareport.com/98380/exxons-exit-from-ghana-may-be-first-sign-of-majors-quitting-africa/. Véase también Daniel Boffey, "Court orders Royal Dutch Shell to cut carbon emissions by 45% by 2030" (El tribunal ordena a Royal Dutch Shell reducir sus emisiones de carbono en un 45 % para 2030), *The Guardian*, 26 de mayo de 2021, www.theguardian.com/business/2021/may/26/court-orders-royal-dutch-shell-to-cut-carbon-emissions-by-45-by-2030.

fósiles bajo tierra⁷. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Guyana acaba de conceder una audiencia para escuchar el pedido de ambientalistas locales para detener la producción de petróleo mar adentro de ExxonMobil⁸.

Cada vez más países han comenzado a tomar en cuenta la producción de combustibles fósiles en sus contribuciones determinadas a nivel nacional (CDN) y en sus estrategias de desarrollo de bajas emisiones a largo plazo en el marco del Acuerdo de París⁹. Una pequeña cantidad de países han adoptado medidas para limitar o desincentivar la producción, por ejemplo con la prohibición de nuevos proyectos de exploración o mediante compromisos para eliminar progresivamente los subsidios a la producción de combustibles fósiles. Otros han adoptado medidas destinadas a reducir las emisiones en la producción o han mencionado planes para diversificar la economía alejándola de la dependencia de los ingresos petroleros¹⁰. Incluso cuando las CDN no abordan directamente la producción de petróleo, los compromisos que afectan a otros sectores también pueden tener implicancias para la política *upstream* del sector petrolero. Por ejemplo, los compromisos para reducir el uso de combustibles fósiles en el sector energético pueden estar vinculados a las decisiones gubernamentales sobre la posibilidad de imponer a las empresas obligaciones de suministro local¹¹.

En este contexto, los gobiernos deben ser flexibles para aplicar cambios normativos en sus sectores petroleros y en sus compromisos ambientales. Con todo, los contratos a largo plazo de exploración y producción de petróleo que firman los gobiernos con las empresas pueden limitar considerablemente esta flexibilidad durante décadas. Diversos expertos han señalado que las cláusulas de *estabilización, fuerza mayor y arbitraje* pueden limitar la acción de los gobiernos que buscan aplicar normativas nuevas a proyectos petroleros existentes, o pueden no asignar correctamente a las empresas la responsabilidad de incorporar la resiliencia climática a sus proyectos, planes y operaciones¹².

Con la adopción del Acuerdo de París en 2015, desde 2016 en adelante podríamos esperar que los países productores hayan estado considerando diversas políticas para adaptar sus sectores petroleros al cambio climático y su posible impacto en el mercado de hidrocarburos. Esta adaptación podría incluir estrategias para reducir las emisiones y desarrollar la resiliencia climática imponiendo a las empresas de petróleo y gas requisitos para que mejoren la eficiencia energética, reduzcan o

7 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review* (2020) (Informe global sobre litigios relativos al clima: reporte de situación 2020), disponible en wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf.

8 Canute James, "Guyana climate activists target ExxonMobil oil project" (Activistas climáticos de Guyana apuntan a proyecto petrolero de ExxonMobil), Argus, 2 de junio de 2021, www.argusmedia.com/en/news/2221069-guyana-climate-activists-target-exxonmobil-oil-project.

9 Véase unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement.

10 Véase Natalie Jones, Miquel Muñoz Cabré, Georgia Piggot y Michael Lazarus. *SEI Working Paper: Tapping the potential of NDCs and LT-LEDS to address fossil fuel production* (Documento de trabajo de SEI: explotar el potencial de las CDNN y LT-LEDS para abordar la producción de combustibles fósiles), (Stockholm Environment Institute, 2021), disponible en www.sei.org/publications/ndcs-leds-fossil-fuel-production.

11 Las obligaciones de suministro interno o las obligaciones para con el mercado interno son requisitos según los cuales las empresas petroleras deben vender una parte del petróleo extraído en el país anfitrión.

12 Véase, p. ej., Motoko Aizawa y Howard Mann. *Environmental, Social and Economic Development Provisions in Investment Contracts: A Resource for Government Lawyers in the Commonwealth* (Cláusulas de desarrollo ambiental, social y económico en los contratos de inversión: un recurso para los abogados de los Gobiernos de la Commonwealth), (Commonwealth Secretariat, 2021), 60-65, 98-114, disponible en thecommonwealth.org/sites/default/files/inline/Development%20Provisions%20in%20Investment%20Contracts_UPDF.pdf; Pedro van Meurs. *World Petroleum Industry Perspectives* (Perspectivas para la industria mundial del petróleo) (última actualización: 24 de junio de 2021), [app.vanmeursenergy.com/documents/free/80001007.pdf](https://www.vanmeursenergy.com/documents/free/80001007.pdf) (presentación disponible en el sitio web del Dr. van Meurs; se actualiza de vez en cuando).

eliminen las emisiones fugitivas o de quemas no rutinarias, que aumenten el uso de energía renovable en sus proyectos o implementen procesos de captura, utilización y almacenamiento de carbono o de compensación de carbono.

