

El derecho internacional en Vaca Muerta

Abg. Mg. Martín Cabrera Mirassou¹

Todos somos muy ignorantes.

Lo que ocurre es que no todos ignoramos las mismas cosas.

Albert Einstein

ABSTRACT:

La incipiente exploración y explotación de los llamados recursos no convencionales (shale gas y shale oil) en el país está acompañada por intensos debates en torno a la política energética, el impacto de la actividad en el medio ambiente, el rol de las comunidades locales, la efectividad del sistema federal de gobierno, como en la cuestión económica. En Argentina, y con la formación geológica Vaca Muerta como estandarte, se plantea desde el gobierno nacional y provincial como objetivo la autodependencia energética, con un decidido enfoque en que el futuro energético y económico del país será sostenido por lo que yace en el subsuelo de Vaca Muerta.

La importancia de este tema obliga necesariamente a tener en cuenta las variables internacionales que puedan tener incidencia en el desarrollo exitoso de la explotación no convencional. Si bien en diversos ámbitos hay profusos debates sobre diversos factores, se advierte que hay un abordaje propio y/o desde la disciplina de las relaciones internacionales. Debe considerarse que las variables internacionales inciden en cualquier escenario que se plantee en relación a los recursos no convencionales. Así, se debe comenzar por identificar las principales variables, con el fin de diseñar una política sobre el tema.

En el presente trabajo, y con la intención de explorar las variables internacionales que inciden en la exitosa explotación de los recursos no convencionales, se mencionan los desafíos desde el derecho internacional que plantea el problema. Entre ellas se encuentran los estándares de protección del medio ambiente, los derechos de los pueblos originarios, la protección de las inversiones extranjeras, la evolución de la reestructuración de la deuda soberana, el caso Chevron – Ecuador

¹ Abg., Mg. RRII (UNLP), docente UCASAL, miembro CoFEI, Director IDA-CAPN. La presente versión no es definitiva y tiene una finalidad meramente expositiva.

como caso de referencia, y el arbitraje de controversias, con el fin de pensar en futuras agendas y líneas de investigación.

INTRODUCCIÓN

El principal objetivo de este trabajo es describir el actual estado de la explotación de recursos no convencionales en el yacimiento Vaca Muerta, a fin de explorar las variables que desde el derecho internacional pueden tener incidencia en el desarrollo de políticas por los diversos actores. Desarrollar Vaca Muerta implica la comprensión de la influencia de los aspectos internacionales, y cualquier plan o proyecto que no los contemple, aumenta sus posibilidades de fracaso.

Si algo ha quedado claro con los recientes acontecimientos en el país, la región y más allá, es que el derecho internacional importa, y mucho. Directa e indirectamente, el derecho internacional está presente en muchos de los debates de la actualidad. Los Estados contraen obligaciones internacionales, que deben respetar, principalmente a través de tratados internacionales, de la misma manera que las personas físicas o jurídicas celebran contratos, un efecto es la posibilidad de exigir su cumplimiento o indemnización.

Recordemos que no se puede invocar el derecho interno para no cumplir con el derecho internacional, genera responsabilidad internacional. Asimismo, en un Estado federal, indistintamente el órgano o jurisdicción o poder, el Estado es responsable por el incumplimiento de una obligación internacional.

1. Datos sobre Vaca Muerta

Los reservorios no convencionales se caracterizan por la baja porosidad y escasa permeabilidad de la roca. El petróleo y gas se encuentran encerrados en millones de poros microscópicos, sin contacto entre ellos, sin poderse desplazar. Gran parte del gas y petróleo quedó en la roca que lo generó, siempre se supo que las rocas generadoras contenían gran cantidad de hidrocarburos, el problema era que no existía tecnología adecuada para extraerlo en forma económica y sustentable.

Los principios geológicos de los depósitos de gas de esquisto se conocen desde hace más de medio siglo, por lo que no hay tal revolución en cuanto a su descubrimiento se refiere. El reto

tecnológico ha sido extraerlo a un precio viable de las formaciones rocosas bajo tierra. Para lo anterior se desarrollaron dos tecnologías de extracción: la fracturación o estimulación hidráulica y la perforación horizontal. Lo que cambia es el tipo de reservorio y por lo tanto algunas técnicas de extracción.