La pregunta es: ¿los países productores han comenzado a modificar los términos de sus contratos petroleros en respuesta a los riesgos del cambio climático y la transición energética?

Para explorar este tema, analicé 34 contratos y modelos de contrato de 11 países. (Véase la lista de contratos en el apéndice). Estos documentos representan todos los contratos petroleros en idioma inglés presentes en ResourceContracts.org y que se firmaron o publicaron a partir de 2016 y se cargaron hasta junio de 2021¹³. Este análisis se centró en las cláusulas de estabilización, arbitraje y fuerza mayor, las cuales pueden limitar la flexibilidad de los gobiernos a la hora de elaborar políticas, o bien pueden no asignar debidamente el riesgo o los costos de los impactos climáticos.

Los contratos analizados no evidencian todavía un cambio en dichas cláusulas como respuesta a los riesgos del cambio climático y a la necesidad de flexibilidad por parte de los gobiernos para emprender acciones en materia de políticas climáticas.

13 ResourceContracts.org es el mayor depósito en línea de contratos públicos de petróleo, gas y minería, y contiene más de 2000 contratos extractivos y documentos afines (www.resourcecontracts.org). Se cargan otros contratos a medida que se divulgan. Al momento de leer el presente documento, podrían haberse incorporado al depósito más contratos firmados o publicados desde 2016.

ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS

a. Cláusulas de estabilización

Todos los contratos analizados contienen cláusulas de estabilización, y menos de la mitad excluyen cambios en la legislación ambiental; por tanto, la mayoría de los contratos pueden restringir la aplicación de nuevas normativas climáticas, si bien el grado de restricción potencial es variable.

Las cláusulas de estabilización son disposiciones contractuales que otorgan a los inversores diversos grados de protección ante cambios en la legislación. Pueden asumir la forma de cláusulas de “congelamiento”, es decir, cambios en algunas o todas las leyes que se apliquen tras la firma del acuerdo no serán aplicables al proyecto. Las cláusulas de congelamiento limitado pueden estabilizar solo los términos fiscales específicos, como el impuesto a las ganancias o las regalías, y/o pueden aportar estabilidad solo durante un período específico. Las cláusulas de estabilización también pueden adoptar la forma de cláusulas de “equilibrio económico”, donde se estipule que los cambios en la legislación cuyo impacto económico resulte considerablemente negativo para la empresa deberán estar acompañados de una compensación estatal que restaure el equilibrio económico entre las partes. Las cláusulas “híbridas” combinan elementos de las cláusulas de congelamiento y de equilibrio económico y estipulan que las partes pueden acordar la restauración del equilibrio económico aplicando una exención a los cambios en la legislación o mediante otros métodos de compensación.

Los proyectos de petróleo y gas requieren importantes gastos iniciales, tienen una duración prolongada (de 20 a 30 años o más) y son específicos de un lugar; una vez desarrollado el proyecto, es difícil reubicarlo. Por lo tanto, no es de extrañar que las empresas presionen a los gobiernos para que estos ofrezcan garantías que las protejan frente a cambios en la legislación. Estos cambios se producirán casi con seguridad a lo largo de las décadas que dura un proyecto, y pueden alterar su rentabilidad. Pero las cláusulas de estabilización pueden limitar de forma considerable la capacidad de los gobiernos de fomentar metas legítimas en materia de política en este mundo de cambios acelerados.

Debido a la clara desventaja que representan estas cláusulas para los gobiernos, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y las Naciones Unidas, entre otras, han desalentado su uso. Han advertido que las cláusulas de estabilización, si acaso se utilizan, deberían limitarse a plazos fiscales específicos durante un lapso limitado y deberían excluir las reglas auténticas y no discriminatorias ambientales, laborales, de salud y seguridad, de derechos humanos u otras similares¹⁴. El Fondo Monetario Internacional (FMI) también ha sugerido que las cláusulas de estabilización podrían no ser necesarias para atraer inversiones¹⁵.

14 Véase Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Principios rectores de los contratos duraderos en el sector extractivo* (2019), 14, disponible en www.oecd-ilibrary.org/sites/5e816b32-es/index.html?itemId=/content/publication/5e816b32-es; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios de contratación responsable: Integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre estados e inversores - Orientación para los negociadores* (2015), 15-18, disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_SP.pdf; y Natural Resource Governance Institute, *The Natural Resource Charter* (La Carta de los Recursos Naturales), 2.ª edición (2014), 37, www.resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/natural-resource-charter-2nd-ed.

15 Fondo Monetario Internacional, *Fiscal Regimes for Extractive Industries: Design and Implementation* (Regímenes fiscales para las industrias extractivas: diseño e implementación), (2012), 35, disponible en www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/081512.pdf.

A pesar de estas advertencias, todos los contratos analizados para este trabajo contenían algún tipo de cláusula de estabilización, y menos de la mitad (13 de 34) excluye explícitamente a la legislación ambiental. Además, uno de los contratos declara de manera bastante ambigua que la empresa no estaría sujeta a ninguna ley “contraria o incompatible con” las cláusulas del contrato, sino que estaría sujeta a “todas las leyes... vigentes”, una expresión algo incierta en cuanto a si las nuevas obligaciones ambientales podrían considerarse “incompatibles con” el contrato¹⁶.

La gran mayoría de las cláusulas de estabilización (27 de 34) eran cláusulas de equilibrio económico. Solo siete de las cláusulas eran de congelamiento limitado y fijaban ciertas estipulaciones legales aplicables durante toda la duración del contrato.

Excepto una, todas estas cláusulas de congelamiento limitado excluyen explícitamente a la legislación ambiental, mientras que solo siete de las 27 cláusulas de equilibrio económico lo hacían.

Las cláusulas de equilibrio económico incluidas en los contratos no impiden la aplicación de nuevos requisitos ambientales. Sin embargo, pueden trasladar la carga económica de las nuevas normas climáticas a los gobiernos, si no excluyen de la estabilización a las normativas ambientales de forma explícita.

Incluso las cláusulas de estabilización que excluyen a la legislación ambiental pueden limitar la aplicación de impuestos al carbono como medio para incentivar la reducción de emisiones¹⁷. Varios contratos que contenían una excepción para la legislación ambiental también estipulaban que la empresa no estaría sujeta a ningún impuesto no especificado en el contrato, o bien la protegían de los cambios en la legislación relativos a los “impuestos”¹⁸.

Casi todas las cláusulas de estabilización estipulaban alguna medida para toda la duración del contrato, con lo cual la empresa queda potencialmente protegida frente a los cambios legislativos durante dos o tres décadas.

b. Cláusulas de arbitraje

Todos los contratos analizados, a excepción de uno, contenían cláusulas de resolución de disputas por medio de arbitraje. Junto con las de estabilización, estas cláusulas pueden desalentar la implementación, por parte de los gobiernos, de nuevas normativas climáticas para el sector petrolero.

Las cláusulas de arbitraje internacional son habituales en los contratos entre inversores y Estados como mecanismo para resolver disputas contractuales. No obstante, algunos expertos han desalentado su uso, señalando que el arbitraje supone muchas desventajas para los países anfitriones y para sus ciudadanos¹⁹.

16 Gobierno de la República Árabe Siria, Bloque 1, 2020, www.resourcecontracts-nrgi.s3.us-west-2.amazonaws.com/5151/5151-kapital-limited-liability-company-block-1-exploration-license-2020.pdf.

17 Para obtener información sobre iniciativas de tarificación del carbono a nivel regional, nacional y subnacional, véase www.carbonpricingdashboard.worldbank.org/map_data.

18 Hasta la fecha, ninguno de los países analizados en este trabajo ha implementado un impuesto al carbono. Expertos tales como Pedro van Meurs han señalado también que las cláusulas donde se estipula que las empresas de propiedad del Estado u otras entidades gubernamentales deberán pagar impuestos por cuenta de la empresa generarán una mitigación de los efectos que los impuestos al carbono ejercen sobre el comportamiento de las empresas. Once contratos contenían estipulaciones de ese tipo.

19 Las desventajas mencionadas incluyen socavar la función de los tribunales nacionales y la soberanía estatal, la falta de transparencia en los procedimientos de arbitraje y el alto costo para los gobiernos que suponen los procedimientos de arbitraje y las eventuales sentencias, en caso de que el gobierno pierda. Véase, p. ej., Lise Johnson, Jesse Coleman, Brooke Guven y Lisa E. Sachs. *Costs and Benefits of Investment Treaties: Practical Considerations for States* (Costos y beneficios de los tratados de inversión: consideraciones prácticas para los Estados), (Columbia Center on Sustainable Investment, 2018), disponible en www.scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/81.

Además, otros expertos han indicado que los gobiernos se enfrentan a riesgos crecientes cuando los inversores tienen varias opciones de arbitraje, por ejemplo, a través de la legislación nacional, los contratos y los tratados de inversión. Cuando el inversor cuenta con diversas opciones de arbitraje, el gobierno tiene muchas posibilidades de perder. Si aun así se incluyen cláusulas de arbitraje, algunos expertos recomiendan que los contratos contengan una renuncia expresa a cualquier otro derecho de arbitraje relativo a la medida gubernamental en disputa²⁰.

Todos los contratos analizados, excepto uno, estipulan la resolución de disputas por medio del arbitraje y 27 de los 34 contratos estipulan un arbitraje internacional.

Solo cinco contratos de dos países restringen explícitamente la opción de buscar arbitraje por diversas vías. Por ejemplo, los contratos de un país especificaban que “ningún otro tribunal de arbitraje con ningún otro procedimiento, acuerdo o tratado internacional tendrá jurisdicción sobre tales disputas entre las [p]artes”²¹. En contraste, los contratos de otro país garantizaban de forma explícita diversos recursos para los inversores, especificando que “nada en el presente [contrato] limitará los derechos de [la empresa] en virtud de... la legislación existente de [el país] relativa a la protección de las inversiones extranjeras, cuyos derechos se aplicarán *de manera adicional* a cualquier otro derecho que [la empresa] pueda tener en virtud de este [contrato], sin perjuicio de cualquier otra ley, tanto actual como futura, de [el país] [énfasis añadido]”²².