La estimulación hidráulica es una operación con más de 70 años de historia, común en reservorios convencionales y extendida en los no convencionales.² Consiste en la inyección de un fluido (normalmente agua) en conjunto con un material o agente de sostén (arena o cerámica de forma esférica) a una presión tal que produce la disgregación de la roca. Cuando se fractura la roca, se generan nuevos espacios (porosidad) y se interconectan los preexistentes de manera tal que se favorece la capacidad de movimiento de los fluidos. La fractura debería cerrarse como respuesta a los esfuerzos actuantes ni bien se deja de aplicar presión, sin embargo, el material de sostén evita que esto suceda dado que permanece dentro de la fractura imposibilitando su cierre, preservando la integridad de la roca y facilitando el movimiento del gas, petróleo y agua hacia el pozo. En reservorios convencionales, esta misma tecnología se utiliza para mejorar la productividad y en no convencionales, son esenciales para que los hidrocarburos puedan fluir.

Vaca Muerta, así, equivale a decir que la Argentina tiene una vaca lechera pero está lejos de tener la vaca atada. Se trata de una formación con una superficie de 30.000 kilómetros cuadrados, de los cuales 12.450 están bajo la concesión de YPF. En la petrolera estatal aseguran que allí abajo hay 117 trillones de pies cúbicos de gas y 40.000 millones de barriles de petróleo. La formación Vaca Muerta se encuentra en la Cuenca Neuquina, al sudoeste del país, y tiene una superficie de 30 mil km², de los cuales YPF posee la concesión de más de 12.000 km², sobre los que ha realizado estudios para evaluar con más precisión el potencial de los recursos. Los resultados obtenidos han permitido confirmar que Vaca Muerta tiene un enorme potencial para la obtención de gas y que cuenta con importantísimos recursos de petróleo que alcanzan los 16,2 miles de millones de barriles, lo que significa multiplicar por diez las actuales reservas de la Argentina.

No son pocos los actores que trabajan y forman parte del el esfuerzo mancomunado necesario para desarrollar Vaca Muerta. Así podemos encontrar al Estado Nacional, el Estado provincial, la empresa YPF, junto a empresas petroleras multinacionales, los municipios en cuyo

² Tight gas: This refers to gas deposits found in low permeability rock formations that require fracturing to release them for production. Gas reservoir that cannot be developed commercially by vertical drilling because of the lack of natural flow. Also, even with horizontal drilling, hydraulic fracturing is required to produce commercial quantities. Shale gas: These are deposits trapped within shale rocks. Unusually, these rocks are both the source of the gas and the means of storing it. They also tend to overlie conventional oil and gas reservoirs. Thus if there has been extensive exploration for conventional oil and gas the existing well-cores can generate large amounts of data to locate the potential shale plays.

ejido se desarrollan las actividades, y la sociedad civil, todos ellos con impacto en toda la cadena productiva.

2. La protección de inversiones extranjeras y el CIADI

En los últimos 25 años se desarrolló un corpus iuris muy vasto sobre los estándares de protección que deben ser garantizados por el Estado a los inversores extranjeros. Un incumplimiento de estos estándares puede dar lugar al inicio de un diferendo internacional.

Por un lado tenemos al CIADI, tratados de protección de la inversión extranjera, estándares. Se ha desarrollado un andamiaje de protección de inversiones extranjeras, estándares que deben respetarse aquí, como en toda inversión extranjera.

Argentina siendo uno de los Estados con mayor cantidad de casos, Ejemplo paradigmático, y uno de los últimos, relativo a la expropiación de YPF a REPSOL, acuerdo se llegó a, interesante de este caso que es parte o se vincula con la política nacional respecto a Vaca Muerta.

El 3 de diciembre de 2012 Repsol S.A. y Repsol Butano S.A., dos compañías incorporadas en el Reino de España, presentaron ante el CIADI una Solicitud de Arbitraje en contra de la República Argentina. El 12-19 de mayo de 2014 Argentina prestó su conformidad para la terminación del procedimiento. La piedra de toque fue el Art. 7° de la Ley 26.741 el que dice: declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A. sus controlantes o controladas en forma directa o indirecta. Asimismo, declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de Repsol YPF GAS S.A. representado por el sesenta por ciento (60%) de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A. sus controlantes o controladas.

En el año 1989 la República Argentina inició un proceso de apertura y desregulación de la actividad económica, en consonancia con el nacimiento del régimen de convertibilidad, que implicó modificar sustancialmente el tratamiento a otorgar al capital foráneo, el cual atrajo un flujo importante de inversiones extranjeras, canalizándose fundamentalmente en las empresas privatizadas.

Con ese propósito se diseñó un nuevo marco regulatorio que brindara una mayor protección a los inversionistas. Así fue como en la década de 1990 la Argentina suscribió alrededor de sesenta Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante TBI). La

suscripción de estos convenios aseguró el levantamiento de todos los obstáculos burocráticos para la entrada de nuevos inversores extranjeros, otorgándoles una serie de garantías sustantivas y procesales, como el tratamiento justo y equitativo; la protección y seguridad plena; la no discriminación; el trato nacional; la cláusula de la nación más favorecida; la aplicación de procedimientos justos en caso de expropiación; la libre remisión de divisas, entre otras.

Asimismo, mediante la ley 24.353, del 2 de septiembre de 1994, se aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre un Estado y Nacionales de otro Estado, celebrado en Washington en 1965. Este Convenio, como se sabe, contempla la creación del CIADI.

Entre los años 1997 y 2005 se iniciaron un total de treinta y nueve juicios contra la Argentina por parte de inversores extranjeros, de los cuales cinco han finalizado y treinta y cuatro se encuentran pendientes de resolución.

3. El arbitraje internacional

Ya sea entre públicos, privados o mixto, es normal que las partes incluyan cláusulas arbitrales en los contratos y acuerdos, para que en caso que surja una diferencia, se someta a un tribunal arbitral internacional.

En acuerdos entre privados, el arbitraje comercial internacional, inserto en por ejemplo el acuerdo de YPF-CHEVRON, suelen establecer las reglas de alguna institución a la cual se someten (CCI), cual es la ley y el derecho aplicable, junto a la sede que tendrá el tribunal arbitral. El solo considerar las implicancias jurídicas que implica plasmar la cláusula arbitral en un contrato, y su redacción,

Un arbitraje Estado – entidad privada, puede ser también estar sujeto a las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje.

Si de CHEVRON hablamos, la contienda con Ecuador no puede desconocerse. La participación de Chevron en Vaca Muerta se puso en duda debido a los intentos de Ecuador de hacer cumplir las sentencias de la justicia ecuatoriana en otras jurisdicciones. Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó embargar los activos de la empresa en el país, no deja de constituir un factor que los inversores estudian al momento de plantearse invertir en el país. Por otro lado, existe un arbitraje internacional en proceso, en el cual hay medidas cautelares dictadas impidiendo el embargo de activos de Chevron, el cual una vez se dicte sentencia podrá o no cambiar las reglas de juego en Vaca Muerta.

4. La reestructuración de la deuda soberana

La percepción que inversores pueden tener para invertir en un país en default, que no cumple con sus obligaciones internacionales, que no acata los fallos de la justicia norteamericana, son por lo menos, un escollo a superar por el país para lograr un clima de confianza. Posibles dificultades en insertarse en el Mercado financiero si el default es declarado, si bien los efectos o impacto del litigio en Estados Unidos con los fondos buitres todavía no son claros.

Las crisis de deuda tienen amplias y profundas implicancias globales sobre la estabilidad financiera, crecimiento económico y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así recientemente, en el ámbito de Naciones Unidas se ha dicho:

The issue of foreign debt, debt relief, debt restructuring, and excessive demands by so-called “vulture funds” have for many years been subject of resolutions of the Human Rights Council. In these resolutions the Human Rights Council regretted “the absence of mechanisms to find appropriate solutions to the unsustainable foreign debt burden of low- and middle-income heavily indebted countries, and that, to date, little headway has been made in redressing the unfairness of the current system of debt resolution” and affirmed that “from a human rights perspective, the settlement of excessive vulture funds [claims] has a direct negative effect on the capacity of Governments to fulfil their human rights obligations, especially with regard to economic, social and cultural rights”. While it is debatable what the best tools to prevent and deal with debt crises are, we are in a position to identify some factors that actually impair multilateral efforts to fight extreme poverty and exacerbate collective action problems related to global public goods involved in sovereign financing. One of these factors is the so-called vulture funds litigation. Vulture fund litigation not only prevents heavily indebted poor countries from using resources freed up by debt relief for their own development programs but also complicates debt restructurings as they create a fundamental moral hazard problem: those who do not accept a debt restructuring and litigate against the sovereign debtor will be fully repaid, while those creditors that made an effort and accepted the fact that the debt had to be reduced will be the only ones suffering from the haircut. Given that risk, creditors will probably be much more reluctant to conclude debt restructuring agreements with sovereign debtors, therefore, crises (and the ensuing negotiations) will be longer, more difficult to resolve, and with less predictable

outcomes. It should be noted that financial business enterprises, including hedge funds or so-called “vulture funds” have to respect human rights and should exercise human rights due diligence to identify, prevent, mitigate and account for adverse human rights impacts as outlined by the Guiding Principles on Business and Human Rights. At the same time the Guiding Principles on Business and Human Rights affirm the duty of States to protect human rights through ensuring adequate laws and policies governing business enterprises. These same Principles furthermore specify that States should set out clearly the expectation that all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations. Filling the legal void at global level through an international regulatory framework resulting from an equal, participatory and transparent process should be considered as a legitimate and complementary approach in addition to addressing the matter through national legislation or contractual options. As suggested by the General Assembly resolution on external debt sustainability and development adopted on 20 December 2013 (68/202), national efforts (like national laws) to promote more responsible lending and borrowing should be complemented by global strategies and policies.³