Junto con las cláusulas de estabilización, las cláusulas de arbitraje podrían tener un efecto paralizante en la normativa gubernamental destinada a reducir las emisiones de los proyectos petroleros existentes. El mero costo de defender una demanda de arbitraje puede disuadir a algunos gobiernos de aplicar nuevas normativas climáticas a proyectos existentes.

c. Cláusulas de fuerza mayor

A pesar de los cambiantes patrones climáticos, todos los contratos analizados, excepto uno, incluyen a los eventos meteorológicos extremos como hechos de fuerza mayor que justifican el incumplimiento de la empresa, sin el requerimiento explícito de que tales eventos fueran imprevisibles. Algunos mencionan a la normativa gubernamental como base para que una empresa declare un caso de fuerza mayor, agregando posiblemente otro elemento disuasorio contra la sanción de nuevas normativas climáticas.

Por lo general, las cláusulas de fuerza mayor excusan a una de las partes de sus obligaciones contractuales debido a circunstancias imprevistas que están más allá del control de esa parte y que obstaculizan o impiden que esa parte cumpla estas obligaciones. Aunque estas cláusulas suelen considerarse un componente habitual y estándar, han recibido una mayor atención desde el inicio de la pandemia de coronavirus (COVID-19), cuando las empresas intentaron invocar la cláusula para

20 Aizawa y Mann, *Environmental, Social and Economic Development Provisions in Investment Contracts* (Cláusulas de desarrollo ambiental, social y económico en los contratos de inversión), 104-113.

21 Véase, p. ej., Santo Tomé y Príncipe, Bloque 10, 2018, www.resourcecontracts-nrgi.s3-us-west-2.amazonaws.com/4360/4360-bp-exploration-stp-limited-kosmos-energy-sao-tome-e-principe-block-10-psa-2018.pdf

22 Véase, p. ej., Azerbaiyán, Ashrafi-Dan Ulduzu-Aypara Area, 2018, www.resourcecontracts-nrgi.s3-us-west-2.amazonaws.com/5160/5160-statoil-azerbaijan-ashrafi-dan-ulduzu-aypara-bv-socar-oil-affiliate-ashrafi-dan-ulduzu-aypara-area-psa-2018.pdf.

interrumpir sus operaciones u otras obligaciones contractuales²³. Estas cláusulas suelen contener una extensa lista estándar de los eventos que constituirán casos de fuerza mayor, por ejemplo eventos meteorológicos extremos tales como tormentas, relámpagos o inundaciones y, a veces, se especifica que el evento debe ser imprevisible. Las cláusulas también pueden contener el requisito de que se mitiguen los efectos del evento de fuerza mayor. En función de la etapa del proyecto en que se produzca el evento de fuerza mayor y de la duración de dicho evento, invocar la cláusula de fuerza mayor podría posponer el inicio de la producción y demorar los ingresos gubernamentales, o bien podría permitir que la empresa rescinda el acuerdo.

Los cambiantes patrones climáticos provocados por los efectos del cambio climático plantean ahora la cuestión de qué constituye un evento meteorológico imprevisto o especialmente intenso. Existe una creciente incertidumbre sobre en qué momento los eventos meteorológicos extremos deberían considerarse imprevisibles, en vista de la creciente frecuencia de dichos eventos, y existen precedentes jurídicos de tribunales en los Estados Unidos donde se aplicó un requisito de imprevisibilidad a un reclamo de fuerza mayor, incluso cuando el contrato no lo estipulaba^{24,25}.

Un recurso de la Commonwealth Secretariat recientemente publicado, señala explícitamente que los eventos relativos al cambio climático “ya no resultan imprevisibles” y que los contratos de inversión deberían asignar a la empresa la responsabilidad por todo evento meteorológico previsible vinculado al clima introduciendo el requisito de que se integre la resiliencia climática al diseño, la construcción y las operaciones del proyecto, así como el requisito de obtener un seguro que cubra eventos meteorológicos, si estuviera disponible²⁶.

Caba destacar que ninguna de las cláusulas de fuerza mayor exige específicamente que las empresas deben prepararse para enfrentar eventos relativos al cambio climático. En cambio, 33 de los 34 contratos incluyen como rutinarios eventos meteorológicos extremos como tormentas, relámpagos o inundaciones como fundamento para los reclamos de fuerza mayor, y solo 12 de ellos exigen explícitamente que el evento fuera imprevisible. Un solo contrato exigía tomar medidas preventivas para evitar eventos de fuerza mayor, en lugar de aplicar atenuantes después del hecho, estipulando que “si fuera previsible de manera razonable, [la empresa] deberá haber adoptado previamente todas las precauciones razonablemente adecuadas... ”²⁷. Estas precauciones podrían incluir una evaluación constante de los riesgos del cambio climático y mejoras en la infraestructura y las

23 Véase Nicola Woodroffe, “Force Majeure and Other Coronavirus-Era Legal Challenges: Lessons for Resource-Dependent Countries from the Glencore-Zambia Dispute” (Fuerza mayor y otros desafíos legales en la era del coronavirus: lecciones para los países dependientes de recursos de la disputa entre Glencore y Zambia), Natural Resource Governance Institute, 13 de mayo de 2020, www.resourcegovernance.org/blog/force-majeure-coronavirus-legal-challenges-resource-dependent-zambia-glencore.