5. Derecho internacional privado

Por otro lado los recursos humanos, equipos, empresas, servicios provenientes de otros países, a fin de participar en la explotación de los recursos no convencionales en este caso, genera contactos con ordenamientos jurídicos de otros países, y a la vez, de alguna manera se les debe proveer de un marco jurídico. El derecho internacional privado ingresa entonces a la ecuación. Es necesario realizar contratos internacionales para la compra de equipos, maquinarias. La existencia de tratados como el nacido bajo el umbral de UNCITRAL sobre compraventa internacional de mercaderías, como también la Convención Internacional de Intereses in Equipamiento Mobil del 2001.

El profesor Stewart menciona:

Without question, the international community today is broadly involved in formulating truly *international* rules and procedures applicable to private individuals,

³ Extractos de la Carta del Experto Independiente sobre Reestructuración de Deudas Soberanas del Consejo de Derechos Humanos dirigida a la Asamblea General en su 69 sesión, ver también Resolución 27/30 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas “Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales: las actividades de los fondos buitres.” Y Documento A/HRC/14/21.

transactions and relationships. These rules and principles are increasingly formulated in international bodies and interpreted and applied by international tribunals as well as domestic courts and tribunals. It is simply that private international law plays an increasingly important role in the evolving international system and contributes directly and substantially to promoting economic development and the rule of law. More specifically, private international law, the rule of law, and economic development are not three separate endeavors, only tangentially related. To the contrary, each directly supports the other. They are, in other words, properly considered as the three points of a triangle.

En un artículo publicado en la influyente revista *Foreign Affairs*, Rober Hefner (2014) sostiene que “... they will not be able to replicate it, because only the United States possesses the unique ingredients necessary to fully develop shale resources. A legal system that enshrines the private ownership of land and the resources below it, along with open capital markets and a reasonable regulatory system, has led to the growth of thousands of independent oil and gas companies, all of which are in intense competition with one another.”

Continúa explicando el autor:

None of this could have happened without the United States’ unique legal framework. It grants landowners the rights not only to the surface of their property but also to everything below. In the rest of the world, these mineral rights are virtually all owned, or strictly controlled, by sovereign governments. In the United States, any company can strike a deal with a willing landowner to lease the rights to the oil and gas beneath his land and start drilling.(...) Thanks to that continuous experimentation, plus the savings from scale, the company managed to slash its costs by 40 percent over 18 months and still boost its productivity.⁴ (...) True, China and Europe sit on vast shale resources. But those resources won’t get extracted anytime soon. Since other countries cannot sustain thousands of independent oil and gas companies, their resources must be exploited by bureaucratic, slow-moving national companies and international giants (...) And because fewer minds will be working on fewer operations, it will take longer to move up the learning curve and the productivity gains will be smaller than in the United States. So costs will be high, and profits, thin.”

⁴ También la caída del precio del gas en Estados Unidos cayó de us\$ 13.50 el m3 en 2008 a us\$ 3-4 en 2009.

El desafío para nuestro país no estriba en imitar o replicar a EUA, sino en establecer una política estatal que permita el desarrollo y que se traduzca en desarrollo para el país. Los elementos descriptos en este trabajo son algunos de los tantos que deben ser analizados por los actores del proceso de toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

Richard Stewart (2011), Promoting the Rule of Law and Economic Development through Private International Law, ASADIP.

Ernesto López Anadón (2013), El abecé de los hidrocarburos en reservorios no convencionales, IAPG.

Thomas L. Brewer (2014) La “revolución” del gas de esquisto y sus implicaciones comerciales y ambientales, Foreign Affairs español.

Acosta, Juan F. Bostiancic, María Carla (2006) La situación de la República Argentina ante el CIADI, La Ley, Sup. Act 3.

Robert A. Hefner III (2014) The United States of Gas. Why the Shale Revolution Could Have Happened Only in America, Foreign Affairs, May/June issue.