24 Kirkland y Ellis, “COVID-19 Offers Force Majeure Lessons for Climate Planning” (La Covid-19 aporta lecciones en materia de fuerza mayor para la planificación climática), 14 de julio de 2020, www.kirkland.com/publications/article/2020/07/covid19-force-majeure-lessons-climate-planning.

25 Jocelyn L. Knoll y Shannon L. Bjorklund, “Force Majeure and Climate Change: What is the New Normal?” (Fuerza mayor y cambio climático: ¿cuál es la nueva normalidad?), *Journal of the American College of Construction Lawyers* Vol. 8, Edición 1 (febrero de 2014), 18-21, disponible en www.dorsey.com/-/media/files/newsresources/publications/2017/force-majeure-and-climate-change-what-is-the-new-normal.pdf.

26 Aizawa y Mann, *Environmental, Social and Economic Development Provisions in Investment Contracts* (Cláusulas de desarrollo ambiental, social y económico en los contratos de inversión), 63.

27 Ghana, Cape Three Points Block 4, 2016, www.resourcecontracts-nrgi.s3-us-west-2.amazonaws.com/2767/2767-eni-ghana-exploration-production-limited-vitol-upstream-tano-limited-woodfields-upstream-limited-ghana-national-petroleum-corporation-explorco-cape-th....pdf.

operaciones del proyecto²⁸. Sin embargo, la mayoría de los contratos (23) requiere el tipo de cobertura de seguro “tradicional” de la industria del petróleo, que podría ir incorporando los eventos climáticos a medida que ese seguro se torne más predominante.

Cabe destacar que nueve contratos señalan a la regulación o “acción” gubernamental como la base para la fuerza mayor, y dos de ellos especifican que dicha acción gubernamental debía “impedir” el cumplimiento de una obligación. Sin embargo, tres contratos se limitaron a exigir que la legislación, los tratados, las normativas u otras reglas “obstaculicen de manera sustancial [] o impidan []” o bien que “afecten considerablemente [] o amenacen [] los derechos de la empresa” estipulados en el contrato. Dichas cláusulas pueden ofrecer una protección frente a los cambios en la legislación similar a la de una cláusula de estabilización (que los tres contratos también contenían). Solo uno de los contratos requería que la legislación o normativa “provoque la incapacidad por parte de la empresa de cumplir puntualmente sus obligaciones”. De esta manera, la responsabilidad por todo costo resultante queda asignada al Gobierno, al estipular que “El Gobierno no asumirá ningún tipo de responsabilidad... por ningún daño, restricción o pérdida” que sea consecuencia del evento de fuerza mayor, “excepto cuando la fuerza mayor tenga su origen en cualquier orden, normativa o instrucción del Gobierno publicada en forma de leyes o de alguna otra manera”²⁹. Los gobiernos deberían ser cautelosos al incluir bases tan generales e irrestrictas para la fuerza mayor en los contratos.

28 Véase Theodoros Katopodis y Athanasios Sfetsos, “A Review of Climate Change Impacts to Oil Sector Critical Services and Suggested Recommendations for Industry Uptake” (Una revisión de los impactos del cambio climático en los servicios críticos del sector petrolero, con recomendaciones para la industria) *Infrastructures* 4, n.º 4 (2019): 74. www.doi.org/10.3390/infrastructures4040074.

29 Gobierno de la República Árabe Siria, Bloque 1, 2020, www.resourcecontracts-nrgi.s3.us-west-2.amazonaws.com/5151/5151-kapital-limited-liability-company-block-1-exploration-license-2020.pdf.

CONCLUSIÓN

El abandono progresivo y a largo plazo de los combustibles fósiles genera mucha incertidumbre entre los países productores de petróleo. Los productores de petróleo de países en desarrollo pueden verse inclinados a maximizar los beneficios de sus recursos petroleros mientras puedan. Pero los países productores también podrían inclinarse por mejorar activamente su resiliencia a los riesgos climáticos y por reducir las emisiones de su sector petrolero; de hecho, algunos ya están comprometiéndose a hacerlo³⁰.

Una revisión acotada de contratos petroleros públicamente disponibles y firmados desde la adopción del Acuerdo de París indica que los gobiernos siguen incluyendo cláusulas de estabilización y arbitraje que pueden dificultarles la aplicación futura de normativas relativas al clima en el sector petrolero. De manera habitual, las cláusulas de fuerza mayor siguen incluyendo los eventos meteorológicos extremos como fundamento para la fuerza mayor, sin exigir explícitamente que las empresas adopten medidas preventivas contra esos riesgos.

Este análisis destaca las posibles interpretaciones de los contratos que podrían afectar de manera desfavorable a los gobiernos que buscan adaptar sus sectores petroleros al cambio climático. Estas no son las únicas interpretaciones posibles de las cláusulas mencionadas. Un abogado del gobierno podría sostener, con razón, que no deberían interpretarse como barreras definitivas a la acción gubernamental para proteger el ambiente o enfrentar los riesgos del cambio climático o la transición energética.

No obstante, es importante garantizar que el marco legal del sector petrolero no limita la acción gubernamental y exige que las empresas adopten medidas de resiliencia climática en los planes y operaciones de sus proyectos.

Para mejorar su resiliencia de cara a los riesgos futuros, los gobiernos podrían considerar las siguientes recomendaciones:

30 Véase Jones, Cabré, Piggot y Lazarus, *SEI Working Paper: Tapping the potential of NDCs and LT-LEDS to address fossil fuel production* (Documento de trabajo de SEI: explotar el potencial de las CDNN y LT-LEDS para abordar la producción de combustibles fósiles).

1. Adaptar los contratos petroleros para abordar los riesgos del cambio climático.

La Agencia Internacional de la Energía ha afirmado que todo proyecto nuevo de petróleo y gas que no se haya aprobado todavía es incompatible con el cumplimiento de las metas climáticas globales³¹. Por tanto, embarcarse en un nuevo proyecto de exploración y producción supone un riesgo creciente para los países productores. Aquellos países que, a pesar de todo, decidan emprender nuevos proyectos petroleros para satisfacer sus metas nacionales de desarrollo deberían adaptar sus procesos de contratación a los nuevos riesgos. Como mínimo, los gobiernos de los países productores deberían:

- Evitar las cláusulas de estabilización, si fuera posible. Si se conceden este tipo de cláusulas a las empresas, deberían indicar de manera explícita que la estabilización no es aplicable a ninguna medida para enfrentar el cambio climático *ni a ningún impuesto al carbono u otros impuestos o cargos nuevos*.
- Considerar la posibilidad de limitar el recurso legal a instancias internacionales de arbitraje (por ejemplo, limitando el alcance de los asuntos sujetos a arbitraje) o restringiendo las opciones de las empresas de buscar arbitraje por varias vías. Esto reducirá el riesgo de asumir costosos arbitrajes si los gobiernos buscan imponer nuevas normativas climáticas a proyectos existentes.
- Incluir el requisito de integrar los riesgos del impacto del cambio climático al diseño y las operaciones del proyecto. Esto podría comprender definir los términos de “imprevisibilidad” o “eventos meteorológicos extremos” para los fines de los reclamos de fuerza mayor³². Evitar la inclusión de referencias amplias a normativas gubernamentales como fundamento para los casos de fuerza mayor, a fin de evitar más impedimentos contractuales a la futura normativa gubernamental en materia de cambio climático.

También podría ser necesario adaptar otros tipos de cláusulas, como los términos fiscales³³ o las reglas de transferencias de activos, entre otras, para abordar los riesgos climáticos.

Además, resulta beneficioso para los gobiernos productores de petróleo y las empresas de petróleo y gas contemplar cambios más fundamentales en las prácticas tradicionales de contratación, y los expertos ya están desarrollando ideas para los contratos petroleros del futuro. Por ejemplo, un artículo reciente explora cómo pueden modificarse los contratos de reparto de producción para que incluyan un “parámetro de contribución renovable” donde se defina qué parte de las ganancias petroleras de la empresa debería reinvertirse en el sector de la energía renovable del país anfitrión³⁴.

Sería muy aconsejable que los gobiernos se mantengan al corriente de este tipo de innovaciones, a fin de considerar qué cambios podrían resultar adecuados para su propio contexto. Los productores de petróleo de países en desarrollo podrían compartir las lecciones aprendidas y desarrollar conjuntamente nuevos estándares para los contratos petroleros³⁵. La publicación de los contratos petroleros resulta aún más crucial en este entorno cambiante, ya que permite que gobiernos, empresas y ciudadanos comprendan de qué manera están evolucionando los contratos petroleros *upstream* y cómo posibilitan el debate informado de reformas en las políticas del sector petrolero al tomar en cuenta la transición energética.

2. Revisar el marco legal que rige al sector petrolero analizando los riesgos del cambio climático y la transición energética e identificar las reformas necesarias.

Más allá de las cláusulas contractuales abordadas en este documento, existen otras disposiciones contractuales, legales o institucionales en el sector petrolero que pueden obstruir las estrategias de los gobiernos para desenvolverse durante la transición energética y combatir el cambio climático.

31 Agencia Internacional de la Energía, *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector* (Cero emisiones netas para 2050: una hoja de ruta para el sector energético internacional).

32 Jocelyn L. Knoll y Shannon L. Bjorklund, “*Force Majeure and Climate Change: What is the New Normal?*” (Fuerza mayor y cambio climático: ¿cuál es la nueva normalidad?)

33 Véase, p. ej., van Meurs, *World Petroleum Industry Perspectives* (Perspectivas para la industria mundial del petróleo).

34 Véase Majd Olleik, Hans Auer y Rawad Nasr, “*A petroleum upstream production sharing contract with investments in renewable energy: The case of Lebanon*” (Un contrato de reparto de producción de petróleo *upstream* con inversiones en energía renovable: el caso del Líbano) *Energy Policy* 154 (julio de 2021), www.doi.org/10.1016/j.enpol.2021.112325.

35 El New Producers Group es uno de esos foros de cooperación e intercambio entre gobiernos productores de petróleo. Véase www.newproducersgroup.online

Por ejemplo, las obligaciones de suministro interno —que suelen estar acompañadas de compromisos de compra garantizada— pueden resultar costosas para los gobiernos y obstaculizar la transición hacia una mayor proporción de energía renovable en la combinación energética, si no están bien diseñadas³⁶. Los planes de inversión de las empresas estatales petroleras podrían exponer aún más a las economías dependientes del petróleo a un declive en los precios del petróleo y el gas³⁷. Las obligaciones de tratados internacionales también pueden exponer a los gobiernos a instancias de arbitraje internacional cuando estos intenten implementar nuevas normativas climáticas³⁸.

Los gobiernos deberán auditar exhaustivamente el marco legal de su sector petrolero —incluso los contratos existentes— a fin de identificar y enfrenar los riesgos climáticos y de la transición energética. Las soluciones podrían requerir la sanción de nuevas leyes y normativas, que podrían entrar en conflicto con las cláusulas de estabilización. Por lo tanto, los gobiernos podrían inclinarse por abordar activamente a los operadores de proyectos petroleros existentes para tratar las reformas necesarias y las posibles enmiendas a los contratos. Por su parte, las empresas tomarán en cuenta el impacto de la nueva legislación climática en sus países de origen, las obligaciones para con sus accionistas y las cambiantes condiciones del mercado, entre otras. En vista de la creciente presión del público por cumplir las metas climáticas, los gobiernos y las empresas podrían descubrir que sus intereses están alineados a la hora de aplicar adaptaciones climáticas al sector petrolero.

ACERCA DEL AUTOR

Nicola Woodroffe es analista jurídico senior de Natural Resource Governance Institute (NRGI).

- 36 Véase David Manley y Thomas Scurfield. *Surplus or Shortage? The Challenge of Setting a Domestic Supply Obligation for Tanzania's Offshore Gas* (¿Excedente o escasez? El desafío de fijar una obligación de suministro interno para el gas *offshore* de Tanzania) (Natural Resource Governance Institute, 2021), www.resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/surplus-or-shortage-challenge-setting-domestic-supply-obligation.
- 37 Véase David Manley y Patrick Heller. *Risky Bet: National Oil Companies in the Energy Transition* (Una apuesta arriesgada: las empresas nacionales petroleras en la transición energética) (Natural Resource Governance Institute, 2021), www.resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/risky-bet-national-oil-companies-energy-transition.
- 38 Por ejemplo, en los últimos años el Tratado sobre la Carta de la Energía ha estado recibiendo mucha atención mediática, a medida que las empresas demandaban a los gobiernos miembros del tratado por más de 1000 millones de USD en respuesta a los planes de prohibir o eliminar gradualmente los proyectos de combustibles fósiles. Véase Josephine Moulds, "Outrage as Italy faces multimillion pound damages to UK oil firm" (Indignación: Italia enfrenta daños multimillonarios ante empresa petrolera de Reino Unido), *The Guardian*, 25 de julio de 2021, www.theguardian.com/business/2021/jul/25/outrage-as-italy-faces-multimillion-pound-damages-to-uk-oil-firm; Karl Mathiesen, Sarah Anne Aarup y Kalina Oroschakoff, "EU governments whipsawed by climate and coal lawsuits" (Gobiernos de la UE fustigados por demandas relativas al clima y el carbón), *Politico*, 4 de febrero de 2021, www.politico.eu/article/eu-government-climate-and-coal-lawsuits; David Keating, "A Little-Known EU Investor Dispute Treaty Could Kill The Paris Climate Agreement" (Un tratado poco conocido sobre disputas con inversores de la UE podría acabar con el Acuerdo Climático de París) *Forbes*, 5 de septiembre de 2019, www.forbes.com/sites/davekeating/2019/09/05/a-little-known-eu-investor-dispute-treaty-could-kill-the-paris-climate-agreement/?sh=3ca0c6014ecf.

Natural Resource Governance Institute es una organización independiente y sin fines de lucro que apoya la toma de decisiones informada e inclusiva sobre los recursos naturales y la transición energética. Trabajamos en alianza con agentes de cambio en los gobiernos y en la sociedad civil para diseñar e implementar políticas justas basadas en evidencias, así como en las prioridades de la ciudadanía de países en desarrollo ricos en recursos naturales.

Más información en: www.resourcegovernance.org



ANEXO: CONTRATOS ANALIZADOS

País	Empresa	Año de firma	URL del documento en ResourceContracts
Azerbaiyán	Zenith Aran Oil Company Limited; filial petrolera de SOCAR	2016	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-6366830637/view#/pdf
Azerbaiyán	Statoil Azerbaijan Ashrafi Dan Ulduzu Aypara BV; filial petrolera de SOCAR	2018	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-5535899866/view#/pdf
Azerbaiyán	BP Exploration (Azerbaijan) Limited; filial petrolera de SOCAR	2018	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-3963642606/view#/pdf
Egipto	IEOC Production B.V.; BP Exploration (Delta) Limited	2021	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-1816623208/view#/pdf
Egipto	BP Exploration (Delta) Limited; Tharwa Petroleum Company S.A.E.	2021	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-1961937507/view#/pdf
Egipto	Chevron Egypt Holdings C PTE. Ltd; Tharwa Petroleum S.A.E.	2021	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-2716478550/view#/pdf
Egipto	BG Delta Limited; Noble Energy Egypt II B.V.; Tharwa Petroleum Company S.A.E.	2021	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-6597289443/view#/pdf
Egipto	Chevron Egypt Holdings B PTE. Ltd; Tharwa Petroleum Company S.A.E.	2021	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-5541913618/view#/pdf
Egipto	Sin empresa - Contrato modelo	2021	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-7198231830/view#/pdf
Guinea Ecuatorial	Kosmos Energy Equatorial Guinea; Guinea Ecuatorial de Petr6leos	2017	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-3544719155/view#/pdf
Guinea Ecuatorial	Kosmos Energy Equatorial Guinea; Guinea Ecuatorial de Petr6leos	2017	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-0179644427/view#/pdf
Guinea Ecuatorial	Kosmos Energy Equatorial Guinea; Guinea Ecuatorial de Petr6leos	2017	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-3883099279/view#/pdf
Guinea Ecuatorial	Ophir Equatorial Guinea Limited; Guinea Ecuatorial de Petr6leos	2017	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-7671284346/view#/pdf
Guinea Ecuatorial	Sin empresa - Contrato modelo	2019	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-6183523443/view#/pdf
Ghana	ENI Ghana Exploration & Production Limited; Vitol Upstream Tano Limited; Woodfields Upstream Limited; Ghana National Petroleum Corporation; Explorco	2016	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-2887938326/view#/pdf
Guyana	Esso Exploration and Production Guyana Ltd.; CNOOC Nexen Petroleum Guyana Ltd.; Hess Guyana Exploration Ltd.	2016	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-1399550295/view#/pdf
Guyana	Tullow Guyana B.V.; Eco Oil and Gas Limited	2016	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-2603001790/view#/pdf
Costa de Marfil	BP Exploration Operating Company Limited; Kosmos Energy Cote d'Ivoire; Petroci Holding	2017	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-1677413274/view#/pdf
Costa de Marfil	BP Exploration Operating Company Limited; Kosmos Energy Cote d'Ivoire; Petroci Holding	2017	resourcecontracts.org/contract/ ocds-591adf-7202085028/view#/pdf

País	Empresa	Año de firma	URL del documento en ResourceContracts
Costa de Marfil	BP Exploration Operating Company Limited; Kosmos Energy Cote d'Ivoire; Petroci Holding	2017	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-0218900327/view#/pdf
Costa de Marfil	BP Exploration Operating Company Limited; Kosmos Energy Cote d'Ivoire; Petroci Holding	2017	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-9188516395/view#/pdf
Costa de Marfil	BP Exploration Operating Company Limited; Kosmos Energy Cote d'Ivoire; Petroci Holding	2017	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-6801345335/view#/pdf
Líbano	Total E&P Liban SAL; Eni Lebanon BV; Novatek Lebanon SAL	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-2775370937/view#/pdf
Líbano	Total E&P Liban SAL; Novatek Lebanon SAL; Eni Lebanon BV	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-1121032259/view#/pdf
Mauritania	Kosmos Energy Mauritania	2016	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-9160512674/view#/pdf
Mozambique	Gobierno de Mozambique; Sasol Petroleum Mozambique Exploration Limitada; Empresa Nacional de Hidrocarbonetos	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-4874346271/view#/pdf
Mozambique	Gobierno de Mozambique; ExxonMobil Moçambique Exploration and Production Limitada; RN Zambezi South PTE. LTD; Empresa Nacional de Hidrocarbonetos	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-3738262397/view#/pdf
Mozambique	Gobierno de Mozambique; ExxonMobil Moçambique Exploration and Production Limitada; RN Zambezi South PTE. LTD; Empresa Nacional de Hidrocarbonetos	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-3804443329/view#/pdf
Mozambique	Gobierno de Mozambique; ExxonMobil Moçambique Exploration and Production Limitada; RN Angoche PTE. LTD; Empresa Nacional de Hidrocarbonetos	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-3871678018/view#/pdf
Mozambique	Gobierno de Mozambique; Eni Mozambico; Sasol Petroleum Mozambique Exploration Limitada; Empresa Nacional de Hidrocarbonetos	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-8950306478/view#/pdf
Santo Tomé y Príncipe	Equator Exploration STP Block 12 Limited	2016	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-8754224127/view#/pdf
Santo Tomé y Príncipe	BP Exploration (STP) Limited; Kosmos Energy São Tomé e Príncipe	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-2284629316/view#/pdf
Santo Tomé y Príncipe	BP Exploration (STP) Limited; Kosmos Energy São Tomé e Príncipe	2018	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-3224646133/view#/pdf
República Árabe Siria	Kapital Limited Liability Company	2020	resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-0532241380/view#/pdf